



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo Acuerdo número 20081906 de octubre de 2008.

El Amparo Colectivo, Razonamientos para su aplicación.

Tesis para obtener el grado de

Maestro en Derecho Constitucional y Derechos Humanos

Sustenta el

Lic. Eduardo Schroeder Campillo

Director de la Tesis

Dr. José María Soberanes Diez.

Ciudad de México, Abril 2019.

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS HUMANOS POR LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA, CAMPUS
CIUDAD DE MÉXICO.**

“EL AMPARO COLECTIVO: RAZONAMIENTOS PARA SU APLICACIÓN”

INDICE

1. Introducción	p. 4
2. Neoconstitucionalismo.....	p. 11
2.1 Concepto, elementos, definición.....	p. 11
2.2 Tensión entre constitucionalismo y democracia.....	p. 19
2.3 Control constitucional; control jurisdiccional; control judicial	p. 25
2.4 La función del juez.....	p. 29
2.5 Juez vs. Legislador; Derechos fundamentales vs. Autonomía política....	p. 33
2.6 Normas y principios.....	p. 39
3. Texto constitucional posterior a la Reforma Constitucional de 2011.	
3.1 Inclusión del catalogo de derechos humanos reconocidos en tratados internacionales al orden constitucional mexicano.....	p. 44
3.2 Reformas a los artículos 94, 103, 104, 107 y 112 constitucionales.....	p. 53
4. El Lenguaje de los derechos.....	p. 59
4.1 Teoría Estructural. Derecho Subjetivo.....	p. 59
4.1.1. La diferencia entre derechos y garantías.....	p. 61
4.1.2. Los Derechos como relaciones Jurídicas (W.N. Hohfeld).....	p. 62
4.1.3. La correlatividad de los derechos y de los deberes.....	p. 63
4.2 Derechos Sociales.....	p. 65
4.2.1. Derechos sociales en sentido amplio y derechos sociales como relaciones.....	p. 66
4.2.2. Derechos que son reglas y derechos que son principios.....	p. 67
4.2.3. Normas de acción y normas de fin.....	p. 68
4.2.4. La clasificación de derechos de Robert Alexy.....	p. 69
4.2.5. Derechos a protección.	p.70
4.2.6. Derechos a procedimiento o derechos procedimentales.....	p.71
4.2.7. Derechos a prestaciones en sentido estricto.....	p. 72
4.2.8. Revisión del esquema de Alexy: el problema de las normas de fin	p. 73
4.2.9 Justiciabilidad de los derechos sociales.....	p. 75
5. Derechos Colectivos.....	p. 77
5.1 El problema de la definición de derecho subjetivo.....	p.78
5.2 Los titulares de Derechos.....	p. 79
5.3 Los bienes colectivos como objetos de los derechos.....	p. 80
5.4 Los destinatarios de los derechos colectivos.....	p. 84

6. Interés Legítimo.....	p. 88
6.1 Interés Legítimo y Acciones colectivas. Derecho Comparado. (doctrina y ley).	
6.1.1. Estados Unidos.....	p. 88
6.1.2. Italia.....	p. 90
6.1.3. Brasil.....	p. 91
6.1.4. Colombia.....	p. 93
6.1.5. España.....	p. 96
7. Acciones Colectivas	
7.1 Evolución en México.....	p. 98
7.2 Definición	
7.2.1 Doctrina.....	p. 99
7.2.2. Ley.....	p. 99
8. Antecedentes de la nueva ley de amparo en México.	
8.1 Historia p.102	
8.2 Breve relato sobre la evolución del interés legítimo en México.....	p. 111
8.2.1. Interés legítimo en el proceso contenciosa administrativo.....	p. 113
8.2.2. Interés legítimo en las controversias constitucionales.....	p. 117
8.2.3. Titularidad de los derechos colectivos en materia ecológica...p.	118
8.2.4. Precedentes relevantes de tribunales colegiados de circuito..p.	118
8.3 Nueva Ley de Amparo.	
8.3.1. Elaboración del Proyecto de la nueva Ley de Amparo.....	p .123
8.3.2. Nueva Ley de Amparo.....	p. 124
9. El juicio de Amparo	
9.1 Nueva Ley de Amparo: ¿A medias?	p. 127
9.2 Concepto y naturaleza del Juicio de Amparo.....	p. 130
9.2.1. Elementos del Juicio de Amparo.....	p. 131
9.3 Razonamiento Lógico-Jurídico: Cambios por la vía jurisdiccional al principio de relatividad de las sentencias, con base en el interés legítimo previsto en el texto constitucional, desde la óptica del principio <i>pro homine</i> y en concordancia con el derecho internacional de los derechos humanos establecido en tratados internacionales obligatorios para el Estado Mexicano	p. 133
9.4 Conclusión: En base a lo expuesto previamente, ¿Se puede resolver un amparo colectivo por violaciones a derechos humanos con una sentencia con efectos <i>erga omnes</i> ?	p. 147
10. Principios aplicables al Juicio de Amparo colectivo	
10.1 Instancia de parte agraviada.	p. 153
10.1.1. Legitimación.....	p. 153
10.1.2. Adecuada Representación.....	p. 154
10.2. Existencia de un agravio directo.	p. 156
10.2.1. Interés Legítimo.	p. 157

10.2.2. Conceptos de violación y de agravio.	
10.2.2.1. Razonamiento lógico-jurídico.	p. 159
10.2.3. Clasificación de los agravios y conceptos de violación.....	p. 160
10.3 Apariencia del buen derecho, medidas precautorias.....	p. 162
10.4. Prosecución Judicial.....	p. 164
10. 5. Reparación del Daño.	p. 164
10.6 La sentencia.	p. 167
10.6.1. Sentencia con efectos <i>erga omnes</i> o <i>ultra partes</i>	p. 170
10.6.1.1. <i>Opt in/Opt out</i>	p. 169
10.6.2. Cosa juzgada.....	p. 170
10.6.3. No obligatoriedad de la sentencia desfavorable.....	p. 171
10.6.4. Efectos de la sentencias de amparo.....	p. 172
10.7 Definitividad.....	p. 174
10.8 Suplencia de la queja deficiente.	p. 175
10.9 Estricto Derecho.....	p. 176
11. Bibliografía.....	p.178

1. Nuevo Paradigma. Introducción.

En el contexto actual, a cuatro años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y dos años de la promulgación de la Nueva Ley de Amparo, nos encontramos en una situación en donde a nosotros, como operadores jurídicos se nos han dado las “elementos” suficientes para ejercer un contrapeso real a los usos y abusos que vulneran y violentan garantías individuales y en su caso, derechos humanos, con el bemol de que dichos “elementos” están lisiados, toda vez que si bien el interés legítimo esta reconocido en el texto constitucional, las reglas y principios de los amparos en defensa de derechos colectivos, aun se encuentran en desarrollo e incluso limitado por principios que si bien fueron de utilidad en su momento, ahora se convirtieron en una resistencia para su evolución, por lo que, con este trabajo se pretende contribuir para tratar de identificar cuales deberán ser los principios rectores de los juicios de amparo colectivos.

Michelangelo Bovero destacaba, en un breve texto intitulado *Dal disagio alla resistenza. Alla ricerca di armgoneti per il dissenso*, la exacerbación de un “sentimiento de desánimo y de insatisfacción, una sensación paradójica, ¿o era acaso una tentación?, de extrañamiento de la ciudadanía. ¿Qué sentido de pertenencia a la ciudadanía (puede mantenerse vivo) cuando la Constitución, el Contrato Social, es interpretado como un pacto leonino que los vencedores imponen a los vencidos, aunque no lo hagan con la espada, pero si con las armas que embotan la capacidad de juicio político? Y concluía: la exigencia de resistir a todo esto, sobre todo con buenos argumentos, es imprescindible. Hay que pasar del desánimo a la resistencia. Obviamente desarmada, obviamente civil, obviamente democrática,”¹ y añadimos, obviamente jurisdiccional.

Ermanno Vitale en su libro “Defenderse del Poder, Por una resistencia constitucional,” cita a su suegro, Eligio Battu con la siguiente inspiradora frase:

“Había que hacer algo para terminar con aquellos abusos, debíamos al menos arriesgarnos para acelerar el fin de aquella situación, había que conquistar “la libertad” para que nuestro país fuera todavía algo mas que una simple expresión geográfica.”

Los mexicanos en general y los juristas en particular, estamos por participar del cambio mas significativo en el acceso a la justicia. Ninguno de nosotros presenciamos el cambio que se dio en la Constitución de Yucatán de 1841, pero todos somos partícipes de los grandes beneficios del juicio de amparo al incluirse en la Constitución General de la República. Quizá seamos espectadores o partícipes del cambio, con las acciones colectivas y mas de fondo con lo amparos colectivos. Probablemente seamos testigos del cambio jurídico y, en alguna medida, veremos algunos cambios sociales. Sin embargo serán las generaciones siguientes quienes

¹ VITALE, Ermanno, *Defenderse del Poder. Por una resistencia constitucional*, Traducción de Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vásquez Sánchez, Editorial Trotta, Madrid 2012, p. 18.

vivan con toda intensidad la transformación del sistema de acceso a la justicia que hoy se comienza a edificar, pero debemos comenzar a establecer unos cimientos claros y sólidos. Las acciones colectivas, en específico el juicio de amparo para la defensa de bienes colectivos, serán uno de los pilares sobre el que reposarán los grandes cambios económicos, políticos y sociales de la segunda mitad del siglo XXI.²

La dignidad de nuestra profesión puede apreciarse si se toma en cuenta que el valor de un acto humano se mide por la elevación del fin que persigue. El fin de nuestra actividad es realizar la justicia por medio del Derecho. El Derecho persigue fines entrelazados entre si; la justicia, el orden, la seguridad, la libertad, la paz y el bien común que, finalmente se concretan en servir al perfeccionamiento y realización del hombre en toda su plenitud e integridad. Sin orden y sin seguridad, una sociedad no podría existir y, por ello, se dice que el derecho es instrumento indispensable de la convivencia humana. Pero, un orden que no fuera justo sería un grave desorden moral que no realizaría los fines del derecho y una seguridad fundada en la arbitrariedad sería mera violencia sin justicia. El abogado debe ser no sólo soldado de la justicia, sino también defensor de la libertad. La libertad tiene que ser el medio en que se desenvuelva y el fin al que esta encaminado el quehacer del jurista; la libertad de si mismo y la libertad de quien le encomienda su defensa. Ningún abogado sin libertad podrá demandar, querellarse y oponerse o enfrentarse a la arbitrariedad o al abuso del poder. “Por la libertad como por la honra se puede y se debe aventurar la vida”, decía Cervantes. Los hombres son libres cuando las leyes son justas y el derecho se realiza. La injusticia es siempre una forma de servidumbre y fuente de violencia. Libertad y justicia son términos indisolublemente enlazados. Cuando el abogado defiende la justicia, esta defendiendo también la libertad. Protágoras nos dice en el dialogo platónico que los dioses hicieron a los hombres el don de la justicia, para que no se destruyeran unos a otros. Cuando la justicia se aleja de una sociedad, su lugar lo ocupa la violencia. La violencia que ejercen los fuertes y poderosos sobre los débiles como recurso supremo contra la explotación o la opresión. Por eso, la justicia es también otro nombre de la paz, que puede definirse como la justicia en el orden. Justicia, orden, seguridad, libertad y paz, son pues, términos interdependientes e intimadamente entrelazados, que deben darse conjuntamente para lograr su fin último, que es el de permitir el pleno desenvolvimiento y perfección del hombre. Es así como se explica el 8º mandamiento que tan brillantemente expresara Couture: “Ten fe en que el derecho como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia como destino normal del derecho; en la paz, como sustituto bondadoso de la justicia y, sobre todo, ten fe en la liberad, sin la cual no hay derecho, ni justicia ni paz.”³

En este sentido, la sociedad encontrará sus principales vehículos en las acciones colectivas, siendo su expresión mas significativa el amparo colectivo por violaciones a derechos humanos por parte de la autoridad y en su caso por medio de particulares,

² GARCIA SAIS, Fernando, en *Las Acciones Colectivas en el Derecho Mexicano*, coord. Xavier Ginebra Serrabou,, Ed. Tirant lo Blanch, México 2013, pp. 123-124

³ CAMPILLO SAINZ, José, *Introducción a la Ética Profesional del Abogado*, Editorial Porrúa, México 2005, pp. 32-34

para generar cambios sociales significativos. Estos son los instrumentos que tenemos los ciudadanos como operadores jurídicos, para impulsar los ajustes que desde el poder político se impiden, donde la política falle, estarán los operadores jurídicos para reconducir el cauce del río hacia el cumplimiento y el respeto de los derechos humanos. 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 derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos. ⁴

Es importante señalar que las constantes referencias a las tesis generales e ideas concretas de algunos autores clásicos y contemporáneos son una herramienta de análisis para estudiar el tema que ocupa mi atención, pero no pretenden constituir una reconstrucción del pensamiento global de dichos estudiosos, me limito a presentar aquellas ideas y tesis que me permiten construir mi marco de análisis. La democracia constitucional es un modelo de organización político-jurídica en el que confluyen diversas tradiciones del pensamiento político moderno y que persigue en un solo momento dos objetivos analíticamente distintos: limitar el poder político y distribuirlo entre los ciudadanos. Detrás de esta doble finalidad reposan los derechos fundamentales –de libertad, políticos y sociales– de los individuos que integran la colectividad política. Este modelo se integra por dos sistemas o “bloques conceptuales” que tienen una historia propia e independiente pero que, en su conjunto, dan vida a una unidad con características específicas y particulares; nace del encuentro entre la idea de constitución rígida (cuya rigidez es una garantía especial de protección para los derechos fundamentales) y el método democrático que integra un conjunto de reglas para adoptar decisiones colectivas con el máximo de consenso y el mínimo de imposición. ⁵

Según Michelangelo Bovero el modelo democrático constitucional puede ser entendido como aquel régimen (o forma de gobierno) en el que el ejercicio del poder de decisión colectiva (fundado en la atribución de derechos políticos a todos los miembros adultos de la colectividad) se encuentra formal y materialmente limitado. ⁶

⁴ BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Traducción de Rafael de Asís Roig, Editorial Sistema, Madrid 1991, p. 14

⁵ SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional, Una radiografía teórica*, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, pp. 45,48, 51

⁶ BOVERO, Michelangelo. *“Diritti fondamentali e democrazia nella teoria di Ferrajoli. Un concesso complessivo e un dissenso specifico”*, Teoría Política, XVI, núm. 3, 2000, p. 37.

Los individuos, para crear un poder común que garantice la paz, renuncian voluntariamente a sus bienes (derechos y poderes) naturales a través de un contrato (*pactum unionis*) que favorece a un tercero (que puede ser una persona física o moral) y a la que quedarán sometidos. El fundamento del estado liberal o limitado, es el individuo, los derechos naturales y el consenso como fundamento de legitimidad del poder político de manera tal que fuera posible construir límites al poder estatal. En particular sostuvieron que un conjunto (mas o menos amplio) de derechos naturales individuales constituyen el fundamento originario de los límites a dicho poder. Es así como el contractualismo representa una metáfora del constitucionalismo: la constitución (que recoge estos derechos naturales y, que al hacerlo, los convierte en derechos “positivos”) es la expresión del pacto entre los ciudadanos que legitima y condiciona al poder político. El poder político es legítimo por que es el resultado de un acuerdo libre y voluntario entre los individuos, pero ya no se trata de un poder ilimitado como en la teoría hobbesiana sino que se encuentra circunscripto por los límites establecidos en la constitución.⁷

Iusnaturalismo y iuspositivismo, derecho natural y derecho positivo bien pueden entenderse como las dos culturas y las dos experiencias jurídicas que están en la base de estos dos opuestos paradigmas.⁸

Por otro lado y según lo expuesto por diversos autores, entre ellos a Paolo Comanducci, quien dice que, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista, ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal – que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX- mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales.⁹

La doctrina de la separación de poderes es parte fundamental del Estado de Derecho Democrático y Constitucional, según esta doctrina el Estado realiza tres funciones: a) legislativa (producción de normas generales y abstractas), b) jurisdiccional (verificación en concreto del cumplimiento o violación de esas normas), c) ejecutiva (función residual que incluye los actos que no se reducen a las otras dos funciones). Aunque la superioridad de la función legislativa (sostenida entre otros, por Locke, Kant, Montesquieu) es de carácter lógico: la función jurisdiccional y la ejecutiva presuponen lógicamente y cronológicamente las normas que serán aplicadas, por lo tanto podemos simplificar el principio de legalidad de la siguiente manera: “Todo acto

⁷ SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 64-65.

⁸ FERAJOLI, Luigi, Pasado y Futuro del Estado de Derecho, en Neoconstitucionalismo(s) edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta-UNAM, Madrid 2009, p.17.

⁹ COMANDUCCI, Paolo, Forma de (Neo)Constitucionalismo: Un análisis metateórico, en Neoconstitucionalismo(s) edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta-UNAM, Madrid 2009, p. 85

jurisdiccional y administrativo (es decir ejecutivo) debe fundarse en una norma previa (general y abstracta) y además, adecuarse a la misma.”¹⁰ Sin embargo, esta función legislativa también esta limitada en función del coto vedado o núcleo inmodificable respecto a los derechos humanos que el legislador esta obligado a respetar en cumplimiento a las obligaciones contraídas por el Estado Mexicano mediante acuerdo y tratados internacionales previamente suscritos. En la tensión entre Democracia y Constitución, si la democracia se impone la constitución deberá ser flexible y estará sometida a la “voluntad general”; en cambio, si la constitución se impone, la voluntad general quedará inevitablemente encerrada dentro de los límites impuestos por la norma fundamental.¹¹

En un Estado de Derecho Constitucional y Democrático en concordancia con el canon neoconstitucional, con una constitución rígida, en el sentido fuerte, siendo esto que además de contemplar un procedimiento agravado de revisión constitucional, instruya un órgano competente para controlar la legitimidad constitucional de las leyes ordinarias, promovida por quienes además apoyan una concepción axiológica de la constitución, ya que el control constitucional es un instrumento idóneo para proteger el “núcleo inmodificable” de la constitución. La idea es que dicho núcleo material (los derechos fundamentales) no deba modificarse salvo para implementar una eventual ampliación de su contenido.¹²

Cuando un Estado tiene una Constitución en el sentido moderno del término, esto es, una ley fundamental que declara inalienable un conjunto de derechos de las personas y de los ciudadanos, y al mismo tiempo contempla las garantías de los mismos a través de un conjunto de pesos y contrapesos institucionales inspirados en el principio de la separación de poderes, entonces podemos decir que la resistencia, en sentido estricto, solo tiene lugar cuando lo que se propone es restablecer principios y normas constitucionales que han sido constantemente desatendidos por quien ejerce soberanía.¹³

Un presupuesto básico de la democracia es la dignidad de la persona humana, racional y libre, garantizada a través de un catálogo de derechos, valores y principios tales

¹⁰ GUASTINI, Ricardo, “*Separazione o divisione dei poteri?*”, Teoría Política, XIV, 1998, pp. 25-42, en SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p.90.

¹¹ SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 119.

¹² SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, pp. 101-102, 100.

¹³ VITALE, Ermanno. *Defenderse del Poder. Por una resistencia constitucional*, Traducción de Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vásquez Sánchez, Editorial Trotta, Madrid, 2012, p.20.

como la libertad, igualdad y pluralidad, que estén reconocidos en una Constitución o Norma fundamental, los cuales deben ser garantizados y protegidos ante su desconocimiento a través de los instrumentos jurisdiccionales que la propia Constitución prevea.¹⁴

El proceso democrático es posible, precisamente, por que se encuentra jurídicamente delimitado; garantizando la vigencia de la constitución protegemos también a la democracia y, aunque parezca paradójico, el valor democrático de la constitución se funda en que ésta constituye un límite para el proceso democrático que permite su propio desarrollo.¹⁵

Alexy distingue entre dos clases de normas que integran las constituciones democráticas modernas, es decir, aquellas que constituyen y organizan los poderes públicos, y las que limitan y encausan el poder estatal, como son principalmente los derechos fundamentales.¹⁶

En este sentido, me parece que la única manera de tutelar los derechos humanos, reconocidos por la constitución y por lo mismo salvaguardándola sin reducir la autonomía política del legislador, es reconociendo la legitimidad a todas las personas, ya sea como miembros de una colectividad o como individuos en su esfera privada, para salvaguardar los derechos humanos que le han sido reconocidos por los tratados internacionales de los cuales México sea parte, pudiendo ser estos Derechos de 1era, 2da y 3era generación. Lo anterior sin tomar una apuesta ciega por la democracia

¹⁴ INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE LA LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Y SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, LEY ÓRGANICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL, LEY ÓRGANICA DEL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LEY ÓRGANICA DE LA PROCURADuría GENERAL DE LA REPÚBLICA, Salón de Sesiones de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, México, Distrito Federal, a 15 de febrero de 2011, http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2011/02/asun_2735356_20110215_1297791384.pdf. Exposición de motivos.

¹⁵ SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 203.

¹⁶ GARCIA JARAMILLO, Leonardo y CARBONELL Miguel, Desafíos y Retos del Canon Neoconstitucional, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, p. 15.

que suponga reconocer una autodeterminación ciudadana para arrasar con el bloque constitucional, incluyendo su núcleo inmodificable. La tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos representa un cambio paradigmático del modelo de protección de derechos, que en nuestra tradición parte de la tutela del derecho individualmente considerado. Viejos principios deberán ser interpretados y ajustados a una nueva realidad: la cosa juzgada tendrá efectos erga omnes.¹⁷

El fenómeno de lo colectivo en general, es decir, la protección jurisdiccional de los interés o derechos difusos y colectivos a la luz del derecho comparado, en especial con el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Las acciones populares tuvieron su origen en el derecho romano, en el que eran aquellas que se otorgaban a la persona particular, al individuo, pero ya no considerada como titular de un derecho privado, sino como ciudadano participante en el interés de la comunidad o en el interés público.¹⁸

Para Juan Carlos Bayón, en su ensayo Problemas de fundamentación del constitucionalismo, expone que, la determinada arquitectura institucional del constitucionalismo, se resume en tres rasgos esenciales: rigidez, derechos fundamentales y control judicial de constitucionalidad. En el estado constitucional el poder normativo del legislador democrático esta sujeto a límites materiales, cuyo contenido puede ser de lo mas diverso, pero entre los cuales el límite por antonomasia es sin duda el representado por los derechos fundamentales. El emplazamiento de los derechos fundamentales en una Constitución rígida los hace indisponibles para el legislador, ya que la rigidez no es sino la previsión de un procedimiento de reforma constitucional mas complejo exigente que el procedimiento legislativo ordinario. Y el control judicial de constitucionalidad de la ley sería la garantía necesaria (e incluso, para algunos, bien el presupuesto o bien la consecuencia lógica) de la primacía constitucional, eso es, de la auténtica superioridad jurídica y no meramente política de la Constitución sobre la ley.¹⁹

Podemos interpretar que México, esta adoptando el neoconstitucionalismo gradualmente, ya que se ha convertido en uno de esos países que en su constitución consagran un amplio catálogo de derechos e incluyen mecanismos judiciales para asegurar su cumplimiento, como con una jurisprudencia renovada y consciente de su

¹⁷ GARCIA, SAIS, Fernando, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, pp. 126.

¹⁸ OVALLE FAVELA, José. “ Las acciones populares”, en Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, Tomo I, Derecho romano e historia del derecho romano, UNAM, México, 2006, pp. 397-401.

¹⁹ BAYÓN, Juan Carlos, Democracia y Derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, pp. 287-288.

rol garantista al no limitarse a un examen constitucional de los actos del Legislativo, sino ejerciendo un importante activismo al amparar todo tipo de derechos fundamentales (incluyendo destacadamente los derechos sociales).²⁰

Como sucede en países como España o Italia, el derecho a obtener una tutela judicial efectiva reconociendo en sus respectivos textos fundamentales se refiere indistintamente a los derechos o intereses legítimos, lo que significa que ambas situaciones jurídicas recibirán el mismo tratamiento para su protección jurisdiccional.²¹

2. Neoconstitucionalismo

2.1. Concepto, elementos, definición.

Según Susanna Pozzolo, el término “neoconstitucionalismo”, aunque fue pensado para identificar una perspectiva iusfilosofica antipositivista, muy pronto se convirtió en un término ambiguo: su extensa y vertiginosa difusión en el léxico de iusfilósofos y constitucionalistas amplió su capacidad denotativa reduciendo sus potencialidades connotativas. Así, rápidamente, el término fue empleado para indicar fenómenos diferentes, si bien conectados entre ellos. Según un primer desliz significativo, el término “neoconstitucionalismo” indica el constitucionalismo *tout court*, es decir, el constitucionalismo en general. Esto ha reducido fuertemente las potencialidades explicativas abriendo el camino a un segundo desliz: “neoconstitucionalismo” ha sido empleado para indicar un modelo de sistema jurídico dotado de características

²⁰ GARCIA JARAMILLO, Leonardo, CARBONELL Miguel, en *El Canon Neoconstitucional*, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, p. 12.

²¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal”, de la ponencia presentada en el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (sobre “La protección orgánica de la Constitución”), celebrado los días 2 y 3 de octubre de 2009 en el Teatro Amalia G. De Castillo Ledón, del Centro Cultural Tamaulipas en Ciudad Victoria. El presente trabajo constituye una actualización de la relatoría nacional de México que presentamos con motivo del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal, en el Centro di Studi Giuridici Latino Americano de la Univesidad Tor Vergata (Roma, 20-22, mayo 2004); teniendo presente otros trabajos publicados con anterioridad, especialmente, “El amparo colectivo en México”, en Castro y Castro Juventino V. (coord.), *Estudios en honor de Humberto Román Palacios*, México, Porrúa 2005, pp.201-234 y “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)”, *Libro Homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM-III, 2000, pp. 221-234; del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>, pp. 52.

específicas (una constitución larga y densa), denominado también “Estado constitucional de derecho”.²²

Ronald Dworkin, con su libro *Taking Rights Seriously*, atestó una fuerte crítica al positivismo jurídico tradicional y marco la pauta para lo que conocemos como la ideología o teoría neoconstitucionalista.²³ Neoconstitucionalismo, término con el que se designa una cierta comprensión del derecho occidental contemporáneo. El término no es ni mucho menos unívoco, como lo muestran, sin ir mas lejos, las significativas diferencias que pueden observarse entre las ideas de Ferrajoli, por una parte, y las de Alexy o Dworkin, por otra; y como lo muestra también el hecho de que con el se designe a distintas posiciones teóricas, metodológicas e ideológicas sobre el derecho. Para los neoconstitucionalistas, la correcta comprensión del derecho occidental contemporáneo pasa por atender debidamente a la doble evolución que han experimentado las constituciones occidentales durante la segunda mitad del siglo XX: han aumentado su valor jurídico y sus contenidos materiales. Señal inequívoca de la primera tendencia es la creación de los tribunales constitucionales, que controlan la acción de todos los poderes del estado para garantizar la supremacía constitucional. Señal inequívoca de la segunda es la presencia en los textos constitucionales de valores, de fines y, sobre todo, de derechos. Esta evolución del valor jurídico y de los contenidos de las constituciones genera consecuencias de relieve para todo el sistema jurídico y, por tanto, para el modo en que debemos contemplarlo, valorarlo y trabajarlo. Los cambios que aquí solo cabe apuntar, afectan al sistema de fuentes, en el que el texto y la jurisprudencia constitucionales ganan presencia y fuerza frente a las leyes; afectan al modo de interpretar las normas, por que el carácter material y abierto de las normas constitucionales requiere un tipo de razonamiento jurídico mucho mas complejo que el tradicional; y afectan al modo de aplicarlas, que a menudo requiere ponderar y no sólo subsumir. Todo ello implica, además, los correspondientes e imaginables cambios para el modo de desarrollar el conocimiento jurídico y, en fin, en la medida en que se supone que el derecho se ve impregnado por la moral, una distinta percepción de la relación entre uno y otra, que a su vez exige actitudes distintas, mas deferentes hacia el derecho, de los juristas y de los ciudadanos. Que todo esto, no obstante, objeto de continua discusión.²⁴

Siguiendo a Susanna Pozzolo, las tesis principales que caracterizan al neoconstitucionalismo son las siguientes: a) la adopción de una noción particular de la

²² POZZOLO, Susanna, en *El Canon Neoconstitucional*, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, p. 165.

²³ SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional, Una radiografía teórica*, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 198.

²⁴ ALEXY, Robert, *Sobre los Derechos Constitucionales a Protección en Robert Alexy, Derechos Sociales y ponderación*, colección dirigida por Ernesto Garzón Valdés, Celestino Pardo, Antonio Pau y Rodolfo Vázquez, Editorial Fontamara, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, México 2010, pp. 14-16.

constitución que corresponde a la concepción axiológica²⁵; b) la defensa de la tesis según la cual el derecho también se integra por un conjunto de principios que son susceptibles de interpretación; c) la idea de que todo el derecho debe interpretarse siguiendo la técnica de la ponderación; d) la tesis de que la jurisprudencia desempeña una función creativa e integradora fundamental para cualquier ordenamiento jurídico constitucionalizado. El neoconstitucionalismo es una especie de política constitucional que, contrario a lo que hubiera aconsejado Kelsen, no se limita a observar lo que es el derecho sino que aspira a identificar como debería ser. Y, desde esta óptica, el ordenamiento jurídico deberá contener algunos principios fundamentales que estarán encima y más allá de cualquier decisión colectiva. Sin embargo el neoconstitucionalismo no pretende enfrentarse a la democracia ni a las instituciones y principios que la hacen posible, sino que busca superar los postulados metodológicos, teóricos e ideológicos que venía sosteniendo el positivismo jurídico. Según los neoconstitucionalistas, la radical separación entre el derecho positivo y la moral que constituye el núcleo teórico del positivismo jurídico debe abandonarse. De hecho, desde la perspectiva de estos teóricos, el ordenamiento jurídico ha dejado de ser estrictamente nomodinámico y la constitución ha pasado a ser una norma de conducta que contiene un conjunto de principios sustanciales que deben ser desarrollados por el legislador.²⁶

La implementación gradual del modelo Neoconstitucional no ha dejado de suscitar polémicas, como el enfrentamiento entre las tesis optimista y escéptica frente a la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia, al igual que su papel (no solo jurídico sino también) político en la crítica a la predominante influencia del formalismo jurídico en nuestras formas de entender el derecho, en la que subyace una ideología que irradia todas las instituciones. Otros aspectos que han merecido críticas visibles se relacionan con el alcance del poder de los jueces y, en especial, de los

²⁵ La concepción axiológica de la constitución parte de la premisa de que el documento constitucional tiene, en sí mismo, un “valor positivo y normativo”. El valor obligatorio de la constitución reposa en la convicción del predominio axiológico de los derechos individuales sobre el Estado. El contenido de la constitución como norma no se limita a normas de carácter *sub lege* del gobierno. En sentido axiológico, la constitución contiene normas jurídicas en sentido, pero también refleja algunos principios de naturaleza política y/o moral. Lo que caracteriza a la constitución son los principios que contiene: “funciona como un puente entre el derecho y la mora (o la política) ya que abre el sistema a consideraciones de carácter moral en un doble sentido: i) los principios constitucionales son principios morales positivizados; ii) las justificaciones en el ámbito jurídico tienen que recurrir inevitablemente a principios morales. Para Comanducci en SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, pp. 92-93.

²⁶ POZZOLO, SUSANNA, *Neoconstituzionalismo e postivismo giuridico*, Giappichelli Editoriu Turin, 2001 p. 106 en SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 200.

magistrados de las altas cortes, para proferir decisiones que tienen impacto sobre la economía nacional al proteger derechos de prestación o con los mecanismos utilizados (la ponderación, especialmente) para resolver las tensiones que se presentan en la aplicación de los derechos fundamentales.²⁷

En definitiva, el neoconstitucionalismo se ha convertido en un nuevo paradigma jurídico, que superaría no solo al positivismo sino también al todavía más viejo iusnaturalismo, puesto que la dicotomía compuesta por el derecho natural y el derecho positivo habría sido también superada, y con ella todas sus consecuencias, dado que el derecho natural habría encontrado acomodo en la constitución y habitaría entre nosotros.²⁸

Los niveles de neoconstitucionalismo abarcan desde los textos constitucionales originales que comienzan a surgir después de la segunda posguerra, y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX; las prácticas jurisprudenciales que resultan como consecuencia de la expedición y entrada en vigor del modelo sustantivo de textos constitucionales representado por el nivel anterior; y los desarrollos teóricos que se advierten en distintos contextos en los cuales se investiga a fondo y se traducen en materiales influyentes, canónicos, de otros contextos, para contribuir en el proceso de creación y reforma institucionales. Susanna Pozzolo en sus reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución, indica la ambigüedad en la que ha derivado el concepto “neoconstitucionalismo” por su utilización indistinta para indicar diferentes clases de fenómenos. Dicha ambigüedad analítica del concepto (que podríamos entender como una consecuencia o, mejor, como una secuela de su temprana y extendida expansión en el léxico iusfilosófico y constitucional) radica en que al ampliarse su capacidad denotativa, se reducen sus potencialidades connotativas. Dentro de los presupuestos esenciales del neoconstitucionalismo se encuentran la rigidez y el carácter garantizado de la Constitución. Pozzolo sustenta desde tal lógica que dichas características necesariamente impiden determinar por sí solas el proceso de constitucionalización. Las exigencias interpretativas del neoconstitucionalismo dependen de la forma en que dicha doctrina concibe la Constitución y no del objeto mismo “Constitución” en la medida que la manera de

²⁷CARBONELL, Miguel y GARCIA JARAMILLO, Leonardo, Desafíos y Retos del Canon Neoconstitucional, en *El Canon Neoconstitucional*, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, p. 12

²⁸Sobre el sentido del constitucionalismo y, en particular, sobre su oposición con el positivismo, me permito recomendar la exposición de L. Prieto, *Constitucionalismo y positivismo* (México, Fontamara, 1997); y también la de A. García Figueroa, *Principios y positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998). Una colección de ensayos reciente sobre el sentido del neoconstitucionalismo es la de M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo* (Madrid, Trotta, 2003). Un libro que desarrolla típicamente la comprensión neoconstitucional del derecho es el de G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil* (Madrid, Trotta, 1995).

interpretar dicho texto se encuentra ligada a la forma de concebirlo. Pozzolo avanza hacia un concepto de “neoconstitucionalismo” partiendo de un examen de presupuestos, tales como el modelo preceptivo de la Constitución como norma y el efecto de irradiación de los derechos fundamentales hacia todo el ordenamiento. Parece claro que en el Estado constitucional (garantizado) la ley se encuentre jerárquicamente subordinada a la Constitución, pero menos claro resulta establecer a que esta subordinada la voluntad política del legislador. El discurso neoconstitucionalista afirma que, dado que el derecho del Estado Constitucional esta caracterizado por la supremacía de la Constitución, la voluntad política debe esta subordinada al contenido de las normas constitucionales. Bajo esta visión del derecho, la Constitución no representa una simple envoltura política, ni un simple esquema organizativo de los órganos del Estado: la constitución introduce un vínculo sustancial para la creación del derecho positivo. Ella es naturalmente rígida y garantizada. Sin embargo, diferentes pueden ser las lecturas y las declinaciones de las normas constitucionales de principio, y diferentes son las concepciones compatibles con los valores y los principios constitucionales. Por esta razón no resulta claro de que manera tales normas vinculan la acción legislativa. La capacidad de difundirse en todos los ámbitos normativos de un derecho constitucional así concebido, profundamente impregnado de principios y valores, es el elemento fundamental para la constitucionalización de todo el ordenamiento y en particular, para la aplicación de la Constitución a las relaciones interpersonales.²⁹

Como se ha mencionado, contra el positivismo jurídico del siglo XX se han presentado dos argumentos: el de la injusticia (una norma injusta no es derecho) y el de los principios (si existen, entonces, existe también una relación conceptual necesaria entre derecho y moral), los cuales se orientan, respectivamente, a garantizar un umbral de corrección mínima en el ordenamiento y a señalar un horizonte ideal a cuya aproximación óptima queda vinculado el derecho. El neoconstitucionalismo proporciona un marco para la consolidación y expansión de la democracia constitucional, e igualmente ha reforzado la vigencia del argumento de los principios en la teoría del derecho.

De esta forma se abren las puertas para que los interpretes del derecho constitucional adopten posiciones discrecionales ante los diferentes conflictos morales que inevitablemente presenta la vida en sociedad y, sobre todo para que sean ellos los que determinen cuales son los valores (morales) que deben prevalecer. Recordemos que la concepción axiológica de la constitución, que coincide precisamente con la que propone el neoconstitucionalismo, se caracteriza por sostener que los derechos fundamentales integran un núcleo inmodificable de la constitución. Ese núcleo inmodificable tiene una formulación indeterminada a través de normas de principio que debe ser permanentemente interpretada, sobre todo y en última instancia por los

²⁹ POZZOLO, Susanna, Reflexiones sobre la Concepción Neoconstitucionalista de la Constitución, en *El Canon Neoconstitucional*, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, pp. 165-169.

jueces constitucionales. Siguiendo a Suzana Pozzolo, la ley (pierde) su carácter de libre expresión del poder político y la constitución deja de ser una constitución como límite (para convertirse en) una constitución como fin, ya no (es) una constitución-garantía sino una constitución directriz. La finalidad última del modelo democrático constitucional es salvaguardar los derechos fundamentales formulados mediante normas de principio y ello, inevitablemente, implicara la necesidad de jerarquizarlos. Y esta importante tarea no quedará en manos de las mayorías políticas sino que será delegada a los jueces constitucionales. El valor democrático de la constitución suele fundarse en tres argumentos: a) el documento constitucional ha sido aprobado por un poder constituyente (de alguna manera) democrático; b) el texto constitucional contiene las reglas que instituyen a la democracia; c) las normas constitucionales son necesarias para el desarrollo democrático. Reconociendo el valor democrático de la constitución, según sostienen los teóricos adscritos a esta corriente, debemos concluir que protegiendo a la constitución, protegemos la democracia.³⁰

Para Dworkin la idea de que el pueblo dirige a sus gobernantes, gobernándose a sí mismo, es una evidente falsedad. Señala que la igualdad democrática entendida como el igual derecho-poder de participación política, es una ilusión teórica. Lo que cuenta es que, en los hechos, la influencia real de los individuos en la adopción de las decisiones colectivas es evidentemente desigual, por lo que la única igualdad factible es la igualdad formal-constitucional. Lo que sucede en la teoría dworkiniana, la igualdad democrática se reduce a una igualdad de estatus, garantizada por ciertas condiciones que permiten la pertenencia moral de los individuos a su comunidad (*democratic conditions*) y se traducen en un derecho de todos los individuos a un *equal concern and respect* en las decisiones políticas y judiciales. A su vez, este derecho es posible gracias a la supremacía constitucional (del *Bill of Rights*) y al control de constitucionalidad de las leyes. En este sentido, los vínculos constitucionales son la base ética que habilita la actuación individual y colectiva y que permite la pertenencia de los individuos a su comunidad. La limitación de las mayorías políticas, explica Dworkin, es necesaria para que exista un cierto *self government* que sólo es posible cuando existen las condiciones que permiten dicha pertenencia. Considera que los derechos fundamentales constituyen triunfos sobre la mayoría legislativa democrática que sustraen algunos temas (aquellos relacionados con la esfera privada individual y con todo lo que permite la pertenencia moral a la comunidad política) a la deliberación y decisión democráticas. Algo similar sucede con la teoría de Luigi Ferrajoli, en tanto que los derechos fundamentales no “suponen ni necesitan el consenso de todos porque su papel es el de tutelar a los más débiles contra la ley del más fuerte que regirá en su ausencia.” Este objetivo no requiere de una adhesión colectiva a los valores ético políticos que sostienen al Estado constitucional: los derechos fundamentales son derechos contra la mayoría y, por lo tanto, ninguna mayoría (ni siquiera la unanimidad) puede decidir su reducción o abolición. “El fundamento democrático del pacto constitucional sobre los derechos fundamentales

³⁰ SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 201.

no radica en el hecho de que nadie haya sido excluido de su celebración (...) sino en el hecho de que éste no contemple la exclusión de ninguno”. En su teoría de los derechos fundamentales, protegidos mediante la rigidez constitucional, se sustraen a la autonomía pública pero también, por su carácter universal, a la autonomía privada de sus titulares. Son derechos “indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos”. Su indisponibilidad supone que no están sujetos a las decisiones políticas y a las decisiones del mercado, pero también implica que los derechos constituyen un límite a la autonomía de sus titulares: estos últimos “ni siquiera de manera voluntaria pueden vender su vida o su libertad”.³¹

Ernesto Garzón Valdés en un conocido ensayo en el que se propuso justificar los límites ético-políticos a la representación democrática parlamentaria, afirma que algunas cuestiones fundamentales, como la autonomía de las personas, deben quedar fuera de las deliberaciones parlamentarias y son indispensables para las decisiones (de las mayorías) políticas. De hecho, como sabemos, fue Garzón quien adaptó la expresión del coto vedado al debate democrático constitucional. Este coto se encuentra integrado por algunos bienes básicos (entre los que se encuentran los derechos fundamentales) y constituye un límite para las decisiones de la colectividad democrática.³²

De la misma manera, los teóricos constitucionalistas señalan que cuando se trata de proteger normas que recogen y garantizan los derechos fundamentales, esta justificada la supremacía constitucional, la rigidez fuerte del documento y los controles jurisdiccionales de constitucionalidad. Igualmente afirman que estos instrumentos no amenazan a la democracia. De hecho, Ferrajoli, defiende a la constitución como el instrumento idóneo para impedir los abusos de la mayoría política y del absolutismo del mercado, cuando Dworkin sostiene que los legisladores son vulnerables “a las mas diversas presiones políticas tanto económicas como políticas”, por lo que el parlamento no es le medio idóneo para proteger los derechos

³¹ En la teoría de Ferrajoli, ambas autonomías, privada y pública, son derechos poderes que deben estar limitados por los derechos de libertad y por los derechos sociales. Un ejemplo al que recurre reiteradamente es el derecho de propiedad (que en teoría es un derecho-poder). Para Ferrajoli, una cosa es el derecho de propiedad y otra el derecho a convertirse en propietario. Mientras este último es un derecho universal e indisponible, el derecho de propiedad que corresponde a los derechos reales sobre bienes determinados es un derecho patrimonial (singular e indisponible). Así las cosas, este último derecho (que incluye los derechos-poderes de vender, de comprar, de intercambiar bienes, etc.) está limitado por los derechos fundamentales (derechos de libertad, derechos sociales, derechos políticos e, incluso, el propio derecho a convertirse en propietario), cit. SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 211.

³² SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 213.

de los grupos “políticamente impopulares”, o cuando Zagrebelsky advierte que la ley puede convertirse “en un acto personalizado (...) que persigue intereses particulares”, argumentan defender a la democracia.³³

Sin lugar a dudas, en los sistemas jurídicos de Occidente – particularmente en los tradición romano-germánica como lo son casi todos en Europa y en América Latina– una de las teóricas canónicas en la comprensión y aplicación del derecho en general, y del derecho constitucional en particular respecto de la interpretación de los derechos fundamentales, es la propuesta por el jurista germano Robert Alexy. A su vez, dentro de los principales elementos que forman parte de los procesos de neoconstitucionalismo se encuentra la ponderación como mecanismo metodológico para la aplicación de los principios constitucionales, sobre todo aquellos que se refieren a derechos fundamentales. Y ha sido Alexy quien ha presentado de manera mas estructurada y sólida una concepción bien desarrollada de la estructura de la ponderación, como lo veremos mas adelante.³⁴

En la medida en que se consolida una concepción neoconstitucionalista de la Constitución, se produce una correspondiente percepción de la realidad, sobre todo por parte de los operadores del derecho y, mas en general, de los interpretes. Esta percepción, una vez estabilizada, direcciona la praxis de los operadores, retro actúa sobre ellos (también de forma inconsciente) y termina así por reconfigurar la realidad según la concepción neoconstitucionalista, radicando la idea según la cual esta última es la expresión necesaria de aquella realidad y no, más bien una ideología contingente.³⁵

2.2 Tensión entre constitucionalismo y democracia

En su contribución relativa a la superioridad y primacía constitucional respecto a la legitimidad del poder judicial para declarar inconstitucionales leyes promulgadas por legisladores electos, Ronald Dworkin reconoce que no es extraño que muchos consideren no democrática esta actividad, pero reitera que lo fundamental radica en el entendimiento de la democracia y de la interpretación jurídica. Considerando que las constituciones del neoconstitucionalismo consagran diversas formas de control judicial de las leyes desde que esta posibilidad fue instaurada en 1803 por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Parece ser que mediante esta labor de revisión

³³ SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 219.

³⁴ FERAJOLI, Luigi, Pasado y Futuro del Estado de Derecho en Neoconstitucionalismo(s) edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta-UNAM, Madrid 2009, pp. 14-15.

³⁵ POZZOLO, Susanna, Reflexiones sobre la Concepción Neoconstitucionalista de la Constitución, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, p. 167.

judicial se pervierte aquello que la democracia significa gobierno del pueblo. Lo cierto es que la amenaza a la democracia tiene que ver, más que con la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes, con los poderes de una mayoría que, amparada en la legitimidad de ser elegida popularmente, es insensible a los intereses de los menos favorecidos de la sociedad o de quienes no cuentan con poder económico que se traduzca en poder político. Dworkin insiste en que los constitucionalistas se concentraron demasiado en lo que dice la Constitución y en como debería interpretarse, y no lo suficiente en aquello que verdaderamente significa la democracia, la cual requiere de mayorías legitimadas por vía del sufragio universal, pero también de los derechos que contienen las normas constitucionales, razón por la cual los jueces tienen el deber de desafiar la voluntad popular cuando los derechos constitucionales están en juego.³⁶

En este trabajo no estudiaremos la posibilidades que cuestionan que la constitución no haya sido aprobada por un poder constituyente democrático, por no ser el objeto principal del presente estudio y toda vez que esta enfocado en el Estado Mexicano, para efectos de este trabajo, reconocemos como democráticamente conformado el poder constituyente originario. Y de la misma manera reconocemos que el contenido de la constitución es considerado democrático, entendido en el sentido de que recoge las reglas que hacen posible esta forma de gobierno. De cualquier manera se sostiene que la constitución debe ser protegida por su contenido democrático en si mismo, mas que por que supone ser una expresión de la voluntad soberana del pueblo. De la misma manera por no ser motivo de estudio del presente trabajo, tampoco negaremos el valor democrático de la constitución, en el sentido de que esta ultima representara una tiranía del pasado sobre el presente. Para refutar esta expresión Víctor Ferres, señala que una constitución abierta no representa una imposición de una generación a otra por que el contenido específico de las normas se determina mediante la interpretación en el presente. ³⁷

Juan Carlos Bayón insiste en que la democracia no puede identificarse sin más con el mero procedimiento de toma de decisiones colectivas por mayoría, sino que implica una serie de requisitos sustanciales sin los cuales sería grotesco calificar una decisión mayoritaria como auténticamente democrática. El núcleo de este enfoque está en la idea de que hay tensión inevitable entre dos aspiraciones irrenunciables e igualmente valiosas: el autogobierno y el gobierno limitado por los derechos individuales. Los mecanismos contra mayoritarios del constitucionalismo conllevan inevitablemente la restricción de uno de nuestros derechos (igual participación en la toma de decisiones públicas); sin embargo, cabe la posibilidad de que se compense por una mejor

³⁶ CARBONELL, Miguel, y GARCIA JARAMILLO Leonardo, Desafíos y retos del canon neo constitucional, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, p. 16

³⁷ SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 234

protección de derechos como aquellos que aseguran la autonomía individual. Indica que una constitución rígida pone límites a lo que pueden decidir los órganos políticos que representan la voluntad mayoritaria. Si esos límites pueden modificarse o removerse mediante un procedimiento que sólo es más complejo o exigente que el legislativo ordinario porque añade requisitos esenciales encaminados a intensificar la deliberación previa a la decisión del propio órgano legislador o a confirmar que esta corresponde realmente a la voluntad mayoritaria de los ciudadanos (tales como la necesidad de someter la reforma a una segunda votación pasado cierto tiempo, de que entre tanto se renueve electoralmente el órgano legislativo, o de convocar un referéndum) no habrá obviamente, nada que objetar desde el punto de vista democrático.³⁸

En este sentido Susanna Pozzolo, señala que, en concordancia con la concepción *preceptivo-sustantiva*³⁹ de la constitución, concibe a esta como un conjunto de reglas jurídicas positivas, expresas y fundamentales respecto de las otras reglas. Tales reglas, llegan a ser constitución en razón del particular contenido que expresan. Cualquier disciplina fundamental de los poderes públicos no puede ser calificada como “Constitución”, sino sólo aquella que expresa ciertos valores. De esta forma es posible discriminar las constituciones “verdaderas” de las “aparentes”.⁴⁰

Los derechos, entendidos como cartas de triunfo frente a las mayorías en el lenguaje de Dworkin, se ubican en la democracia como sus presupuestos esenciales, puesto que ninguna directriz política ni ningún objetivo social, por muy democrático que sea, pueden sobreponer a un derecho fundamental, pues el bienestar general está supeditado al respeto de los derechos de las personas. La legitimidad del proyecto social está supeditada entonces al respeto de los derechos y han sido las cortes constitucionales en varios países (Estados Unidos, Colombia, Sudáfrica, India) las que sin desdeñar la legitimación democrática han abogado por las defensas de los derechos de las minorías.⁴¹ En palabras de Dworkin: Los derechos individuales son

³⁸ CARBONELL, Miguel, y GARCIA JARAMILLO Leonardo, Desafíos y retos del canon neo constitucional, en *El Canon Neoconstitucional*, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, pp. 20-21

³⁹ Según Susanna Pozzolo, en su ensayo *La concepción neoconstitucional de la constitución*, señala que, entre los muchos sentidos de la constitución, se pueden considerar dos tipos abstractos: uno procedimental y uno más sustantivo o de contenido; García Jaramillo Leonardo, *El Canon Neoconstitucional*, Ed. Trotta, p. 168

⁴⁰ POZZOLO, Susanna, *Reflexiones sobre la Concepción Neoconstitucionalista de la Constitución*, en *El Canon Neoconstitucional*, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, p. 169.

⁴¹ CARBONELL, Miguel, y GARCIA JARAMILLO Leonardo, Desafíos y retos del canon neo constitucional, en *El Canon Neoconstitucional*, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, p. 23.

triunfo políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga una pérdida o un perjuicio.⁴²

Igualmente Alexy señala que “el sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre la determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquella”.⁴³ Esto significa que frente a un derecho fundamental no pueden oponerse conceptos como el de “bien común”, “seguridad nacional”, “interés público”, “moral ciudadana”, etc. Ninguno de esos conceptos tiene la entidad suficiente para derrotar argumentativamente un derecho fundamental. En toda las situaciones en las que se pretenda enfrentar un derecho fundamental con alguno de ellos el derecho tiene inexorablemente que vencer, si en verdad se trata de un derecho fundamental. Ni si quiera un numeroso consenso de los integrantes de una comunidad puede servir como instrumento de legitimación para violar un derecho fundamental, pues como señala Ferrajoli:

Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o no escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica. Por ello, su lesión por parte del Estado justifica no simplemente la crítica o el disenso, como para las cuestiones no vitales en las que vale la regla de la mayoría, sino la respuesta a la opresión hasta la guerra civil.⁴⁴

Desde un constitucionalismo sustancial como el que defiende el neoconstitucionalismo, la tradicional tensión entre democracia y Constitución queda en alguna medida cancelada. No hay espacio para la objeción contra mayoritaria por que no se conciben dos fuentes de legitimidad en permanente conflicto dado que los límites y los vínculos que pesan sobre el legislador son “a su vez democráticos, ya que consisten en derechos fundamentales, que son derechos de todos, y hacen referencia, por tanto al pueblo – como conjunto de personas de carne y hueso que lo componen- en un sentido mas directo y consistente de cuanto lo hace la propia representación

⁴² DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, Editorial Ariel Derecho, Barcelona 2009, p. 37.

⁴³ ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, CEC, 1993, p. 412.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 859.

política. Son contra-poderes, fragmentos de soberanía popular en manos de todos y cada uno.”⁴⁵

La democracia es al mismo tiempo formal y sustancial, y no se entiende sólo desde las mayorías sino- mas incluso- desde el respeto por los derechos.⁴⁶

Al igual que la concepción preceptivo-sustantiva señalada por Pozzolo, Ferrajoli indica que el grado de democratización de un determinado ordenamiento constitucional no depende de la forma o de los sujetos que participaron en el contrato, sino de sus contenidos: los derechos fundamentales son el parámetro para valorar la igualdad jurídica y esta representa la dimensión sustantiva de la democracia; el constitucionalismo de los derechos no puede oponerse, nos dice Ferrajoli, a la democracia por que constituye una dimensión “sustantiva” de la misma.⁴⁷

Parece innegable que existe una conexión ente el principio democrático y la aprobación de las leyes a través de un Parlamento elegido de manera periódica por los ciudadanos, bajo la regla de la mayoría. La democracia, cabe sostener es un procedimiento que otorga a cada ciudadano una igual oportunidad de participar con su voz y con su voto en la toma de decisiones colectivas. En las circunstancias modernas hay que organizar la democracia en torno a un esquema representativo, dadas las ventajas de la división del trabajo. Pero la aspiración subyacente es respetar el igual estatus de los ciudadanos y de sus representantes en el plano de las decisiones legislativos que van a afectar a todos. Por ello, la regla general es que las decisiones políticas se deben adoptar por mayoría. La regla de la mayoría tiene un valor intrínseco, en la medida en que otorga el mismo peso a los votos de cada persona, no expresa una preferencia sustantiva a favor de una determinada decisión frente a otra, y no privilegia el status quo frente al cambio. Ciertamente, la igualdad política no se puede reducir a la regla de la mayoría. Si no se satisface una cierta igualdad social y económica, por ejemplo, la igualdad política no es genuina. Además, la libertad de expresión y otras libertades conexas deben estar garantizadas para que el proceso mayoritario tenga valor instrumental: es difícil adoptar decisiones correctas si la información y las opiniones no pueden circular libremente. Tal y como se ha señalado antes se puede incluso sostener que el proceso mayoritario carece de legitimidad si infringe clara y gravemente ciertos derechos básicos. Podemos decir pues que existe un conjunto de precondiciones que deben satisfacerse para que el proceso político mayoritario sea verdaderamente igualitario, instrumentalmente fiable y moralmente

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, Garantismo, Una discusión sobre derecho y democracia, Madrid, Editorial Trotta, 2009, pp. 99 ss.

⁴⁶ CARBONELL, Miguel, y GARCIA JARAMILLO Leonardo, Desafíos y retos del canon neo constitucional, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, p. 26.

⁴⁷ SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, pp. 210-211.

legítimo. Estas precondiciones, pueden ser cumplidas en mayor o menor grado. Existe un umbral mínimo por debajo del cual el proceso político carece de todo valor. En este punto, es interesante constatar que incluso quienes abogan por el control de constitucionalidad de la ley aceptan que la democracia para la que proponen este control satisfacen las precondiciones mínimas.⁴⁸

Carlos Santiago Nino, propone una democracia deliberativa buscando un equilibrio entre la autonomía política de los ciudadanos y las limitaciones impuestas por los derechos fundamentales. Para efectos del presente trabajo, nos dice que los derechos “parecen” tener la función de limitar el desarrollo del proceso democrático mediante la “descalificación” de las decisiones colectivas que los ignoran. Esto es así, por que los derechos que sustentan a la democracia deliberativa son derechos *a priori* que constituyen una precondición indispensable para que la democracia tenga valor epistémico, siendo la participación indispensable para dotarla de ese valor. Sin embargo, se da cuenta que cuando los derechos *a priori* son considerados límites para la democracia, quedan muy pocas cosas para ser resueltas democráticamente, por lo tanto nos dice que debemos ser moderados al fortalecer las precondiciones (los derechos) de los procedimientos democráticos, de lo contrario, señala, “podríamos perder el mejor procedimiento epistémico para alcanzar las soluciones de moral intersubjetiva (la democracia misma)”. En resumen, reconoce como la única autoridad competente para reconocer y hacer valer los derechos a la autoridad expresada por la mayoría, la fórmula es que a mayor participación a favor de una propuesta determinada, mayores probabilidades de que la solución sea moralmente atinada.⁴⁹

La constitución, característicamente situada sobre las mayorías parlamentarias y sobre la voluntad contingente, constituye un acuerdo sobre los valores fundamentales que irradia sus efectos sobre la totalidad del ordenamiento y delega al legislador su desarrollo. Por lo tanto adoptando, una concepción *preceptivo-sustantiva*, la constitución no es solo la norma de grado (jurídico) jerárquico mas elevado, sino que constituye la norma axiológicamente suprema. No se trata de una jerarquía formal sino de valor: la constitución no solo exige respeto, no solo es el vínculo negativo para el legislador, sino que ella misma impone su propio desarrollo y su propia declinación positiva. La constitución es el punto de contacto entre la esfera jurídica y la esfera moral; y en particular en la doctrina neoconstitucionalista, la Constitución expresaría una concepción de la justicia con pretensiones universales.⁵⁰

⁴⁸ FERRES COMELLA, Víctor, El control judicial de la constitucionalidad de la ley, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, pp. 358-359.

⁴⁹ SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 242-255.

⁵⁰ POZZOLO, Susanna, Reflexiones sobre la Concepción Neoconstitucionalista de la Constitución, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo

Ahora bien, resulta evidente la tensión entre el constitucionalismo y democracia, por lo tanto y por tratarse de la realidad actual en México, considerando las reformas en materia de derechos humanos, así como el interés legítimo para promover el juicio de amparo, abre la puerta para que este se convierta en el control constitucional por excelencia “resolviendo” para el caso mexicano esta tensión de la manera en la que se expone mas adelante.

2.3 Control constitucional; control jurisdiccional; control judicial

La supremacía constitucional implica que las normas de la constitución tengan la fuerza suficiente para provocar la invalidez de las normas inferiores que entran en contradicción con la misma. Esta característica, propia de todo ordenamiento constitucional, es la raíz principal de la tensión entre los jueces constitucionales y el parlamento democrático (o el poder de reforma de la constitución). Ahora que los principios han constitucionalizados en la mayoría de las constituciones democráticas modernas y que forman un límite sustancial (de contenido) para las leyes democráticamente adoptadas. Para juzgar la constitucionalidad de las decisiones legislativas, el juez interpreta las disposiciones constitucionales y “ de esta forma (...)impone su propia valoración a la valoración de a autoridad normativa.” Para Dworkin, los abogados y los jueces que actúan de buena fe realizan una *moral reading* de la constitución que se traduce en una interpretación moralmente constructiva de los principios constitucionalmente reconocidos. Por ello para Dworkin el control jurisdiccional de la constitución es la mejor garantía de los derechos fundamentales y por ende, de las condiciones que hacen posible a la democracia. Reconoce que el *moral reading* es una cuestión compleja que exige una interpretación adecuada de la historia institucional de la comunidad y una correcta elucidación de sus principios morales, sin embargo lo importante para efectos nuestros, es que según su teoría de la democracia constitucional, esta azarosa tarea debe escapar de las manos de los representantes electos.⁵¹

Gustavo Zagrebelsky analiza la teoría realista frente a la concreción del control de constitucionalidad de las leyes centrándose en el caso italiano. Su concepción de tal control es abstracta, es decir, se refiere al control de constitucionalidad de la ley en cuanto tal. Zagrebelsky señala la función de una Corte Constitucional se puede plantear como una paradoja aparente en virtud de la cual dicha función es política, pero no pertenece a la política y tiene mucho que ver con la democracia, pero no deriva de ella. Esto, en parte, se explica porque la función primordial de la Corte es aplicar la Constitución, que es una norma que contiene todo aquello que no esta sujeto a votación alguna. En palabras de Rawls: “Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad en general no puede atropellar. Por esta razón, la justicia niega que la pérdida de libertad de algunos sea presentada como correcta por el bienestar más grande que comparten otros.”⁵²

De idéntica forma lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el famoso caso Lüth que analiza Alexy en su ensayo Derechos fundamentales ponderación y racionalidad. Sin duda, los derechos fundamentales se orientan en

⁵¹ SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, pp. 222-223.

⁵² RAWLS, John, *A theory of Justice*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press of Harvard, University Press, 1971, traducción Teoría de la Justicia, 2^o edición Fondo de Cultura Económica México 1995, p. 3.

primer lugar, a asegurar una esfera de libertad de los particulares frente a las agresiones del poder público. Son derechos defensivos del ciudadano frente al Estado. Así resulta tanto del desarrollo intelectual de la idea de derechos fundamentales como de los procesos históricos que han llevado a que las constituciones de los distintos Estados recojan los derechos fundamentales. Ese es también el sentido que tienen los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, la cual, al anteponer el capítulo de los derechos fundamentales, ha querido resaltar la prioridad de los seres humanos y su dignidad frente al poder del Estado. La Constitución se sitúa en el lugar donde, en efecto, debe estar: por encima de la batalla política, ya que contiene todo sobre lo que ya no se vota, por que “ha sido votado de una vez por todas en su origen”⁵³. No puede ser convertida en rehén de ningún partido político ni de ningún programa de gobierno. La Constitución configura y supone un patrimonio cultural que debe ser compartido por todos, razón por la cual los jueces y magistrados que integran la Corte Constitucional que debe velar por la guarda de su integridad y supremacía deben estar mas allá de los partidos políticos. Su animo debe de estar guiado únicamente por la voluntad de la Constitución.⁵⁴

En la mayoría de las democracias contemporáneas, las leyes aprobadas por el parlamento son susceptibles de algún tipo de control judicial, con el objeto de asegurar su conformidad con la Constitución. Los distintos países han recurrido a diversas fórmulas para articular este control, siendo posible establecer una clasificación básica entre dos grandes modelos (el modelo descentralizado y el centralizado) según sea que el control se encomiende a todos los tribunales de justicia o que , o por el contrario, se concentre en un Tribunal Constitucional. Ciertamente, tanto los tribunales de justicia como las asambleas legislativas son instituciones imperfectas y falibles, pero hay razones para creer que, en materia de derechos fundamentales, los tribunales tienen una ventaja comparativa. El reto práctico, entonces, es el de perfilar el sistema concreto de justicia constitucional que mejor se adapte a las condiciones políticas, sociales y culturales de cada país, tratando de maximizar los beneficios que puede aportar esta institución y reducir sus posibles efectos colaterales negativos.⁵⁵

Victor Ferrer en su libro Justicia Constitucional y Democracia, para justificar el control de constitucionalidad pero sin perder democracia, propone un camino para superarlo a partir de la idea de “presunción de constitucionalidad de la ley”. Su premisa fundamental es simple y certera: cuando se cuestiona la constitucionalidad de una ley

⁵³ ZAGREBELSKY, Gustavo, Principios y votos. El tribunal Constitucional y la política, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

⁵⁴ CARBONELL, Miguel, y GARCIA JARAMILLO Leonardo, Desafíos y retos del canon neo constitucional, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, p. 24-25.

⁵⁵ FERRES COMELLA, Víctor, El control judicial de la constitucionalidad de la ley, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, p. 357.

el interprete debe presumir que el legislador quiso respetar los límites constitucionales y, por lo tanto, si tiene que elegir entre diversas interpretaciones, debe escoger aquella en la que la ley resulte más próxima a la constitución. *In dubio pro legislatore*. Con esta fórmula, Ferres indica que el juez constitucional, cuando no enfrenta casos clarísimos e indiscutibles, debe optar por declarar la validez de la ley y limitarse a proponer una interpretación “auténtica” que no contradiga a la constitución. Ferres promueve una constitución de principios abstractos abierta a la interpretación que según, nos dice, permite adecuar la constitución histórica a la realidad actual, con lo que la voluntad de los “padres fundadores” se ajusta a la voluntad de la comunidad política presente. En pocas palabras, Rigidez mas abstracción es la formula que permite evitar el divorcio ente el contenido material de la constitución y el consenso mayoritario de la sociedad. Para el, los jueces juegan papel fundamental que fortalece la democracia porque, como ya lo advertía Dworkin, permiten escuchar voces que no fueron atendidas durante las deliberaciones parlamentarias. Por si fuera poco el control constitucional es un incentivo para que los legisladores actúen racionalmente porque saben que, de lo contrario, sus decisiones serán rechazadas. En la teoría de Ferres, la democracia no se agota en el principio de autonomía política de los ciudadanos sino que se erige sobre la idea de la deliberación pública. Por lo mismo puede afirmar que los jueces constitucionales, al enriquecer la calidad deliberativa del proceso político, actúan a favor del sistema democrático. Siguiendo esta línea, parece que la constitución es rígida para el legislador ordinario y para el poder de reforma constitucional, pero es flexible para el juez constitucional.⁵⁶

Sin embargo, la constitución resulta ser rígida para todos, incluso para los jueces constitucionales, ya que si bien son los interpretes de la leyes al realizar el *test* de constitucionalidad, únicamente lo son para confirmar la superioridad de la ley suprema sobre todo el ordenamiento jurídico, entendiendo como ley suprema lo dispuesto en la constitución y tratados internacionales en materia de derechos humanos. Las sentencias que emitan los jueces constitucionales interpretando derechos fundamentales para convertirse en jurisprudencia deberán seguir el mismo procedimiento establecido en la ley que se refiere a 5 ejecutorias en el mismo sentido sin ninguna en contrario, por contradicción de tesis, dejando a un lado las declaratorias generales de inconstitucionalidad ya que si bien esta prevista esa herramienta en la Ley de amparo, resulta ineficaz para prevenir y reparar violaciones a derechos fundamentales, toda vez que impone filtros que contradicen lo dispuesto en la constitución y lo dispuesto en la exposición de motivos de la ley de amparo. En la teoría de Carlos Santiago Nino, existen tres excepciones en las que el control de constitucionalidad se encuentra justificado, a) cuando esta en juego la protección de las reglas del procedimiento y de las condiciones de la discusión y de las decisión democrática; b) cuando una ley es perfeccionista y amenaza el principio de autonomía de las personas; c) cuando la finalidad de la intervención jurisdiccional es proteger la

⁵⁶ SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, pp. 224-226.

“convención constitucional” que, a su vez, garantiza la eficacia de las decisiones democráticas. Según Pedro Salazar en su libro de la Democracia Constitucional, una radiografía teórica, el mensaje de Nino es nítido: el control de constitucionalidad se justifica cuanto esta dirigido a proteger el mecanismo de decisión que cuenta con mayor valor epistémico (la democracia).⁵⁷

John Hart Ely con su tesis de fondo nos recuerda la teoría del vínculo preventivo: el control de constitucionalidad se justifica como un medio para proteger la forma democrática de gobierno. Formula una propuesta que sintetiza con la fórmula *participation oriented, representation reinforcing* que limita la intervención judicial a los casos en los que presumiblemente se violaron los presupuestos y/o los procedimientos que hacen posibles a la democracia.⁵⁸

⁵⁷ SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 257.

⁵⁸ SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, pp. 259-260.

2.4 La función del juez

Víctor Ferrer propone en primer lugar, rechazar la tesis de que es irrelevante la objeción democrática. Sustenta que es necesario construir una teoría que señale que rasgos del proceso judicial convierten a los tribunales en mejores instituciones que las asambleas legislativas para garantizar los derechos fundamentales constitucionales. La intervención de los jueces frente al legislador no está justificada únicamente cuando están en riesgo derechos asociados a la participación política, sino también cuando lo están derechos sustantivos. Si bien considera que los tribunales constitucionales y las asambleas legislativas son instituciones imperfectas y falibles, demuestra que hay razones para creer que aquellos, materia de derechos fundamentales, tienen una ventaja comparativa, razón por la cual se debe establecer un sistema de control judicial de constitucionalidad de la ley, a pesar de su coste democrático. El reto práctico que señala es el de perfeccionar el sistema de justicia constitucional que mejor se adapte a las condiciones de cada país, tratando de maximizar los beneficios que puede aportar esta institución, así como de reducir sus posibles efectos colaterales. Los jueces son los interpretes de los principios constitucionales. Los principios expresan conceptos grávidos de un gran valor (igualdad, libertad, justicia, solidaridad, dignidad humana, etc.) que, ante las situaciones de aplicación concreta, exigen un ejercicio interpretativo. Esto es así por que su contenido, inevitablemente, es indeterminado. Esto es así por que su contenido, inevitablemente, es indeterminado. Por lo tanto, la interpretación constitucional se transforma en la búsqueda de la norma que corresponde al caso concreto y esto, como sabemos, implica un acto de creación normativa. Por lo mismo, la labor de los jueces constitucionales escapa del terreno de la estricta legalidad y se ubica en el ámbito de las (inevitablemente subjetivas) concepciones de justicia. Como señala Gustavo Zagrebelsky, en el Estado constitucional moderno el legislador se debe resignar a que sus leyes sean tratadas sólo como una parte del derecho y no como todo el derecho. La constitución dejó de ser la ruta que orientaba a un grupo de legisladores que debían respetarla y se convirtió en un programa positivo de valores que los representantes deben implementar. Susanna Pozzolo, señala que lo que al parecer caracteriza de modo peculiar el Estado constitucionalizado respecto de lo que habitualmente se llama “estado de derecho” es precisamente el papel del juez. En ese contexto el mito de una jurisdicción mecanicista se tiene que disolver definitivamente. Se trata de una transformación del papel de la jurisdicción que se ha desarrollado con el paso del tiempo y, en cierto modo, de forma espontánea una especie de proceso de adecuación a los cambios en la política y de la sociedad contemporánea. Pozzolo señala que en el modelo de la Constitución mecánica⁵⁹ se confía a la jurisdicción un

⁵⁹ Susanna Pozzolo indica que una constitución del género “mecánico” o “de los contrapoderes”, por ejemplo, responde a la preocupación por “evitar el activismo judicial y defender las prerrogativas del Parlamento”. En este modelo, escribe Troper “la relación entre libertad política y constitución se entiende como verdaderamente causal”; la moderación del legislador no está asegurada por el dictado de la ley, sino que se da “en virtud de la distribución de los poderes que tienen en cuenta los intereses y las pasiones, las autoridades constitucionales se ven constreñidas a hacer

papel de garantía con base en la idea de que el derecho pueda ser aplicado (o al menos individuado) de manera objetiva (como una ley de la naturaleza): el legislador produce el derecho, la jurisdicción lo aplica. Este sistema de tareas y de relaciones entre las funciones del poder se refleja en la dogmática de las fuentes del derecho; sin embargo, en la medida en que la actividad jurisdiccional constituye el derecho positivo, se impondría una profunda reflexión. El constitucionalismo de la reglas o de los derechos presenta aparentemente un punto débil: una vez introducida la idea de que en el paso del texto a la norma se llevan a cabo valoraciones, se desvanece la idea de una aplicación técnica del derecho; existe el riesgo de que desaparezca el mismo papel de garantía de la jurisdicción (y con esto, el principio de legalidad). Pero, en realidad, es posible superar este resultado pensando diversamente el sistema de controles y contrapesos: ninguna ley de la naturaleza impone entre la obligación de mantener inmutada la división tradicional entre las funciones del poder con base en la neutralidad de la jurisdicción. El modelo de la Constitución de los derechos parece que tiene menos dificultad una vez observado desde el punto de vista neoconstitucionalista, porque la garantía parece haber sido confiada a algo inmutable e indiscutible: principios, derechos fundamentales, justicia. Pero la complejidad del fenómeno interpretativo revela la inexistencia de una relación biunívoca entre disposición y norma, entre enunciación y principio enunciado: la intervención de la jurisdicción es más que una mera aplicación. La ponderación de los principios ha hecho evidente una deficiencia sobre el plano institucional del control jurisdiccional: parece difícil poder prever los casos de conflicto y los criterios de precedencia entre los principios para la obtención del derecho cierto. Sin embargo, estas dificultades no son exclusivas de la interpretación de los principios, cuando mucho, son más evidentes. Un constitucionalismo garantista solo puede ser aliado de una teoría que busque afinar los instrumentos de control de la obra de determinación del derecho por parte de los interpretes. Que la decisión interpretativa sea una elección no implica concebir los enunciados jurídicos como cajas vacías. Pero si se trata de aceptar un cierto grado de relativismo necesario para el pluralismo: si no hay relación biunívoca entre el texto y la norma, las disposiciones jurídicas expresan diferentes sentidos y la interpretación (dotada de autoridad) concreta uno de ellos, no el verdadero que, por cierto, no existe. El interprete, en pocas palabras, tiene a disposición diferentes posibilidades interpretativas entre las cuales elige, concretando así el derecho positivo. Puesto que se trata de una elección, el interprete no puede abstenerse de argumentarla para mostrar su carácter oportuno respecto de otras posibles elecciones. Si los resultados interpretativos posibles son más de uno, es innegable el papel necesariamente creativo de la jurisdicción: la jurisprudencia aplica normas, pero claramente no hace solo esto. La jurisprudencia desarrolla un papel de concreción normativa que se caracteriza por un interesante grado de libertad del querer. En los sistemas con derecho codificado, sin la medición de la jurisprudencia, el derecho no estaría en grado de producir efectos. Esto por diferentes razones: por

compromisos y no pueden producir más que leyes moderadas”, en POZZOLO, Susanna, Reflexiones sobre la Concepción Neoconstitucionalista de la Constitución, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, p. 178.

ejemplo y en general, debido a la naturaleza del lenguaje jurídico, y también puede ser debido a la forma que asume el discurso del legislador como expresión de compromisos inciertos, de los cuales nacen normativas, bajo el presupuesto de que ellas darán lugar a diferentes interpretaciones concretas. Solo gracias a la amplia zona gris que se diseña alrededor de cada norma puede, al parecer, encontrarse el acuerdo. La labor de la jurisdicción es redefinitoria y solo triunfa en la medida en que se establezcan los *easy cases*⁶⁰, llegando así a una síntesis entre las múltiples concreciones posibles. El neoconstitucionalismo denuncia la creciente inadecuación del legislador, especialmente en la concreción de los derechos enunciados en los textos constitucionales. Esto es legítimo y es difícil disentir políticamente. Pero eso no significa que tal juicio no tenga una naturaleza política, ya que cuanto se denuncia es la falta “de una norma justa”. Como escribió Atienza, “el constitucionalismo contemporáneo ha modificado nuestra manera de entender el derecho y ha conducido, en cierto modo, a poner en primer plano la dimensión argumentativa del derecho.”⁶¹ Lo anterior sin unificar el sistema jurídico y el sistema moral, por que la separación entre derecho y moral y su recíproca autonomía son el fundamento del garantismo.⁶²

Rodolfo Vázquez analiza este asunto de permanente discusión en los ámbitos políticos y jurídicos, como es el respeto a la democracia frente al argumento contramayoritario, articulándolo con otra cuestión de singular relevancia en el contexto del derecho público, en la medida en que se trata de una de las condiciones para la consolidación de la democracia: la independencia judicial. Examinando diversas concepciones acerca de dicha cuestión, Vázquez desarrolla el grado de deferencia de la institución encargada del control constitucional hacia el legislador, cuya respuesta condiciona el concepto de democracia que se sustente. El grado de deferencia que el órgano judicial

⁶⁰ En efecto, el caso claro es un momento, una parcial conclusión, en el ámbito de un sistema de recíprocas expectativas. Este no es *easy* en virtud de la interpretación de la sola disposición, sino que depende de un mecanismo de estabilización y de *feedback* que, regenerándose continuamente, ofrece la impresión de que cuanto autoritativamente estabilizado no sea fruto de interpretación y no requiera, a su vez, interpretación (Spozolo, “*Congettura sulla giurisprudenza come fonte*” cit.), en POZZOLO, Susanna, Reflexiones sobre la Concepción Neoconstitucionalista de la Constitución, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, p.184.

⁶¹ ATIENZA Manuel, Argumentación y Constitución, en J. Anguiló Regla, M. Atienza y J. Ruiz Manero, Fragmentos para una teoría de la constitución, cit. p. 113, en POZZOLO, Susanna, Reflexiones sobre la Concepción Neoconstitucionalista de la Constitución, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, p. 184.

⁶² POZZOLO, Susanna, Reflexiones sobre la Concepción Neoconstitucionalista de la Constitución, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, pp. 170-184.

debe tener hacia el legislador supone un control rígido y una intervención activa por parte de los jueces, que favorezca el diálogo institucional incrementando así la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría el peso de razones que no ha considerado o las contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones.⁶³

⁶³ CARBONELL, Miguel, y GARCIA JARAMILLO Leonardo, Desafíos y retos del canon neo constitucional, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, p. 22.

2.5 Juez vs. Legislador; Derechos fundamentales vs. Autonomía política

La primera tensión conceptual tiene su contraparte institucional cuando entran en conflicto el principio de la supremacía (y de la rigidez) constitucional con la capacidad de decisión de los órganos representativos. El problema no se limita a la relación de subordinación que existe entre el legislador ordinario y los límites constitucionales, sino que se expresa en toda su magnitud cuando asumimos que para el constitucionalismo fuerte el coto vedado también limita al poder de reforma constitucional. Si la tensión se redujera a las restricciones que impone la constitución al parlamento democrático, estaríamos ante un problema aparente porque la supremacía constitucional necesariamente implica de la validez de las normas constitucionales. Sin este presupuesto, la sola idea de constitución resultaría aporética. Pero, como sabemos, una cosa es el principio de supremacía constitucional y otra cosa es el principio de rigidez constitucional dirigido al poder facultado para reformar la constitución.⁶⁴ Laurence Tribe ha sintetizado el núcleo de la tensión de la siguiente manera: “¿Por qué una nación que funda la legalidad en el consenso de los gobernantes debería organizar su vida política comprometiéndose a respetar un acuerdo originario... deliberadamente diseñado para que sea difícilmente modificable?”⁶⁵

Desde la perspectiva democrática, limitar el poder de reforma constitucional equivale a sacralizar el texto constitucional, convirtiéndolo en una camisa de fuerza que obstaculiza la deliberación y la decisión democráticas. Prohibir las modificaciones constitucionales estableciendo un coto vedado puede resultar injustificado porque implica desconfiar de la capacidad de los miembros de la colectividad para decidir autónomamente cuales serán las reglas que regirán, en el presente, su convivencia. El principio de autonomía política implica que todas las normas colectivas pueden ser discutidas y aprobadas por sus destinatarios, por lo que es puede considerarse inaceptable que un acuerdo aprobado por una generación pasada (los padres fundadores o los constituyentes) se imponga a la generación de los ciudadanos vivos en el presente. Esto, sobre todo, cuando se supone que dicho acuerdo fundamental no puede ser discutido, revisado y eventualmente, modificado. Esta tensión se resuelve con el siguiente argumento: si la constitución no es rígida, su supremacía no esta garantizada y, sin esta, la propia idea de constitución pierde sentido. Además, se podría agregar, no existe un solo grado de rigidez constitucional, por lo que recurriendo a la arquitectura institucional es posible debilitar, o al menos reconfigurar, la tensión. En este sentido, señala Pedro Salazar Ugarte que el contenido de las normas constitucionales no esta exento de interpretaciones. Por lo tanto y dado que la validez (material) de las decisiones legislativas depende de una interpretación constitucional, se corre el riesgo de trasladar el poder de decisión desde las manos de

⁶⁴ SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional, Una radiografía teórica*, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, pp.190-191.

⁶⁵TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, Nueva York, 1978, p. 9

los representantes populares hasta las manos de los jueces constitucionales. Ya lo advertía Kelsen: constitucionalizar normas de principio puede traducirse en un poder judicial insoportable. A través de la interpretación, el coto vedado, inaccesible para el poder representativo y democrático, puede transformarse en el coto de poder del cuerpo judicial.⁶⁶

Stephen Holmes ha sintetizado el núcleo de esta tensión con la siguiente pregunta: ¿por qué los jueces de una corte constitucional deberían tener el poder de anular las decisiones de los diputados que fueron elegidos democráticamente? ⁶⁷

Se trata de la llamada “dificultad contramayoritaria” (el problema que implica dejar de lado las decisiones democráticamente adoptadas) que orienta las reflexiones de Alexander Bickel en su conocido ensayo *The Least Dangerous Branch* y en el que advertía que el *judicial review* era una fuerza anti mayoritaria en el sistema político americano. Para Bickel la cuestión es simple: al declarar la inconstitucionalidad de una ley o de una decisión del poder ejecutivo, la Suprema Corte contradice la voluntad de los representantes del pueblo y, de esta forma, atenta contra las decisiones de la mayoría. La lógica de esta objeción también vale para los modelos de control europeo y latinoamericano y se funda, básicamente en las siguientes premisas: a) la escasa legitimidad democrática de los jueces constitucionales; b) el hecho de que la rigidez de la constitución suponga que la “ultima palabra” sean las sentencias del juez constitucional; c) el carácter inevitablemente controvertido de la interpretación constitucional.⁶⁸

La magnitud de la objeción aumenta cuando el “núcleo inmodificable” de la constitución es un núcleo “robusto” (por ejemplo cuando incluye, además de normas de principio, un catálogo de derechos sociales): en este caso, el margen de discrecionalidad de los jueces constitucionales para anular decisiones legislativas se incrementa considerablemente. Ya lo sabía Kelsen: el poder de los jueces crece peligrosamente cuando las constituciones recogen conceptos controvertidos como los principios constitucionales. El coto vedado de la constitución se encuentra en sus manos. Desde esta perspectiva es posible afirmar que no es la supremacía normativa

⁶⁶ SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 192.

⁶⁷ HOLMES, Stephen, “Vincoli costituzionali e paradossi della democrazia” en Zagrebelsky et al. Al Il futuro della costituzione, p. 168 en SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 193.

⁶⁸ FERRES VICTOR, Justicia constitucional y democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 41-42; C. Nino, La constitución de la democracia deliberativa, p. 259 en SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 193.

de la constitución la que conduce al control de constitucionalidad de las leyes, sino que es este control el que funda a la supremacía.⁶⁹

Las leyes democráticamente promulgadas por los órganos representativos no solamente están sometidos a la constitución (con las tensiones que ello implica) sino que, adicionalmente, se encuentran sujetas a las interpretaciones de los jueces constitucionales. La interpretación y tutela última de los derechos fundamentales se ubica en las manos de los interpretes jurisdiccionales y no en las de los representantes populares.⁷⁰ De esta forma, los jueces pueden delimitar discrecionalmente el ámbito de discusión legítima, orientando el significado y el contenido de las leyes que el órgano legislativo deberá producir. Los problemas que esto plantea al ideal democrático son evidentes: las decisiones colectivas fundamentales han dejado de ser el producto de los representantes del pueblo soberano. Por este cambio advierte Portinaro en una expresa alusión a las tesis de Schmitt, la democracia constitucional corre el riesgo de transformarse en una especie de democracia jurisdiccional, en una burocracia guardiana que bien puede convertirse en la dictadura de los jueces.⁷¹

El constitucionalismo y, por lo tanto, el modelo democrático constitucional presuponen que el poder de las mayorías políticas se encuentra limitado y que algunos principios fundamentales de la convivencia civil escapan la deliberación colectiva. Todo esto, además supone la existencia de un órgano autorizado a proteger

⁶⁹ Cfr. M. Troper, “La maquina y la norma. Dos modelos de constitución”, cit., p. 338. En algunos países los jueces constitucionales incluso cuentan con la facultad de controlar la constitucionalidad de las reformas constitucionales o de las llamadas “leyes constitucionales” (cuando existe esta figura normativa). Este es el caso de Italia o de Austria. Por ello, Ingeborg Maus ha sostenido que buscar la constitución alemana en la ley fundamental de ese país sería equivocado por que “la constitución (alemana) se encuentra en los más de 80 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional federal”. I Maus, “*Diritto naturale, diritto dell’uomo e giustizia politica*”, en G. Gozzi, *Democrazia, diritti, costituzione*, cit. p. 144 en SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional, Una radiografía teórica*, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 194.

⁷⁰ cfr. N. Luhman, “*La costituzione come acquisizione evolutiva*”, en Zagrebelsky et al., *Il futuro della costituzione*, cit. p. 127; cfr. También G. Pino, “*Il positivismo giuridico di fronte allo Stato Costituzionale*”, cit. p. 222 en SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional, Una radiografía teórica*, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 194.

⁷¹ Cfr. P. P. Portinaro, “*Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi*”, en G. Gozzi, *Democrazia, diritti, costituzione*, cit., pp. 401-436. Portinaro cita y retoma algunas de las tesis que, en debate con Kelsen, había sostenido Schmitt en su ensayo *Legalidad y legitimidad* de 1958. Para Schmitt, nos recuerda Portinaro, la corte constitucional kelseniana inevitablemente se convertiría en un legislador constitucional que llevaría la democracia hacia una “aristocracia de la toga” en SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional, Una radiografía teórica*, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 195.

la constitución. Si rechazamos estas premisas correremos el riesgo de que la democracia constitucional puede transformarse en la tiranía de la mayoría, que no es otra cosa que el absolutismo democrático. Una tiranía que no amenaza a las élites como en el siglo XIX temían los potentados acreedores americanos, sino que amenaza los derechos de todos en la medida en que los grandes intereses pueden manipular a las mayorías políticas para imponer sus decisiones.⁷²

Josep Aguiló Regla indica que la rigidez de una constitución regulativa enfrenta al constitucionalismo con todas las objeciones contra mayoritarias o contrademocráticas. Por ello, muchas veces se ha dicho que una constitución democrática y regulativa tiene que ser “abierta” para permitir que el sistema jurídico-político pueda reflejar las alternativas políticas que operan a su amparo. En este sentido parece que la constitución abierta tiene que ser, relativamente imprecisa.⁷³ Hay sin embargo, dos causas de imprecisión de los textos normativos que, si bien no son privativas de las constituciones, en ellas se presentan de manera tan acusada que hacen que la interpretación de la constitución presente peculiaridades que no pueden extenderse a toda la interpretación jurídica. Por un lado, la presencia masiva en las constituciones de los llamados conceptos valorativos, polémicos (o esencialmente controvertidos) y por otro, a los conflictos entre estándares constitucionales, entre principios constitucionales. La primera suele plantearse como una cuestión semántica (de significado), hace referencia a los conceptos valorativos, polémicos o esencialmente controvertidos, según Aguiló Regla, la ponderación de principios es una prolongación o extensión esta cuestión; y la segunda como una cuestión sistemática. Este autor, incluso señala que “las perplejidades que genera la interpretación de las constituciones se disuelven en gran medida si uno se aproxima a la constitución rígida como un documento fundacional de una práctica orientada por principios y valores. Lo que dota de continuidad a una constitución es la orientación, no precisamente todos sus contenidos concretos. La clave, según Aguiló Regla, esta en poder interpretar la acción de los constituyentes como orientada por el

⁷² SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, pp.193-196.

⁷³ Josep Aguiló Regla señala, que la cuestión de la imprecisión de los textos normativos es un tema central de la teoría de la interpretación jurídica y la interpretación de la constitución es un problema ineludible para todas las concepciones de la Constitución. Los problemas de ambigüedad (semántica, sintáctica y contextual), de vaguedad (intencional, extensional, combinatoria, gradual, etc), se proyectan sobre la teoría de la interpretación jurídica en general y alcanzan también la interpretación de la Constitución en, AGUILÓ REGLA, Josep, Tensiones del Constitucionalismo y concepciones de la constitución, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, pp. 22, 254.

reconocimiento de principios y valores, y la acción de los constituidos como orientada también por el reconocimiento de esos mismos principios y valores.⁷⁴

Hablar de democracia moderna significa hablar de la democracia constitucional, lo que significa que por necesidad lógica la autonomía política de los ciudadanos, el ejercicio de su poder soberano debe estar limitada por el reconocimiento de algunos derechos fundamentales. La democracia formal solo es posible cuando algunos derechos fundamentales se encuentran garantizados. Esta dimensión material del constitucionalismo no debe interpretarse como una limitación a la autonomía política de los ciudadanos, sino como una precondition para que sea posible el ejercicio mismo de la autonomía política (que es individual pero se ejerce colectivamente). Por lo mismo, el coto vedado de Garzón Valdés se encuentra democráticamente justificado únicamente cuando contiene las preconditiones y las condiciones de la democracia. En este sentido, siguiendo la tesis de Carlos Nino de los derechos a priori, en la medida de que se acepte que (algunos de) los derechos fundamentales están en la base de la democracia pero no son (al menos necesariamente) su resultado.⁷⁵

Se ha sostenido que no es posible garantizar la supremacía de la constitución sin un cierto control de constitucionalidad. Sin embargo, contrario a lo que sostienen diferentes autores, como Dworkin, me parece que el poder de los jueces constitucionales puede y debe limitarse, de lo contrario los garantes del gobierno de las leyes pueden convertirse en los hombres que gobiernan. En los últimos años Bayón y Gargarella han encontrado una puerta de salida para proteger a la democracia de los jueces constitucionales, en los mecanismos que ya operan en algunas constituciones, como las canadienses. En Canadá, por ejemplo, los parlamentos (federal y/o provinciales) pueden reformular una ley que haya sido declarada inconstitucional por el tribunal constitucional, con la finalidad de adaptar su contenido a las opiniones de los jueces. Mas allá de los argumentos a favor y en contra que puedan esgrimirse para dar un trato diferenciado a algunos derechos concretos, lo cierto es que estos mecanismos institucionales no solamente permiten al parlamento democrático responder a los jueces constitucionales, sino también habilitan a los representantes populares para que adopten la última palabra sobre muchas cuestiones fundamentales. Ciertamente el modelo canadiense es un modelo polémico, pero puede servir de fuente de inspiración para repensar en el constitucionalismo fuerte. No se trata de negar que los jueces constitucionales deban tener la última palabra en lo concerniente al coto vedado para garantizar la vigencia del modelo democrático constitucional; pero sí de considerar que las decisiones sobre otros derechos y cuestiones constitucionales pueden ser objeto de un reenvío

⁷⁴ AGUILÓ REGLA, Josep, Tensiones del Constitucionalismo y concepciones de la constitución, en *El Canon Neoconstitucional*, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, pp. 254-263.

⁷⁵ SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional, Una radiografía teórica*, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, pp. 265,266,267.

legislativo que permita a los legisladores responder a los jueces y eventualmente, a través del poder de revisión constitucional, emitir la última palabra, una última palabra que en los hechos siempre será provisional por que nada impide revisiones posteriores. Esta dialéctica entre el parlamento, los jueces y el parlamento, si se alimenta con una opinión pública suficiente atenta, podría constituir ese difícil punto de equilibrio institucional entre las exigencias de la constitución y las exigencias de la democracia: un punto de equilibrio que podría materializar, ante la cruda realidad de la política, el noble ideal del gobierno de las leyes.⁷⁶

En México la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido de que los preceptos constitucionales no pueden ser sometidos a un análisis de regularidad constitucional a través del juicio de amparo, ni a un control difuso de constitucionalidad mediante alguno de los recursos establecidos en la ley de amparo, pues las normas que componen la constitución constituyen la fuente de todo el ordenamiento jurídico (entre este a la ley de amparo) y deben considerarse como mandatos inmutables a cualquier tipo de control jurisdiccional; en la medida en que el sistema de control constitucional que establece no es capaz de invalidar su propio contenido, aunando a que no es jurídicamente admisible desarticular la interdependencia de las normas constitucionales, ya que si fuera posible, negaría el principio de unidad de la constitución.⁷⁷

⁷⁶ SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, pp. 272-274

⁷⁷ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. NO PUEDE REALIZARSE RESPECTO DE LOS PRECEPTOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tesis 2ª./J.3/2014 (10ª), Gaceta del semanario judicial de la federación, libro 3, febrero de 2014, tomo II, Décima Época, p. 938

2.6 Normas y principios

Ronald Dworkin, en su crítica al positivismo Hartiano considera fundamental la distinción entre principios y reglas jurídicas, basando su crítica en la distinción lógica entre normas, directrices y principios, ya que según el autor el modelo positivista es estrictamente normativo por que solo puede identificar normas y no principios y directrices. Lo anterior se encuentra profundamente relacionado con otra tesis fundamental del positivismo, la separación entre el derecho y la moral, la cual Dworkin descalifica categóricamente afirmando que el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, basado en un modelo de razonamiento fundamentado en el modelo reconstructivo de Rawls, distinto al modelo típico del naturalismo, restaurando la relación entre el razonamiento moral y jurídico, en abierta contradicción a la corriente propuesta desde Bentham y Austin y en especial a la doctrina positivista del derecho. Su argumento esta fundamentado en que el razonamiento jurídico, “invoca y utiliza principios morales que los tribunales desarrollan lentamente mediante un largo proceso de razonamiento y de creación de precedentes.” Por lo tanto y en consecuencia el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral. La expresión “principio jurídico” según Atienza y Ruiz Manero, padece de vaguedad y ambigüedad. Por lo tanto parto de la base de que la palabra principio puede tener varias acepciones tanto jurídicas como comunes, siendo las primeras las relevantes para el presente análisis y que puede tener distintos significados, dependiendo del contexto en el cual se apliquen y la intención del autor , por lo tanto se puede utilizar la palabra principio para hacer alusión a una norma con un alto grado de generalidad, así como para incorporar conceptos jurídicos indeterminados a un texto jurídico, o para caracterizar como programática una norma, para expresar los mas altos valores de un determinado orden jurídico, o como normas rectoras cuyos destinatarios sean los órganos jurisdiccionales. En tanto que Dworkin los distingue de otros estándares como las directrices, a los Principios como “las pautas que han de observarse, por que constituyen una exigencia de justicia, equidad o de otros aspectos de la moral” en cuanto que las directrices hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos. En cuanto que las reglas, como integrantes de un sistema jurídico y según las concepciones mas desarrolladas del positivismo, pueden ser identificadas utilizando el criterio establecido en una “norma clave”, pudiendo ser esta la “Norma fundamental” de Kelsen o la “Regla de Reconocimiento” de Hart. Dicho criterio, es considerado por los positivistas como el fundamento de validez de todas las normas derivadas de una “Norma Clave” dentro de un sistema jurídico determinado. Lo anteriormente expuesto, afirma, tal y como lo considera Dworkin que dicho reconocimiento es adecuado, si se afirma que el derecho es un conjunto de normas visto desde una perspectiva unilateral, la cual, a su parecer, resulta insuficiente, ya que junto a las normas existen principios y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen sino por su contenido y fuerza argumentativa.

Dworkin considera que la distinción entre principios y reglas es una distinción de clase, toda vez que pertenecen a clases diferentes de pautas, ya que las reglas operan

de forma disyuntiva, en cuanto que se aplican o no se aplican, válidas o no válidas. Si una regla es válida, entonces “la solución que proporciona debe ser aceptada.”⁷⁸ Por lo tanto en caso de conflicto entre dos reglas, debe resultar que una de las dos no es válida y la colisión se resolverá mediante una regla de conflicto previamente establecida, dejando a un lado la regla “derrotada” hasta que esta sea reformulada para hacerla consistente con la regla “ganadora”. Contrariamente a lo que Dworkin afirma, Hart considera que las reglas pueden o no aplicarse, ya que en el caso de un conflicto entre reglas, una regla puede ser superada por otra de mayor importancia y la regla así vencida no pierde su validez, sino que puede determinar la solución en otro caso en donde sea aplicable si es que no hay otras reglas más importantes en conflicto. Lo anterior lo apoya el jurista Jesús Orozco Enríquez, sosteniendo que las reglas al igual que los principios, tienen una dimensión de peso y pueden pervivir en caso de conflicto.⁷⁹

En contraste, los principios tienen un aspecto de importancia que las reglas carecen, por lo tanto los conflictos entre principios se resuelven dependiendo del peso de cada uno de los principios en conflicto. Dworkin afirma que “los principios inclinan la decisión en una dirección, aunque no de manera concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan”. El autor estadounidense afirma que, a diferencia de las reglas (una vez vencida pierde su validez), los principios son “no concluyentes”. Si bien las reglas no tienen una fuerza concluyente, si la tienen justificatoria tal y como señala Juan Carlos Bayón “...la solución prevista por la regla goza de una presunción *prima facie* de aplicabilidad que solo puede ser desvirtuada en un caso de concreto mediante una argumentación basada en principios...” No obstante que la aplicabilidad de las reglas esta subordinada a los principios, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manera sostienen que en la mayoría de los casos la solución normativa esta dada por las reglas, ya que el derecho guía el razonamiento de los órganos jurisdiccionales en dos niveles distintos: en el primer nivel, establece el deber de los jueces de hacer un balance de razones, integrado únicamente por pautas jurídicas, pudiéndose tomar en cuenta consideraciones extra-jurídicas únicamente cuando así lo autorice el propio derecho. En el segundo nivel las reglas jurídicas, en tanto razones perentorias, determinan la solución. Solo se pasa al segundo nivel cuando el principio de que debe hacerse lo prescrito en las reglas jurídicas no es desplazado en el primer nivel por otros principios de mayor peso, en ese caso las reglas perentorias funcionan en razonamiento jurisdiccional como razones perentorias y constituyen el fundamento de la decisión. Dworkin sostiene que no solo hay una distinción de clase entre reglas y principios, sino que también las distingue por que los principios no pueden ser identificados por una regla de reconocimiento, ya que el origen de los principios,

⁷⁸ DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, Editorial Ariel Derecho, Barcelona 2009, p. 22.

⁷⁹ OROZCO ENRIQUEZ, Jesús, “Consideraciones sobre los principios y reglas en el derecho electoral mexicano”, Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, número 16, revista 342,702, México, 2001, p. 146.

“como principios jurídicos no descansa en la decisión particular de una legislatura o tribunal...”⁸⁰.

Me parece incuestionable la relación entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico, visto desde la perspectiva expuesta por Dworkin. Parafraseando a Prieto Sanchis, los principios son “el vehículo de la moral en el derecho”, los cuales mantienen al derecho en constante movimiento, adecuándose a las necesidades y a los estándares dictados por un determinado momento histórico dentro de una sociedad, lo cual Dworkin fundamenta con la evolución del razonamiento de los tribunales en la creación de precedentes actuales y contemporáneos. Por lo que los principios, a mi parecer resultan la base toral y los verdaderos límites sustantivos al contenido del derecho y a la discrecionalidad judicial y por lo tanto resulta indispensable que la corriente jurídica postulante, en turno, los contemple como tales, considerado el origen y el alcance de los mismos con la importancia que el autor les atribuye. Los principios, junto con las reglas son el fundamento de la comunidad política, la ponderación entre principios a cargo de jueces es inevitable y positiva por que, de otra forma, sería imposible encontrar la mejor solución desde el punto de vista de la moralidad política sustantiva.⁸¹

Desde un punto de vista técnico jurídico, el mecanismo principal, y pieza central, de la teoría de Alexy es el juicio de ponderación, del que hace uso desde hace décadas el Tribunal Constitucional alemán para resolver los conflictos entre derechos y que ha sido adoptado también por el nuestro sin mayores modificaciones. Su importancia es tal que podemos decir que la teoría funciona si la ponderación funciona, esto es, que el correcto funcionamiento de la ponderación es condición necesaria para obtener esa interpretación unitaria, coherente y completa de los derechos fundamentales a que antes me he referido. Para Alexy, la mayoría de las normas de derecho fundamental, incluyendo en ella a las más importantes son principios o mandatos de optimización, y no reglas: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado (Teoría, pág.86).” Esos algos a que se refiere Alexy pueden ser entendidos como estados de cosas constitucionalmente deseables, la realización de cada uno de los cuales debe ser maximizada y armonizada con la de todos los demás, puesto que unos y otros se colisionan entre si. Para Dworkin los derechos fundamentales operan no como reglas sino como principios. Hay efectivamente, derechos que son reglas que establecen un supuesto y una consecuencia jurídica que un sujeto tiene la facultad de exigir. Sin embargo Dworkin tiene razón al sostener que buena parte de los derechos fundamentales consagrados

⁸⁰ DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, Editorial Ariel Derecho, Barcelona 2009, p. 46.

⁸¹ SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, p. 222.

en una Constitución (y en otras leyes) operan como principios, es decir, establecen un derecho que indica un curso de acción, o un valor que se protege, pero no establecen con claridad los deberes correlativos, ni mucho menos sanciones en casos de incumplimiento; en ocasiones, tampoco queda claro a que órgano del Estado le compete proteger, garantizar, asegurar, promover u otorgar prestaciones relacionadas con dichos derechos. Para la concepción kelseniana de los derechos subjetivos la cuestión es fácil de resolver: se les niega sin mas el carácter de derechos y, por tanto se les niega protección. Que un derecho se configure estructuralmente como principio no obedece a un defecto, puede ser algo que el legislador considera conveniente normativamente hablando.⁸²

Las normas de derechos fundamentales, en tanto principios, conceden sólo derechos *prima facie*. Ponderar consiste, entonces, en contrastar dos derechos que se oponen entre si para determinar en que medida uno debe defenderse o promoverse a costa del sacrificio del otro. El resultado de la ponderación es el derecho definitivo, que solo se posee en tanto la ponderación correspondiente se ha realizado, y en la medida determinada por está. La ponderación es, pues, la técnica apropiada para la aplicación de normas principio y, por eso, la técnica característica de aplicación de normas constitucionales, típicamente principales, no solo, por cierto, cuando reconocen derechos sino también cuando establecen competencias normativas.⁸³

Alexy defiende la racionalidad de la ponderación en casos complejos de aplicación de derechos fundamentales frente a criticas como las de Habermas, para quien la construcción ponderativa nos deja fuera de la esfera de la justificación de la corrección y de la objetividad, y además, reblandece los derechos fundamentales. Según Alexy, “para la teoría de los derechos fundamentales, la mas importante (distinción teórico estructural) es la distinción entre reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es la clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Es un elemento básico no solo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto. Con su ayuda, es posible hacer mas transparente problemas tales como el efecto en terceros y la división de competencias entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento. La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. Por todo esto, la distinción entre reglas y

⁸² CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, p. 190-191

⁸³ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, en Derechos Sociales y ponderación, colección dirigida por Ernesto Garzón Valdés, Celestino Pardo, Antonio Pau y Rodolfo Vázquez, Editorial Fontamara, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, México 2010, pp. 19-22.

principios es uno de los pilares del edificio de la teoría de los derechos fundamentales.”⁸⁴

⁸⁴ ALEXY, Robert, Una teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 81-82.

3. Texto constitucional posterior a la Reforma Constitucional de 2011 .

3.1 Inclusión del catalogo de derechos humanos reconocidos en tratados internacionales al orden constitucional mexicano.

Se eleva a rango constitucional los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte, lo que facilitará el cumplimiento de las obligaciones de respeto y protección de esos derechos. De esta forma existirá un conceso genérico de derechos humanos con dos especies: i) aquellos derivados del texto constitucional y ii) aquellos derivados de los tratados internacionales. Con ello se facilitará que los tribunales nacionales lleven a cabo un efectivo control de convencionalidad, es decir, analizar los actos de autoridad a la luz de los derechos humanos de los tratados internacionales. De hecho, lo que se logra con tal constitucionalización es que el control de constitucionalidad ahora deba incluir el control de convencionalidad, lo que además resultará acorde con la reforma constitucional en materia de amparo. El hecho de que los derechos humanos contenidos en dichos instrumentos sean constitucionalizados, aporta un fundamento para su protección interna. En suma, lo que hoy termina resolviéndose a nivel internacional, la reforma permitirá que sea resuelto previamente y a nivel nacional. De igual manera, puede significar, dependiendo del criterio de la Época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de que se trate, que se impone un límite material (de contenido) a las reformas constitucionales, que prohíbe cualquier alteración de su núcleo fundamental y ello implica la inconstitucionalidad de cualquier reforma constitucional que pretenda reformar ese “coto vedado”.⁸⁵

El pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto el Amparo en Revisión 2119/99 en el sentido de que en el artículo 133 Constitucional se establecen los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa ,por los cuales la Constitución Federal y las leyes que de ella emanen, así como los tratados celebrados con potencias extranjeras, hechos por el presidente de la República con aprobación del Senado, constituyen la Ley Suprema de toda la Unión, debiendo los jueces arreglarse a dichos ordenamientos, a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber.⁸⁶

Los artículos 1 y 133 de la constitución establecen el deber de toda autoridad de proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Norma Suprema y en los tratados internacionales de los que el país de es parte y, en cuanto a los jueces, el deber de arreglarse a la constitución a pesar de leyes o disposiciones en contrario, a

⁸⁵ SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008, pp. 100-101.

⁸⁶ SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERARQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE. Amparo en Revisión 2119/99 del 29 de noviembre de 2000. Cinco votos. Ponente Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria Leticia Flores Díaz.

partir de lo cual, se reconoce que a cargo de las autoridades jurisdiccionales obra la obligación de ejercer de oficio o a petición de parte, un control de convencionalidad en materia de derechos humanos, el cual deberá adecuarse al modelo de control constitucionalidad existente en el ordenamiento interno, conforme a los parámetros delineados por la Corte en diversas tesis. Por su parte la Corte Interamericana ha sostenido, en relación con el deber de los estados firmantes de la convención americana sobre derechos humanos, de respetar bienes jurídicos y libertades reconocidos en ella; que la acción u omisión de cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, que implique un incumplimiento de ese deber, constituye un hecho imputable al Estado en su conjunto, que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la propia convención.⁸⁷

La inclusión de los Principios de interpretación conforme y principios pro persona favorecerán que las autoridades, pero sobre todo los tribunales nacionales, deban realizar una interpretación armónica de los derechos humanos contenidos en la Constitución con los derechos contenidos, también en la Constitución, pero derivados de tratados internacionales. Así, se cierra la posibilidad de que si llegaren a existir antinomias, deberá aplicarse la norma que resulte más benéfica para la persona. De la interpretación sistemática y teleológica de los principios pro persona establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con ésta y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, hermenéutico en materia convencional, previsto en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como sustento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos, se advierte que la aplicación del control difuso *ex officio* en materia de derechos humanos es una herramienta de interpretación subsidiaria o complementaria del sistema jurídico mexicano, cuyo uso está condicionado a la optimización de la norma que la integra para maximizar la defensa de los ciudadanos cuando el derecho interno no alcanza para ese fin. Esto significa que la aplicación del mencionado control se realiza en suplencia de la deficiencia de la normativa interna; es decir, el juzgador no debe acudir directamente a la normativa internacional para buscar respuesta al asunto, en virtud de que, antes, por lógica y preferencia del derecho interno, deberá analizar cómo está establecido el derecho humano en controversia en los contenidos que existen en las reglas y los principios

⁸⁷ CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. ES UNA OBLIGACIÓN INELUDIBLE DE LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL EJECERLO, AUN DE OFICIO, CUYO INCUMPLIMIENTO VULNERA EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE PROTEGER Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS Y COMPROMETE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO MEXICANO EN SU CONJUNTO, Tesis IV.2º.A J/7 (10ª), Tribunales colegiados de circuito, Gaceta del semanario judicial de la federación, libro 1, diciembre de 2013, Tomo II, Décima Época, p. 933

constitucionales, así como en la legislación ordinaria, para que, una vez que se determine mediante los razonamientos respectivos que el derecho fundamental no está protegido o, si lo está, no suficientemente en favor de la persona, se justifica que se realice el control difuso de convencionalidad *ex officio*.⁸⁸

Al momento de establecerse que 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”, no sólo generará una cultura en torno a dicha materia, sino que permitirá que cualquier actividad (no solo las jurisdiccionales), puedan emitir sus actos atendiendo a los derechos humanos reconocidos en la Constitución (los expresos y los derivados de los tratados), con lo cual también deberán reducirse los casos que lleguen a sede jurisdiccional. Con ello se establecerá una especie de control constitucional difuso en materia de derechos humanos, el cual se encuentra dispuesto en el artículo 133 constitucional. El modelo de control constitucional actual, junto con la forma concentrada (propia de los tribunales de la federación) la modalidad difusa. Ahora, cualquier órgano jurisdiccional del país puede hacer declaratorias de inconstitucionalidad y expulsar de ordenamiento normas generales, si puede considerar en los casos concretos los argumentos donde aduce que algún acto o norma vulnera esos derechos fundamentales.⁸⁹

El ejercicio del control difuso de convencionalidad previsto por el artículo 1 constitucional, vigente a partir de junio de 2011, no puede ser caprichoso o arbitrario, constituye una herramienta de interpretación subsidiaria o complementaria, cuyo uso esa condicionado a la necesidad de maximizar la defensa de los ciudadanos cuando el derecho interno no alcanza para ese fin, esto es, corresponde al juzgador en cada caso concreto, ponderar primero si el derecho jurídico mexicano debe ser mejorado u optimizado conforme a la legislación internacional, por se esta la que tenga una mayo eficacia protectora.⁹⁰

⁸⁸ CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. SU APLICACIÓN ES DE NATURALEZA SUBSIDIARIA O COMPLEMENTARIA DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. Tesis: (III Región)5o. J/8 (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo II Décima Época, p. 1360

⁸⁹ CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES DE ALZADA ESTÁN OBLIGADOS A RESPONDER DENTRO DEL ÁMBITO DE SU COMPETENCIA LOS AGRAVIOS RELATIVOS A LA VIOLACIÓN DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES, Tesis VII.2º.C, Tribunales colegiados de circuito, Semanario Judicial de la federación y su gaceta, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 2, Décima Época, p. 1106

⁹⁰ CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. TRATANDOSE DEL DERECHO DE SEGURIDAD SOCIAL A UNA PENSIÓN, LAS NORMAS INTERNAS GARANTIZAN UNA MAYOR EFICACIA PROTECTORA QUE EL ARTÍCULO 25.1 DE LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL NUMERAL 9 DEL PACTO DE SAN SALVADOR, POR TANTO, EN ESA HIPÓTESIS ES INNECESARIO EJERCER DICHO

La reforma constitucional de 10 de junio de 2011 incorporó al régimen de derecho del país tres elementos nuevos para expandir la cobertura protectora de las herramientas jurídicas a disposición de los ciudadanos en materia de derechos humanos: 1. La obligación de todas las autoridades de proteger no solo los derechos reconocidos en la Constitución, sino también en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte; 2. La interpretación conforme a la constitución para favorecer en todo tiempo la protección más amplia y; 3. La obligación de proteger y garantizar esos derechos de acuerdo con los principios rectores en la materia; de ahí que el punto toral de dicha reforma fue maximizar la protección de los derechos humanos con independencia del tipo de legislación donde se consagren. En ese contexto, cuando un derecho humano este reconocido en normas de ámbitos distintos –uno nacional y otro internacional - no debe acudirse en todos los casos al derecho externo para resolver un caso concreto, en desmedro del sistema normativo interno; mas bien, como requisito previo, el juez debe realizar un ejercicio de ponderación entre ambas normativas para verificar cual de ellas otorga una mayor eficacia protectora a la persona, pues solo cuando la protección internacional es mayor o mas eficaz que la nacional, debe ejercerse el control difuso de convencionalidad *ex officio* como parámetro de solución.⁹¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado de diversas maneras respecto al control de convencionalidad. Se ha expresado, que artículo 1 de la constitución, reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el estado mexicano sea parte, mismos que independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, por lo que cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de os derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, 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. Sin embargo, se reconoce que se ha ampliado el catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución, el cual se califica como parte del conjunto normativo que goza de la supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en conjunto con la constitución, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional

CONTROL. Tesis (III Región 5º.J/9 (10ª), Tribunales colegiados de circuito, Gaceta del semanario judicial de la federación, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo II, Décima época p. 1361

⁹¹ CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. CUANDO UN DERECHO HUMANO ESTE RECONOCIDO EN NORMAS DE ÁMBITOS DISTINTOS, UNO NACIONAL Y OTRO INTERNACIONAL, EL JUEZ NO DEBE EJERCERLO EN TODOS LOS CASOS PARA RESOLVER UN CASO CONCRETO, SINO REALIZARSE UN EJECICIO PREVIO DE PONDERACIÓN ENTRE AMBAS PARA VERIFICAR CUAL DE ELLAS CONCEDE UNA MAYOR EFICACIA PROTECTORA A LA PERSONA. Tesis (III Región) 5º.J/10 (10ª) Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 4, marzo de 2014, Tomo II, p. 1358.

conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del sistema jurídico mexicano.⁹²

Igualmente el Máximo Tribunal, se ha expresado que si bien es cierto que, acorde con los artículos 1 y 133 de la constitución, las autoridades jurisdiccionales ordinarias, para hacer respetar los derechos humanos establecidos en la propia constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, pueden inaplicar leyes secundarias, lo que constituye un control difuso de su constitucionalidad y convencionalidad de leyes, cuya competencia corresponde en exclusiva al poder judicial de la federación, a través del juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. La diferencia entre ambos medios de control (concentrado y difuso), estriba en que, en el primero (control concentrado), la competencia específica de los órganos del poder judicial de la federación encargados de su ejercicio, es precisamente el análisis de constitucionalidad y convencionalidad de leyes, por tanto, la controversia consiste en determinar si la disposición de carácter general impugnada expresamente es o no contraria a la constitución y a los tratados internacionales, existiendo la obligación de analizar los argumentos que al respecto se aduzcan por las partes; en cambio, en el segundo (control difuso) el tema de inconstitucionalidad o inconventionalidad no integra la *litis*, pues esta se limita a la materia de legalidad y por ello, el juzgador por razón de su función, prescindiendo de todo argumento de las partes, puede desaplicar la norma.⁹³

Una cuestión propiamente constitucional, se actualiza cuando de por medio se exija la tutela del principio de supremacía constitucional, por que se presenta un conflicto interpretativo de la solución normativa otorgada por la Constitución, en tanto texto normativo. Así de un análisis sistemático de la jurisprudencia se desprende que el principio de supremacía constitucional se desenvuelve en dos concepciones distintas: a) una relativa a la protección consistente en el sistema de fuentes y a su principio de jerarquía normativa y otra, b) relacionada con la protección coherente de la unidad de principios objetivos del ordenamiento jurídico mediante el principio de mayor protección de los derechos humanos, la primera, a) cuando se alega una confrontación entre una ley secundaria y una norma de un tratado internacional que no regule un derecho humano, la confrontación es en principio una cuestión de legalidad solo implica una violación indirecta la Constitución, debido a que en el fondo se alega una

⁹² 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. Pleno, Tesis: P./J. 20/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 5 abril de 2014, Tomo I, p. 202, Décima Época.

⁹³ CONTROL DIFUSO. SU EJERCICIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Tesis 2ª./J. 16/2014, Segunda Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, abril de 2014, tomo I, Décima Época, p. 984

debida aplicación de la ley a la luz del principio jerárquico del sistema de fuentes. En este sentido es criterio de la Suprema Corte que los tratados internacionales se encuentren por encima de las leyes secundarias y, por ende, la solución de su conflicto normativo o antinomia corresponde a una cuestión de legalidad: determinar la forma en que una ley se subordina jerárquicamente a un tratado internacional. Por otro lado, b) cuando la confrontación es entre un tratado internacional y una ley secundaria implique la interpretación de una disposición normativa de una convención que, prima facie, fije las relaciones o posiciones jurídicas, sentido y/o alcance de un derecho humano, debe concluirse que si existe una cuestión propiamente constitucional, toda vez que cuando se estima que una ley viola un derecho humano reconocido en una convención subyace un juicio de relevancia jurídica fundado en la idea de coherencia normativa, lo mismo debe decirse cuando se trate de la interpretación de una disposición convencional que a su vez fije las relaciones o posiciones jurídicas, sentido y/o alcance de un derecho humano, siempre y cuando se cumplan la exigencia técnica de desplegar método interpretativo del derecho humano referido, adicional a los requisitos técnicos para la procedencia del Juicio de Amparo.⁹⁴

Se está ante una cuestión constitucional cuando se actualizan los siguientes supuestos: a) cuando de por medio se exija la tutela del principio de supremacía constitucional, porque se presenta un conflicto interpretativo de la solución normativa otorgada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en tanto texto normativo, lo que implica la exigencia de desentrañar el significado de un elemento normativo de dicha Norma Fundamental mediante el despliegue de un método interpretativo; b) que se trate de una colisión entre un tratado internacional y una ley secundaria que implique la interpretación de una disposición normativa de una convención que, prima facie, fije las relaciones o posiciones jurídicas, sentido y/o alcance de un derecho humano, o bien cuando se trate de la interpretación de una disposición convencional que a su vez fije las relaciones o posiciones jurídicas, sentido y/o alcance de un derecho humano; c) cuando los efectos de una posible contradicción entre leyes secundarias trasciendan en perjuicio de un contenido constitucional o derecho humano, para lo cual será necesario que el reclamo del recurrente encierre un planteamiento argumentativo de trascendencia al principio de seguridad jurídica en grado suficiente; d) cuando se cuestione que la modalidad interpretativa adoptada, aunque en el ámbito de legalidad, tiene el potencial de vulnerar la Constitución Federal, siendo posible encontrar una intelección que la torne compatible con ésta, por lo que la opción de una modalidad sobre otra implica pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma; e) cuando los planteamientos hechos traten de

⁹⁴ CUESTIÓN CONSTITUCIONAL. PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO, SE SURTE CUANDO SU MATERIA VERSA SOBRE LA COLISIÓN ENTRE UNA LEY SECUNDARIA Y UN TRATADO INTERNACIONAL, O LA INTERPRETACIÓN DE UNA NORMA DE FUENTE CONVENCIONAL, Y SE ADVIERTA PRIMA FACIE QUE EXISTE UN DERECHO HUMANO EN JUEGO; Pleno, Tesis: P./J. 22/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, abril de 2014 Tomo I, p. 94 Décima Época.

demostrar que alguna norma general es contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o a algún otro tratado o instrumento internacional en materia de derechos humanos que resulte vinculante para el Estado Mexicano, es decir, se trate de la convencionalidad de una ley.⁹⁵

En diversa tesis de jurisprudencia, se ha delimitado, que se solicita el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, deben señalarse claramente los elementos mínimos que posibiliten su análisis; cual es el derecho humano que se estima infringido, la norma general a contrastar y el agravio que produce, pues de no ser así el planteamiento debe declararse inoperante, ya que fuera del principio *iura novit curia*, según la Corte, el juzgador no está obligado a emprender un estudio “expreso” oficioso de los derechos humanos o preceptos constitucionales o convencionales que genéricamente se invoquen como pertenecientes al sistema.⁹⁶

Así, la Suprema Corte, indica que no debe ejercerse siempre, pues existen presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia que deben tenerse en cuenta. La ley, la jurisprudencia y la práctica muestran que algunos de esos presupuestos, que de no satisfacerse impedirán su ejercicio, de manera enunciativa son: a) que el juzgador tenga competencia legal para resolver el procedimiento o proceso en el que vaya a contrastar una norma; b) si es a petición de parte, que se proporcionen los elementos mínimos, es decir, debe señalarse con toda claridad cual es el derecho humano o garantía que se estima infringido, la norma general a contrastar y el agravio que le produce, pues de otra forma, sin soslayar su carácter de concedor del derecho, el juzgador no está obligado a emprender un estudio expreso oficioso de los derechos humanos o preceptos constitucionales o convencionales que se le transcriban, o que de manera genérica se invoquen como pertenecientes al sistema; c) debe existir aplicación expresa o implícita de la norma, aunque en ciertos casos también puede ejercitarse respecto de normas que, bien sea expresa o implícitamente, deban emplearse para resolver alguna cuestión del procedimiento en el que se actúa; d) la existencia de un perjuicio en quien solicita el control difuso, estimando que la norma es constitucional, no puede realizarlo nuevamente, máxime su un juzgador superior ya se pronunció sobre el tema; f) inexistencia de jurisprudencia obligatoria sobre la constitucionalidad de la norma que emiten los

⁹⁵ CUESTIÓN CONSTITUCIONAL EN EL AMPARO INDIRECTO. NO LO ES EL PLANTEAMIENTO DEL QUEJOSO EN EL SENTIDO DE QUE SE TRANSGREDE EN SU PERJUICIO EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, AL ESTIMAR QUE EXISTE UNA APARENTE CONTRADICCIÓN ENTRE NORMAS SECUNDARIAS; Tesis: IV.2o.A.76 K (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo IV, Décima Época, p. 2918

⁹⁶ CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. SI SE SOLICITA SU EJERCICIO Y NO SE SEÑALA CLARAMENTE CUÁL ES EL DERECHO HUMANO QUE SE ESTIMA INFRINGIDO, LA NORMA GENERAL A CONTRASTAR NO EL AGRAVIO QUE PRODUCE, DEBE DECLARARSE INOPERANTE EL PLANTEAMIENTO; Tesis XXVII.3º I/11 (10ª). Gaceta del Semanario Oficial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito; Tesis: Libro 15 Febrero de 2015, Tomo III, Décima Época, p. 2241

órganos colegiados del poder judicial de la federación, por que de existir tal criterio debe respetarse, pues el control concentrado rige al control difuso y, g) inexistencia de criterios vinculantes respecto de la convencionalidad de la norma genera, ya que conforme a las tesis de la Corte los emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son Vinculantes para el Estado mexicano.⁹⁷

En el mismo sentido se ha expresado en nueva tesis de jurisprudencia, especificando que dicho control consiste en preferir la aplicación de las normas fundamentales de derechos humanos sobre aquellas que las contravengan, para lo cual necesariamente debe hacerse un contraste entre las disposiciones legales y las fundamentales para determinar si las primeras se ajustan a las segundas, mediante el seguimiento de los pasos señalados por Pleno de la Suprema Corte que se citan en párrafos previos. Para esto se ordena primero hacer una interpretación conforme en sentido amplio por la cual se favorezca la protección mas amplia de las personas; si esto no es posible, llevar a cabo una interpretación conforme en sentido estricto según la cual, ante varias interpretaciones jurídicamente válidas, preferir la que mas favorezca los derechos fundamentales y, finalmente cuando, ninguna de las anteriores es posible, atender directamente a la norma fundamental en inaplicación de la norma secundaria incompatible.⁹⁸

En la actualidad, el juicio de amparo es el medio para cuestionar la constitucionalidad de la actuación de toda autoridad del Estado. Tiene por objeto específico hacer real y eficaz la autolimitación del ejercicio de la autoridad por parte de los órganos del Estado.⁹⁹

⁹⁷ CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EX OFFICIO. SUS PRESUPUESTOS FORMALES Y MATERIALES DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA, Tesis XXVII.1º.(VIII Región) J/8 (10ª), Tribunales colegiados de circuito, Gaceta del semanario judicial de la federación, Libro 1, diciembre de 2013, tomo II, Décima Época, p. 953

⁹⁸ AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. ES PROCEDENTE CUANDO EN LA DEMANDA SE ALEGA LA OMISIÓN DE LA RESPONSABLE DE REALIZAR EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA GENERAL. Tesis: 1ª./J.36/2015 (10ª) Primera Sala, Gaceta del semanario judicial de la federación, Libro 18 mayo de 2015, tomo I, Décima Época, p 166

⁹⁹ INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE LA LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Y SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, LEY ÓRGANICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL, LEY ÓRGANICA DEL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LEY ÓRGANICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Salón de Sesiones de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, México, Distrito Federal, a 15 de febrero de 2011,

El juicio de amparo es el instrumento jurídico de mayor trascendencia en el Estado Mexicano y es por eso que se realizaron una serie de cambios y modificaciones a la Ley que lo regula a fin de modernizarlo y en consecuencia fortalecerlo, con el objeto de que se mantenga como el mecanismo jurisdiccional mas importante dentro de nuestro orden jurídico.

http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2011/02/asun_2735356_20110215_1297791384.pdf, p. 1.

3.2 Reformas a los artículos 94, 103, 104, 107 y 112 constitucionales.

La anterior Ley de Amparo (1936), al haber introducido el concepto de “interés jurídico” como parte de los requisitos de procedibilidad de la acción, se alieno con una teoría de los derechos defendida desde el siglo XIX por Rudolf von Ihering. A su vez, bajo la influencia de la poderosa doctrina kelseniana, tanto la doctrina como los criterios reflejados en las tesis jurisprudenciales en México, iban y venían hasta hace muy poco entre las ideas de Ihering y las de Kelsen en una especie de baile desacompasado, pues ambas doctrinas son incompatibles, de modo que todo intento de eclecticismo resulta muy problemático. En el sentido de que el interés jurídico es equivalente (o implica) un derecho subjetivo, en el sentido técnico o estricto que uso Kelsen, mismo que consiste en tener una acción judicial para reclamar el cumplimiento de un deber. Tenemos entonces un interés legítimo para que proceda el recurso de amparo equivale a tener un poder jurídico (acción) para poder reclamar ante un juez la imposición de un deber de otra persona. Lo absurdo de esta noción cuando se usa para determinar si procede o no el juicio de amparo es que supone que tal poder jurídico o acción (derecho subjetivo en sentido técnico) es una acción procesal distinta de la acción de amparo, de modo que para tener acceso a una acción procesal diferente del amparo. Este absurdo surgió precisamente por combinar la definición de derecho subjetivo de Ihering con la de Kelsen y particularmente por definir la noción de interés jurídico en términos de derechos subjetivo.¹⁰⁰

Según el jurista Eduardo Ferrer Mac-Gregor los intereses una vez que son amparados por el ordenamiento jurídico, asumen el mismo status de un “derecho”, desapareciendo cualquier razón práctica o teórica para diferenciarlos, como ha sostenido la doctrina brasileña. Incluso se habla de un derecho subjetivo colectivo. Dentro de la reforma a los artículos 94, 103, 104, 107 y 112 Constitucionales, podemos identificar los cambios más significativos en el juicio de amparo. El primero de los cambios más importantes contenidos en la reforma constitucional antes referida se refiere a la ampliación del objeto de protección del juicio de amparo. Previamente se limitaba a las denominadas garantías individuales que básicamente, quedaron establecidas desde la Constitución de 1857 y fueron repetidas, en lo sustancial en la de 1917. La extensión del juicio de amparo se ha dado, ante todo, por las interpretaciones que se dan a las garantías de legalidad y de seguridad jurídica de los artículos 14 y 16 constitucionales, así como a las reinterpretaciones a cierto preceptos de la Constitución. Se pretende en consecuencia a fines a la lógica internacional que ha extendido el espectro de protección en materia de derechos humanos y dada la necesidad de constituir el juicio de amparo en un medio más eficiente de control de las actuaciones de las autoridades públicas, ampliar el marco de protección de ese proceso extendiendo la materia del control.

¹⁰⁰ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones y Críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva, Isonomía, Número 39, ITAM, México, octubre de 2013, http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia39/39_6.pdf, pp. 188-189.

Es en ese sentido de que mediante el juicio de amparo se protegerán de manera directa, además de las garantías que actualmente prevé nuestra Constitución, los derechos humanos reconocidos por ésta así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. El segundo cambio constitucional importante se refiere al “interés” o tipo de afectación que se requerirá para iniciar un juicio de amparo y obtener la protección de la justicia federal. En efecto, además del objeto de protección, una cuestión relevante del juicio de amparo tiene que ver con el tipo de interés exigido para solicitarlo. Hasta ahora, en nuestro país se ha seguido la idea de que para tal efecto es necesaria la existencia de un interés jurídico, identificado con el derecho subjetivo. Si bien en el pasado esa forma de relación entre la situación de las personas y sus posibilidades de acceso a los procesos fuera correcta, en la actualidad y toda vez que la doctrina y jurisprudencia internacionales ha ido evolucionando en diferentes países, tal y como lo se expone mas adelante, resulta inadecuado e ineficaz seguir que la ley siguiera exigiendo el interés jurídico para acudir al juicio de amparo.

En consecuencia se abrió la puerta al “interés legítimo”. Como lo veremos mas adelante, se trata de una institución con un amplio desarrollo en el derecho comparado y con algunos antecedentes en el nuestro que, justamente, permite constituir como quejosos en el amparo a aquella persona que resulte afectada por un acto en virtud de, o la afectación directa a, un derecho reconocido por el orden jurídico –interés jurídico- o, cuando el acto de autoridad no afecte ese derecho pero si la situación derivada del propio orden jurídico, lo anterior reviste de gran importancia dado que, resulta relevante la ampliación de posibilidades de entrada al juicio con el objeto de proteger situaciones o hechos que si bien no están totalmente reconocidas por el Derecho, si pudiera afectar derechos fundamentales. La tercera reforma constitucional importante en materia del juicio de amparo tiene que ver con los efectos de las sentencias del juicio de amparo. La reforma extendió la protección del amparo a las personas que incluso no hubiesen participado en el litigio en el que una norma general se hubiese declarado inconstitucional, con excepción de las normas tributarias. Uno de los principios fundamentales sobre los cuales se encontraba construido el juicio de amparo en México hasta antes de la reforma constitucional, es el de relatividad de las sentencias de amparo. De conformidad con este principio, la sentencia que otorga el amparo, se limita a amparar al quejoso sin hacer una declaración general sobre la inconstitucionalidad de la norma reclamada, mismos que en la actualidad además de carecer de justificación se han visto rebasados por la doctrina internacional y local.

En el mismo sentido, la exposición de motivos, señala que si bien el principio de relatividad en la actualidad carece de justificación y por lo mismo se hacia impostergable su modificación, ello en aras de garantizar el principio de supremacía constitucional y la regularidad del orden jurídico mexicano así como el principio de igualdad ante la ley, dado que en un país con serias desigualdades económicas y sociales resultaba una injusticia la permanencia de normas inconstitucionales y su obligatoriedad para la inmensa mayoría de los gobernados, solo por que promovieron

un juicio de amparo, a pesar de haber sido declaradas inconstitucionales por nuestro máximo tribunal constitucional.

Estos cambios constitucionales, entre otros, así como la necesidad de armonizar ciertas figuras procesales con la propia dinámica social e inclusive con las nuevas tecnologías, conducen necesariamente a reformar la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución.

La nueva Ley de amparo recoge ampliamente los esfuerzos de la Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo (Comisión) creada a finales de 1999, a partir del impulso decidido de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esta comisión se encargó de recibir, analizar y discutir las propuestas generadas desde el Poder Judicial Federal, académicos, docentes, investigadores, miembros de asociaciones de abogados, academias, colegios y sociedad civil en general, esfuerzos que se vieron consolidados a través del Proyecto de Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del año 2000. Por último quienes suscriben la Iniciativa con Proyecto de Decreto expresan que tienen como objetivo construir una nueva Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales, que permitan consolidar al juicio de amparo como instrumento accesible al mayor número de personas, sencillo, eficaz y primordialmente garante de los derechos humanos de las personas.¹⁰¹

La reforma constitucional a los artículos 103 y 107 vino a cambiar las características que tenía el juicio de amparo. Se trata de una reforma que puede venir a transformar radicalmente la forma en que se ha usado este recurso.

Los artículos 103 y 107 en la parte que nos interesa sostienen lo siguiente:

Artículo 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías que consagra esta Constitución o los derechos humanos que protegen los instrumentos internacionales generales en la materia que

¹⁰¹ INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE LA LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Y SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, LEY ÓRGANICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL, LEY ÓRGANICA DEL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LEY ÓRGANICA DE LA PROCURADuría GENERAL DE LA REPÚBLICA, Salón de Sesiones de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, México, Distrito Federal, a 15 de febrero de 2011, http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2011/02/asun_2735356_20110215_1297791384.pdf.

estén de acuerdo con la propia Constitución, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado.

Artículo 107. Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico 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 las garantías o los derechos previstos en el artículo 103 y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

La reforma a estos artículos introdujo un cambio fundamental: los tribunales federales deben resolver las controversias en torno a la violación de las garantías constitucionales y las violaciones a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales; el juicio de amparo, a su vez, protegerá a quienes aducen ser titulares de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que se alegue que el acto reclamado viole las garantías constitucionales o los derechos humanos. La misma reforma exceptúa el alcance del juicio de amparo respecto a resoluciones de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, donde el quejoso debe ser titular de un derecho subjetivo que el afecte de manera personal y directa.

El artículo 103 introduce la referencia a los derechos humanos, está recogiendo el sentido que la misma Constitución introdujo con la reforma al artículo 1 constitucional, que es el tenor siguiente:

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 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 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, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca esta ley...

Anteriormente se hablaba de “garantías constitucionales” ahora se habla de: a) derechos humanos reconocidos en la Constitución, b) derechos humanos reconocidos

en tratados internacionales de los que México sea parte, y c) garantías para proteger a los derechos antes mencionados. El mismo artículo 1 constitucional crea una obligación de interpretar las normas relacionadas con los derechos humanos usando el llamado principio pro homine o pro personae y una obligación de garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, que sirven ahora de criterios interpretativos obligatorios. Mas adelante veremos como estos criterios están relacionados con la interpretación que hagamos de la noción de interés legítimo.

La nueva ley de Amparo se despega en cierta medida del lenguaje usado por la Constitución al mantener el concepto de interés jurídico y sustituir la noción de derechos humanos por la de derecho subjetivo.

Artículo 5. 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 produzcan 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...

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...

Como puede observarse hay cierta disonancia entre la reforma constitucional y la reforma a la Ley de Amparo, disonancia que ahora los interpretes están llamados a conciliar y que, lamentablemente, abre la posibilidad de que una interpretación tradicionalista y restrictiva de tales conceptos termine por desvirtuar los fines de la reforma constitucional.¹⁰²

La propagación de constituciones políticas con amplios catálogos de derechos y mecanismos procesales para propender a su efectivo cumplimiento ha coincidido casi simultáneamente con crisis del sistema democrático en varios países de la región. Esto aunando a una sensibilidad de algunos tribunales constitucionales por la suerte de los desfavorecidos, ha redundado en un mayor respaldo ciudadano hacia sus magistrados y (aparejado a la mayor expectativa por su labor como garantes de la realización de la Constitución) en un aumento de las exigencias que se les plantean (por ejemplo, al señalar una expansión de las tradicionales competencias judiciales

¹⁰² CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones y Críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva, Isonomía, Número 39, ITAM, México, octubre de 2013, http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia39/39_6.pdf, pp.192-194.

desde lo estrictamente legal para enfocarse también en lo económico, lo político y lo filosófico).

De aquí la importancia de ascensos teóricos como los que propone la corriente neoconstitucional, para analizar y verificar la posibilidad de que las decisiones políticas sean compatibles con los principios constitucionales. En muchos países han sido los jueces y los magistrados del Tribunal Constitucional, quienes se han encargado de reducir en alguna medida la abismal distancia entre la realidad sociopolítica y el modelo jurídico. En clave neoconstitucional, esto resalta y evidencia las posibilidades de una justicia constitucional comprometida con el igualitarismo, la inclusión y, así la justicia.¹⁰³

La garantía de los derechos en los Estados Democráticos, es un presupuesto inexorable para aumentar las condiciones de justicia e igualitarismo. La transición del Estado liberal clásico al Estado constitucional, con los adjetivos social y democrático, es un proceso que en México apenas comienza. El grave déficit en la realización de los derechos y en las precariedades democráticas que se viven actualmente en muchos países son elocuentes evidencias del grado en el que los Estados de derecho están deshonorando la adscripción a tal fórmula política que los constriñe a orientar la atención de las políticas públicas hacia los sujetos más vulnerables.¹⁰⁴

¹⁰³ CARBONELL, Miguel, y GARCIA JARAMILLO Leonardo, Desafíos y retos del canon neo constitucional, en *El Canon Neoconstitucional*, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, p. 26.

¹⁰⁴ CARBONELL, Miguel, y GARCIA JARAMILLO Leonardo, Desafíos y retos del canon neo constitucional, en *El Canon Neoconstitucional*, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010, p. 26.

4. El Lenguaje de los derechos

4.1 Teoría Estructural de los derechos. Derecho Subjetivo.

El concepto de derecho subjetivo (*subjektives Recht, diritto soggettivo, droit subjectif*) es un concepto clave no solo para el Derecho, sino también, para cualquier sistema normativo, incluida la moral. La mayoría de las teorías que durante el siglo XX se desarrollaron se centraron en el concepto jurídico; sin embargo, muchas de las discusiones conceptuales son tan generales y abstractas que son de mucha utilidad para tratar de entender la noción de derecho subjetivo fuera de un contexto jurídico. En la tradición del Derecho continental, no así en la tradición del *common law*, se utiliza el mismo término “derecho” para referirse tanto a la ley o el sistema jurídico (derecho objetivo), como para referirse a las facultades, pretensiones, poderes, etc., que tiene el individuo para reclamar algo de otros (derecho subjetivo). En los países angloparlantes sencillamente a cada una de estas ideas se le nombra con palabras distintas – *law y rights* –, por lo que no se les presenta el problema de tener que distinguir entre estos dos usos de la palabra “derecho”. La utilización de las expresiones “derecho objetivo” y “derecho subjetivo” suele atribuirse al jurista alemán Bernard Windscheid quien los utiliza a partir de una distinción que ya había realizado el padre de la escuela histórica, Fredrich Karl von Savigny, entre sentido objetivo y subjetivo del derecho. Antes del siglo XIX para aludir a los derechos subjetivos se usaban expresiones como derechos naturales, derechos del hombre y del ciudadano. Aunque cada una de estas expresiones tiene significados distintos, pues están estrechamente ligadas a ciertas ideas y teorías sobre los derechos.¹⁰⁵

Kelsen nos proporciona una explicación de este concepto a partir de una concepción general sobre lo que es el Derecho, desde una “teoría pura” que intenta liberar al Derecho de elementos psicológicos, sociológicos y ético-políticos. El concepto de “derecho subjetivo” en su teoría del Derecho es una noción que deriva del concepto de “deber jurídico”, que a su vez depende del concepto de “hecho ilícito” y este del concepto de “sanción” que se encuentra en la definición misma de “norma jurídica”. Estos intentos se dirigen a tratar de demostrar que, en última instancia, el derecho subjetivo es tan solo derecho objetivo, es decir, que no es otra cosa que norma jurídica tal y como el la concibe. Para el iusnaturalismo, el concepto de derecho subjetivo es una noción de carácter ético-político que, en cierto modo, se sitúa por encima del Derecho positivo. Kelsen pone en evidencia que todas las teorías de aquel tiempo resaltaban el “elemento sustancial” del concepto, cuando era el “elemento formal” el único que en rigor podía ser considerado como derecho. La teoría del interés de Ihering, para quien el derecho subjetivo era un interés jurídicamente reconocido, presupone que se consideraba el factor “fin” como determinante del concepto de derecho subjetivo. Este concepto para Ihering se refería a algo material, el interés, el objeto de la protección, lo protegido; de ahí la necesidad de establecer la distinción

¹⁰⁵ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, p. 21.

entre la forma y el contenido. Las críticas de Kelsen tuvieron por objeto demostrar que poner el “interés” – que para el austriaco no era sino un hecho psíquico- en el centro del concepto de derecho subjetivo llevaba una consecuencia insostenible: tener que fingir o presumir, en contra de los hechos, la existencia de tal interés en los casos en que no existía. Por otro lado, no todo interés es un derecho, sino sólo los intereses protegidos por el derecho. Ihering se negó a aceptar que lo que define al concepto de derecho subjetivo fuera la acción – “el derecho a reclamar y obtener esta protección”, según palabras del mismo Ihering-. El problema que veía Kelsen es que se confunde el contenido con la forma, el derecho subjetivo es forma y no contenido, la protección y no lo protegido. Pese al reduccionismo que lo caracterizo, al final en su Teoría Pura de 1960, Kelsen dio cuenta de cinco sentidos en que se suele hablar de derecho subjetivo: a) como reflejo de una obligación; considerando que la estructura de la norma consiste en enlazar una sanción al incumplimiento de un deber, en este sentido Kelsen no pudo sino contemplar dos deberes jurídicos: el del individuo obligado y el del órgano que debe imponer la sanción. De ahí que se le presenten dos derechos o, lo que es lo mismo, un derecho con dos proyecciones. Para solucionar esto distinguió entre un derecho como un mero reflejo de la obligación, es decir, como su correlato, y un derecho subjetivo en sentido técnico. Cuando se habla de derecho en este sentido reflejo y se alude a la pretensión de un individuo como si se tratara de algo distinto de la obligación del otro, se crea la apariencia de dos situaciones jurídicamente relevantes, cuando solo se da una. La situación objetiva en cuestión, según Kelsen, queda descrita exhaustivamente con la descripción de la obligación jurídica del individuo (o individuos) de comportarse de determinada manera frente a otro. Si la relación de un individuo, que se encuentra obligado con respecto de otro a determinada conducta, se la designa como derecho, entonces ese derecho no es sino el reflejo de esa obligación. La única utilidad de ese concepto, consideraba Kelsen, sería la de simplificar la exposición de esa relación jurídica, pero advertía que, desde el punto de vista de una descripción científica exacta de la situación jurídica, era superflua. Además no en todos los casos donde existe una obligación jurídica hay que suponer la existencia de un derecho reflejo, podemos tener obligaciones que no se correlacionen con ningún derecho. De mundo inverso, para Kelsen siempre que hay un derecho hay una obligación correlativa. Kelsen señaló que puede haber obligaciones sin derechos, mientras que no puede haber derechos sin obligaciones. b) en sentido técnico: El derecho en sentido técnico consiste en el poder jurídico de un individuo que el orden jurídico le otorga con motivo del incumplimiento de una obligación por parte de otro(s). Para Kelsen, este derecho es distinto de la obligación jurídica del otro sujeto; por ello, en este caso no coincide (no son correlativos) el derecho subjetivo con el deber jurídico. Por eso este poder jurídico es un hecho distinto de la obligación jurídica. Esta sería la noción central de lo que hemos de entender por derecho subjetivo según Kelsen. El problema básico de esta noción es que restringe el poder hablar de derechos en situaciones en que no se presenta un poder jurídico o acción procesal para demandar ante un órgano (jurisdiccional o administrativo) el cumplimiento de un deber. Kelsen no distingue entre un derecho y una garantía. El poder jurídico o acción procesal para reclamar el cumplimiento de un deber es una forma de garantizar un derecho o un deber.

c) como permisión positiva: Se dice que un individuo tiene derecho a comportarse de determinada manera cuando el orden jurídico no prohíbe ciertas conductas que aparecen entonces como permitidas en un orden jurídico. Esta permisión se traduce en la negación de la prohibición, lo cual no es sino efecto directo o indirecto de que el orden jurídico sancione la realización de ciertos actos o que no prohíba su realización. El orden jurídico también puede condicionar determinada actividad a la concesión u otorgamiento de licencia, esto es, de un permiso concedido por un órgano de la comunidad para realizar determinados actos que están generalmente prohibidos.

d) como derecho político: existe un derecho político cuando la facultad o autorización cumple la función de hacer participar al individuo en la producción del derecho.

e) como libertad fundamental: las libertades o derechos fundamentales solo constituyen un derecho subjetivo, esto es, implican un poder jurídico, cuando el orden jurídico otorga al individuo afectado por una ley inconstitucional un poder jurídico para iniciar un procedimiento que conduzca a la supresión de dicha ley.¹⁰⁶

4.1.1. La diferencia entre derechos y garantías.

Según Cruz Parceró, teorías como las de Kelsen han confundido lo que es un derecho con la protección del mismo. 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. Ihering propone que son dos 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. Poder ver, entonces, a partir de esta distinción de Alexy, de que manera se suelen confundir los distintos elementos. Por ejemplo, la llamada teoría del interés se centra en el fin, en la utilidad y por ello sostiene que los derechos son intereses o que el elemento central, la razón de los derechos, esta en el beneficio o utilidad que genera (Bentham, Ihering, Raz). Mientras que la teoría de la voluntad se centra en el aspecto formal, en el tipo de control que tiene el titular del derecho respecto de la posición de la otra parte y el control que tiene para demandarlo en caso de que así lo elija, por ello esta teoría suele defender que es la libertad la que esta detrás de cada derecho. La teoría kelseniana se centra en este último aspecto formal, pero ya no pone énfasis en la voluntad del titular, es decir, en su capacidad de elegir que va a hacer, sino tan solo en la existencia de la norma que lo faculta, que le confiere un poder jurídico, que se traduce en una acción judicial para exigir frente al Estado el cumplimiento del deber. La confusión entre estos dos tipos de enunciados lleva a cometer errores de muchos tipos, según Cruz Parceró, como 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, su garantía, es una cuestión gradual, nunca se garantiza todo o nada, sino que hay grados de garantía y, por tanto, nunca hay un

¹⁰⁶ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de los derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 28-29.

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 estas dependen del sistema constitucional, del funcionamiento adecuado de un sistema judicial y otros factores institucionales que pueden afectar, promover o asegurar niveles de protección.¹⁰⁷

4.1.2. Los Derechos como relaciones Jurídicas (W.N. Hohfeld)

Hoy día muchas de las teorías sobre los derechos (Hart, Alexy, Wellman) se apoyan, con algunas modificaciones, en la concepción sobre el concepto de derecho subjetivo del norteamericano W.N. Hohfeld. Hohfeld parte de concebir los derechos como relaciones jurídicas entre dos sujetos respecto de un objeto, pero se niega a aceptar que todo tipo de relación pueda reducirse a las categorías de derechos y deberes. Hohfeld duda de la utilidad de las definiciones formales y opta por presentar todas las relaciones en un par de esquemas que denomina de opuestos y correlativos. La importancia de la caracterización de las relaciones jurídicas es que nos muestra como los enunciados donde se emplea el concepto de derecho subjetivo puede descomponerse en cuatro tipos de relaciones: pretensión-deber, privilegio-no derecho, poder-sujeción, e inmunidad-incompetencia.

OPUESTOS JURIDICOS					
Pretensión	Privilegio libertad	o	Poder competencia	o	Inmunidad
No-derecho	Deber		Incompetencia		Sujeción

CORRELATIVOS JURIDICOS					
Pretensión	Privilegio libertad	o	Poder competencia	o	Inmunidad
Deber	No-derecho		Sujeción		Incompetencia

Una pretensión (*claim*) o derecho en sentido escrito es aquel cuyo correlativo es el deber; de esta forma queda perfectamente delimitado el concepto a que Hohfeld se refiere, que vendría a ser nada menos que el derecho reflejo de Kelsen. Pero mientras que este último lo considera superfluo, para Hohfeld hablar de derechos en este sentido es precisamente el sentido propio y limitado del concepto de derecho (subjetivo). De acuerdo con Hohfeld el poder o competencia es el control que tiene una persona para provocar un cambio de relación jurídica que afecte a otra persona que se encuentra sujeta a ese cambio, con este concepto surgen dos problemas, uno que el poder o competencia no puede reducirse a términos deónticos, ya que la

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, Madrid 1995, capítulos 13-14, en CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de los derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 31-33.

competencia es distinta de la regulación de su ejercicio, siendo este lo que puede calificarse deónticamente como permitido, obligatorio y prohibido. Igualmente el concepto de poder o competencia que utilicemos debe ser capaz de distinguir entre el mero poder o posibilidad fáctica de modificar la situación jurídica de otro, (el caso del hecho ilícito o delito) y el poder como ejercicio de una competencia. Hay que entender el poder o competencia de modificar la situación jurídica de otros como una posibilidad, no en sentido fáctico, sino como un tipo especial de posibilidad que algunos autores han denominado hipotética (Moritz, Spaak), jurídica (Lindhal), *thética* (Azzoni). Esto implica ver la regla que confiere poderes como una regla *anakástico-constitutiva* (Atienza y Ruiz Manero). El poder o competencia debe entonces entenderse como la posibilidad que se genera por reglas jurídicas (u otro tipo de reglas como las de los juegos), que constituyen una institución, de modo que una persona pueda realizar, en ciertas circunstancias fijadas por dichas reglas, un acto determinado también por tales reglas, que tenga como efecto producir un cambio en una relación jurídica. El correlativo del poder es la sujeción. La sujeción no implica estar obligado, sino tan solo que se esta sujeto al poder o competencia de otra persona. La inmunidad es el correlativo de la incompetencia y el opuesto de la sujeción. Esta noción es importante por que muchos de nuestros derechos fundamentales garantizados constitucionalmente pueden ser analizados en términos de inmunidades frente al poder del Estado. La concepción holdfeldiana de los derecho subjetivos nos brinda una poderosa herramienta analítica para comprender las distintas relaciones que puede involucrar la referencia a algunos derechos o libertades. Podemos decir también que a partir de Hohfeld podemos entender que hay un sentido amplio del uso de la noción del derecho subjetivo y que esta noción amplia se entiende precisamente como un haz o conjunto de relaciones concretas. Cuando hablamos del derecho de propiedad o del derecho a la educación, no nos referimos a una única relación hohfeldiana, sino a un conjunto de relaciones de diverso tipo (derecho-deber, privilegio-no derecho, poder-sujeción, inmunidad-incompetencia). Conviene entonces precisar si estamos hablando de derechos en sentido amplio o de relaciones específicas.¹⁰⁸

4.1.3. La correlatividad de los derechos y de los deberes.

Kelsen decía que el derecho reflejo no era sino otra manera de describir la situación en que un individuo se hallaba obligado frente a otro, pero insistía en que la descripción relevante era el de la obligación. Algunos autores coincidían en señalar que no se trataba de dos cosas distintas, ni que uno de los términos era causa del otro, sino que se trataba de dos enunciados equivalentes sobre la misma cosa. Esta tesis es calificada por David Lyons como la tesis fuerte de la correlatividad, donde los términos derechos y deber se implican mutuamente porque son conceptualmente correlativos. En este sentido entendió Kelsen el derecho reflejo y Hohfeld el derecho en sentido estricto o pretensión. Todavía hay otro sentido en que solemos emplear la noción de derecho (subjetivo): cuando nos referimos a un conjunto de distintas

¹⁰⁸ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 33-37.

posiciones o relaciones (hohfeldianas); a ese sentido lo hemos denominado aquí derecho en sentido amplio. El uso del concepto de derecho subjetivo en sentido amplio es de enorme relevancia en el Derecho y la moral; de hecho, es así como suele emplearse con mas frecuencia esta noción. En el derecho público, constitucional e internacional es particularmente relevante cuando se habla de derechos fundamentales o de derechos humanos, pero también en el derecho privado cuando se habla del derecho de propiedad. En este sentido amplio, los términos derecho y deber no son correlativos. El verlo 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 mas pretensiones, privilegios, poderes o inmunidades, entonces a este conjunto de posiciones le corresponderán sus correlativos deberes , 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 solo si nos referimos al derecho en sentido estricto o pretensión, es decir, si nos estamos refiriendo a una determinada relación (jurídica o moral). Así, también tendrá sentido decir que pueda haber derechos sin deberes, si hacemos referencia a un derecho en sentido amplio que este formado de privilegios, poderes o inmunidades. Algunos autores han introducido la noción de “núcleo” (*core*) de un derecho en sentido amplio (Hart, Willman) para hacer referencia al contenido esencial de un derecho en sentido amplio. Así, el derecho de un sujeto a la reparación del daño tendrá en su núcleo una relación en la que un sujeto tiene una pretensión –correlativa de un deber- frente a otro a que le repare el daño producido a cierta cosa; o el derecho a la libertad de expresión tendrá en su núcleo un privilegio o libertad de hablar o guardar silencio. Estos derechos en sentido amplio pueden consistir además en otras relaciones. La idea del núcleo esencial de los derechos es importante normativamente hablando, pero es una idea controvertida, ya que en muchos casos podremos coincidir en determinar cual es el núcleo, es decir, de que relación o relaciones se compone, pero en algunos casos esta determinación se puede prestar a controversias ético-políticas o jurídicas. Sin embargo, pese a las dificultades esta distinción ha permitido que en la práctica se desarrollen estrategias de protección de los derechos cuidando de garantizar lo que se denomina el contenido mínimo o esencial de un derecho, que es, por una parte, garantizar el núcleo de un derecho, mas otras relaciones que se consideren importantes.¹⁰⁹

¹⁰⁹ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, p. 37-39

4.2 Derechos sociales.

Uno de los conceptos mas complejos dentro del lenguaje de los derechos es el derechos sociales. A una gran variedad de derechos los solemos calificar de sociales, sin que sepamos a ciencia cierta porque; los criterios de clasificación que tradicionalmente se usan no resultan coherentes no consistentes. Sin embargo, este es un problema menor frente a otro tipo de cuestiones mas complejas sobre los derechos sociales. Una de ellas es si estamos ante verdaderos derechos o si estamos ante otro tipo de demandas, simples aspiraciones o un conjunto de buenas intenciones que no pueden tener el carácter de derechos. Muchos autores se muestran escépticos respecto a la existencia de los derechos sociales y les niegan entonces el carácter de derechos sociales y les niegan entonces el carácter de derechos, ya sea por que los ven como algo conceptualmente imposible o bien por que las demandas que implican las consideran imposibles de realizar. Buena parte del escepticismo sobre los derechos sociales se basa en constatar que su protección y cumplimiento han sido problemáticos y muy deficientes. Por ello los defensores de los derechos sociales, tanto los teóricos como los prácticos, se han preocupado por encontrar fórmulas para brindarles protección y garantizarlos jurídicamente. Lo ideal para algunos de estos autores sería encontrar el modo de hacerlos justiciables, es decir, que al igual que otros derechos podamos demandar la intervención judicial para su debida protección. En los últimos años se han logrado avances significativos en su protección y en los mecanismos de verificación y de control de su cumplimiento. Existen diversos tipos de normas que pueden usarse para reconocer y proteger derechos sociales, mismas que se utilizan para hacer justiciables los derechos sociales, con los problemas que esto significa. Algunas clasificaciones, indican que los derechos sociales han sido tradicionalmente: los derechos de los trabajadores, aquellos que nacen bajo los auspicios del socialismo en el siglo XIX y que pretenden proteger a las clases menos favorecidas, aquellos que restringen la propiedad y la autonomía de la voluntad o sencillamente se identifican con los llamados derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Nueva York 16 de diciembre de 1966). También han sido tradicionalmente caracterizados como esencialmente distintos a los llamados derechos civiles y políticos. Estos últimos consisten en obligaciones de abstenciones por parte del Estado o de ciertos particulares, mientras que los derechos sociales implican obligaciones de hacer o dar algo; los primeros son, pues, derechos pasivos y los segundos derechos activos. Tanto la falta de claridad sobre cuales son los derechos sociales como la adopción simultanea de varios criterios genera que quienes hablan sobre ellos afirmen cosas falsas y contradictorias tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos sociales. Algunas clasificaciones de derechos, como aquellas que distinguen entre derechos liberales (civiles y políticos) y derechos sociales; entre derechos de primera, segunda y tercera (o hasta cuarta) generación- suelen ser mas o menos arbitrarias y, si bien parten de algún criterio, en realidad no son consecuencias con el a la hora de incluir y excluir algunos derechos. Las clasificaciones tradicionales normalmente no utilizan criterios estructurales, sino criterios supuestamente históricos y políticos. Estas clasificaciones han moldeado durante años nuestro modo de pensar y concebir los derechos y, a la hora de

plantearnos algunas cuestiones como la exigibilidad de los derechos sociales y culturales, nos hemos visto compelidos por ellas a dar explicaciones y justificaciones ideológicas de por que no se pueden exigir o garantizar adecuadamente estos derechos, mientras que otros, los derechos civiles y políticos, se da por sentado que son mas fáciles de proteger y garantizar. Las supuestas diferencias entre los llamados derechos civiles y políticos y los derechos sociales no son tan radicales como se suele afirmar o como simplemente se asume normalmente por muchos. Es común creer que la diferencia entre este tipo de derechos esta relacionada con el tipo de obligaciones: a los derechos civiles y políticos les corresponden obligaciones de no hacer (abstenciones u obligaciones negativas), mientras que a los derechos sociales les corresponden obligaciones de hacer (obligaciones positivas). De ahí que suele afirmarse que unos son derechos negativos y otros derechos positivos.¹¹⁰

4.2.1. Derechos sociales en sentido amplio y derechos sociales como relaciones

Muchas de las criticas contra ellos provienen de quienes los consideran derechos de papel (Guastini), *manifesto rights* (O'Neill), declaraciones programáticas (Squella) o meras aspiraciones o postulados de la Revolución (muchos constitucionalistas mexicanos). Algunos han sostenido incluso que la noción de derechos sociales es auto contradictoria (Atria). Muchas de las críticas y posiciones escépticas se apoyan en una concepción kelseniana que entiende que los derechos subjetivos en sentido estricto son poderes que tiene un sujeto para exigirle al Estado el cumplimiento de un deber jurídico de otro sujeto. Esta noción se centra en la idea de acción procesal, de modo que no basta que un derecho este reconocido en una ley; si no existe un remedio judicial para hacerlo valer ante un juez no es en estricto sentido un derecho. Esta noción es reduccionista y tenemos buenas razones para rechazar una estipulación de este tipo, que por lo demás confunde lo que es tener un derecho con tener una garantía (de un tipo específico). Pero aun concediéndoles a los detractores de los derechos sociales esta estipulación como válida, muchas veces su afirmación de que no son verdaderos derechos es una petición de principio. Ahora recordemos lo que hemos dicho sobre los derechos como un todo o como un conjunto o haz de relaciones. Una aproximación estructural de los derechos utiliza la noción de relación jurídica como elemento básico de análisis. Así hemos adoptado el modelo hohlfeldiano que presenta cuatro tipos de relaciones básicas: las relaciones potestad/deber, privilegio/no derecho, competencia/sujeción, e inmunidad/incompetencia. Usando estas cuatro relaciones podemos descomponer enunciados complejos sobre derechos, es decir, enunciados que son imprecisos. Cuando hablamos de derechos sociales solemos usar un concepto de lo que es un derecho muy amplio (el derecho a la salud), que es necesario descomponer en las distintas relaciones que de acuerdo a una legislación determinada (criterio jurídico-positivo) o conforme a criterios normativos (criterios ético-políticos), están implicados en tal derecho. Las concreciones que pueden hacerse de un derecho amplio tienen a su vez, distinto nivel de concreción que obedece a distintas razones.

¹¹⁰ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 71-76

Siguiendo una idea de Alexy, podemos sostener que la relación de los enunciados amplios o abstractos con enunciados simples o concretos puede ser de tres tipos: a) de precisión, b) de medio/fin, y c) de ponderación. La importancia de esta distinción entre derechos abstractos y sus concreciones ha sido determinante a la hora de proteger y garantizar los derechos. Los especialistas han tratado de determinar que contenidos de un derecho abstracto son esenciales y, por tanto, deben exigirse de modo definitivo a los Estados. Se ha llegado a elaborar la idea de que existe cierto contenido mínimo o ciertos niveles esenciales de cada derecho sin cuya protección no se podría decir que esta garantizado. Las concreciones de precisión, medio/fin y ponderación resultan determinantes para entender el desarrollo de un derecho y la forma en que se garantiza. La distinción es relevante también para evaluar la justificación que pudiera tener un derecho concreto, ya que ciertos derechos solo se justifican en la medida en que esta empíricamente demostrada una relación de medio/fin que resulta eficiente o una relación de ponderación que esta justificada ética o políticamente. Las relaciones de precisión podrían referirse a los titulares del derecho, a los sujetos que tienen que cumplir o garantizar el derecho o al objeto del derecho.¹¹¹

4.2.2. Derechos que son reglas y derechos que son principios

Es importante dar cuenta de la distinción entre reglas y principios, debido a que la diferencia entre este tipo de normas condiciona la manera en que las usamos y razonamos con ellas. De modo que, como se indico previamente, Dworkin vio que tienen distintas maneras de determinar las obligaciones y los derechos, precisamente porque suelen guiar la acción de manera diferente.¹¹²

Comencemos por distinguir dos tipos de enunciados normativos: los deónticos y los no deónticos (constitutivos). Los enunciados deónticos, esto es, aquellos que prohíben, permiten u obligan a algo, se suelen dividir en principios o reglas. Las reglas podemos dividir las en reglas de acción y reglas de fin. Ambos tipos de reglas se caracterizan por tener una estructura condicional que relaciona un caso con una solución; las reglas de acción califican normativamente una conducta (como prohibida, obligatoria, permitida). La distinción es relevante cuando en una regla de fin se deja a su destinatario la selección de los medios causales idóneos para producirlo, en este sentido, dejan un margen de discreción que no existe en el caso de las reglas de acción. Por su parte, los principios se suelen dividir en principios en sentido estricto y directrices. En cierto sentido los principios también correlacionan un caso con una solución; la diferencia importante con las reglas estriba en que los

¹¹¹ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, p. 77-80

¹¹² La distinción se encuentra en DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, Editorial Ariel Derecho, Barcelona 2009, pp. 72., en adelante Cruz Parceró, se sigue con M. Atienza y Ruiz Manero, Las piezas del derecho, Ariel, Barcelona, 1996, pp.7 ss, en CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, p. 81.

principios configuran de modo abierto las condiciones de aplicación. Estas condiciones de aplicación consisten únicamente en la oportunidad de llevar a cabo la conducta o estado de cosas prescrito. En el caso de los principios en sentido estricto, la solución normativa contiene un deber, prohibición o permiso de realizar una conducta, esto es, ordena cierta acción o acciones. En el caso de las directrices, la solución normativa califica deónticamente el logro de cierta finalidad o estado de cosas. La diferencia entre reglas y principios es relevante porque, como se dijo antes, determinan de manera distinta el deber. Las reglas lo hacen, como sostuviera Dworkin, de la manera del todo o nada, es decir, con un carácter definitivo (Alexy). Si la regla es aplicable, entonces la conducta ordenada debe realizarse. Además, como sostiene Raz, las reglas son razones para la acción que guían la conducta de una manera particular: son razones de primer orden y razones excluyentes, es decir, proporcionan una razón para realizar la conducta que ordenan y una razón para dejar de considerar otras razones en conflicto o convergentes. Por su parte, los principios solo son razones que guían la conducta pero no son razones excluyentes, lo que significa que para actuar conforme a lo que ordena un principio siempre debemos considerar otras razones. Por ello se dice que los principios tienen un carácter *prima facie*.¹¹³

4.2.3. Normas de acción y normas de fin

La distinción entre normas de acción y normas de fin es relevante, por que a menudo es importante que lo estipulado por la norma consista en un cambio parcialmente bajo el control del agente. Este tipo de normas, sostiene González Lagier, tienen dos funciones: primera, presentar el cambio como una meta valiosa y, segunda, ordenar las acciones que hagan posible el objetivo. Las reglas de fin y las directrices cumplen estas funciones. La diferencia entre ellas consiste en que el fin que es ordenado por una regla tiene que perseguirse sin considerar otras razones, mientras que el fin ordenado por una directriz tiene que tomar en cuenta la existencia de otras razones, que pueden ser otros fines. El destinatario de las normas de fin es responsable de seleccionar las acciones y tomar las medidas que considere óptimas –dentro de las posibilidades legales y fácticas – para maximizar las metas requeridas por dichas normas. En este sentido las normas de fin pueden verse como mandatos de optimización.

La importancia de estas distinciones con relación al tema de los derechos sociales es que muchas de las concreciones centrales de estos derechos consisten en reglas de fin y directrices. Esto no significa que no se usen reglas de fin y directrices. Esto no significa que no se usen reglas de acción o principios en sentido estricto para reconocerlos y garantizarlos, ni que otro tipo de derechos no se protejan también a través de normas de fin, pero si que este tipo de reglas juegan una función relevante en el momento de proteger cierto nivel de bienestar de los individuos. Como muchos de los objetivos que una sociedad busca alcanzar tienen que llevarse a cabo

¹¹³ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 81-82

considerando distintos factores y dados ciertos contextos, el legislador suele trasladar las decisiones a otros funcionarios para que sean estos los que lleven a cabo la selección de los medios adecuados. Se les dota así de discreción, pero no significa que por ello hayan de quedar libres de responsabilidad y que sus decisiones puedan ser arbitrarias. Cuando hablamos de derechos sociales hay que distinguir si hablamos de un derecho en sentido amplio o si hablamos de un derecho concreto (relación jurídica simple). Todo derecho en sentido amplio ha de analizarse en términos de las relaciones jurídicas que implica, ya sea que éstas se desprendan del propio sistema jurídico o que normativamente las tengamos que considerar como necesarias dada la aceptación de ciertos valores y otros derechos morales básicos. Esto quiere decir, por ahora, que podemos hablar también de derechos sociales morales y/o positivos. Estos derechos pueden venir protegidos a través de reglas o principios y, dependiendo de si adquieren un carácter u otro, su fuerza como guía para la acción o normas de fin las posibilidades de poder cumplir con los mandatos tendrá distinto alcance: en el caso de las normas de acción la conducta es indeterminada, en el sentido en que no ordenan ninguna acción final, sino que califican deónticamente la obtención de cierta finalidad o estado de cosas (que como vimos no sea traducible a una acción).¹¹⁴

4.2.4. La clasificación de derechos de Robert Alexy.

Robert Alexy ha propuesto una clasificación de los derechos que nos ayuda a entender su estructura. Esta clasificación nos sirve para entender la función básica de los derechos y aunque con esta clasificación nos es difícil sostener que un tipo de derecho es más valioso que otro, o que unos merezcan más protección, si se podrá ver que son interdependientes, es decir, que todo derecho amplio tiene distintos aspectos estructurales, de modo que puede verse como muchas de las clasificaciones tradicionales fracasan por querer agrupar los derechos abstractos bajo una estructura determinada. Cabe advertir que Alexy elabora su clasificación para explicar los derechos fundamentales y llegar a una teoría de los mismos. La clasificación consiste en tres tipos de derechos: derechos a algo, libertades y competencias. Nos detendremos solamente en los derechos a algo; tanto las libertades como las competencias las vamos a dejar fuera de nuestro análisis, lo anterior toda vez que Alexy se inspira (con algunas modificaciones) en el modelo de Hohfeld, que mencionamos previamente. Los derechos a algo los divide Alexy en: a) derechos a acciones negativas o derechos de defensa y b) derechos a acciones positivas o derechos a prestaciones. Los derechos a acciones negativas consisten en: 1) derechos a que no se obstaculicen o impidan determinadas acciones; 2) derechos a que no se afecten propiedades o situaciones del titular del derecho; 3) derechos a que no se eliminen posiciones jurídicas del titular del derecho. En sentido amplio, todo derecho a un acto positivo de otro sujeto es un derecho a prestaciones. De esta manera, el derecho a prestaciones es la contrapartida del concepto de derecho de defensa, bajo el que cae todo derecho a una acción negativa, es decir, a una omisión de otro sujeto. Según Alexy hay dos razones para incluir en la idea de “prestaciones”, las prestaciones

¹¹⁴ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de los derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 82-83.

que denomina “fácticas” y las “normativas”. La primera razón es que muchos de los derechos sociales son formulaciones muy amplias (abstractas) que comprenden a su vez una serie de derechos y obligaciones, competencias (poderes), libertades e inmunidades. La razón, pues, consiste en que no todas las prestaciones que se relacionan con los derechos son prestaciones de dar o proporcionar servicios o recursos. La segunda razón es que los derechos a acciones positivas (en sentido amplio) comparten problemas que no presentan en absoluto los derechos a acciones negativas. Los derechos a acciones negativas (derechos de defensa) imponen límites al Estado en la persecución de sus fines. No dicen nada acerca de los fines que tienen que perseguir el Estado. Los derechos a acciones positivas (derechos a prestaciones en sentido amplio) imponen tanto la realización de acciones positivas, como la persecución de determinados fines o estados de cosas. Los derechos a prestaciones (en sentido amplio) los divide Alexy en tres grupos: 1) derechos a protección, 2) derechos a organización y procedimiento, y 3) derechos a prestaciones en sentido estricto.¹¹⁵

4.2.5. Derechos a protección.

Alexy entiende por derechos a protección aquellos derechos que el titular tiene frente al Estado para que lo proteja de intervenciones de terceros (y sucesos naturales). No solo la vida y la salud son bienes posibles de protección, sino todo aquello que, desde aspectos que se consideran jurídicamente valiosos y dignos de ser protegidos (y que bien pueden estar incluidos en la Constitución). Si bien este tipo de derecho suelen ser derechos constitucionales de los particulares frente al estado, nada impide que existan derechos de protección entre particulares. Para Alexy el Estado cumple una función importante de protección que consiste en organizar y manejar el orden jurídico de una manera determinada para lograr tanto delimitar la esfera de los sujetos jurídicos iguales, es decir, la esfera donde los demás no pueden intervenir, como imponer esa demarcación. A los derechos de defensa se han antepuesto los derechos de protección porque los segundos son derechos a acciones positivas y los primeros a acciones negativas u omisiones. El primero es un derecho a que el Estado omita intervenciones, el segundo un derecho frente al Estado para que se encargue de que los terceros omitan intervenciones, es decir, se asegure o persuada a los terceros de no realizar ciertas acciones, o a que tome medidas pertinentes para asegurar a las personas frente a ciertos hechos de la naturaleza que las ponen en riesgo. Normalmente estos derechos no se distinguen por su estructura y suelen dentro del catálogo de los derechos civiles y políticos. Esto ha llevado en muchas ocasiones a que se consideren como iguales y no ver que los derechos de protección requieren una acción positiva por parte del Estado. Los derechos de defensa son para los destinatarios prohibiciones de destruir, de afectar negativamente, y se traducen en omisiones. Los derechos a prestaciones son para los destinatarios mandatos de proteger o promover algo con acciones. Lo que se ordena, es más bien, la realización de alguna de las acciones que resulten efectivas. Esto es importante por que el destinatario tiene, según terminología de Alexy, un campo de acción dentro del cual

¹¹⁵ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de los derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 84-87

puede elegir como desea cumplir el mandato. La razón de esta distinción consiste en que la omisión de cada acción individual de destrucción o de afectación es una condición suficiente para el cumplimiento de la prohibición de destrucción o afectación y, con ello, para la satisfacción del derecho de defensa, mientras que para el cumplimiento de los mandatos de protección o promoción, lo mismo que para el cumplimiento de derechos a prestaciones, es suficiente la realización de solo una acción (o una serie de acciones) adecuada(s) de protección o promoción.¹¹⁶

4.2.6. Derechos a procedimiento o derechos procedimentales

Alexy dice que hay cuatro tipos de derechos a procedimiento o procedimentales: a) a competencias de Derecho privado, b) procedimientos judiciales y administrativos, c) organización y d) formación de la voluntad estatal. Los derechos a competencias de Derechos privado son derechos frente al Estado para que este formule normas constitutivas para las acciones de Derecho privado y, con ello, para la creación, modificación y eliminación de posiciones jurídicas de Derecho privado. Estos derechos pueden referirse tanto al hecho de que estos tipos de normas tengan vigencia, como al hecho de que tengan un determinado contenido. El argumento principal para considerarlos un tipo de derechos a prestaciones es que numerosos derechos presuponen conceptualmente la existencia de instituciones jurídicas de Derecho privado. Los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una protección jurídica efectiva. A los derechos y libertades que podemos llamar aquí “materiales” (porque protegen algún bien o valor considerado por si mismo importante) les corresponden procedimientos para garantizar estos derechos. Pero se puede decir que existen algunos derechos fundamentales (incluso humanos) a cierto tipo de procedimientos, juicios justos, imparciales, con ciertas garantías (que se incluyen en los procedimientos) que son el medio de garantizar la vigencia de los demás derechos. Los derechos a organización en sentido estricto se refieren a derechos del individuo dirigidos al legislador para que legisle ciertas normas de organización conformes a los derechos fundamentales o los derechos humanos. Los derechos a la formación de la voluntad estatal comprenden los derechos de los individuos frente al Estado a que este, a través de la legislación ordinaria, facilite procedimientos que posibiliten una participación en la formación de la voluntad estatal. Algo que caracteriza a todos estos derechos, y que los distingue de los derechos de defensa, es que su protección y garantía tienen costos, es decir, implican inversión de recursos en instituciones para implementarlos e imponerlos. Esta característica queda desdibujada muchas veces con la distinción tradicional que ve a los derechos civiles y políticos como meras abstenciones del Estado, y genera la falsa idea de que solo los derechos sociales son costos. Las falsas conclusiones que suelen extraerse de las malas clasificaciones generan mucha confusión sobre las funciones de los derechos, su implementación y los costos. Como han demostrado autores como Holmes y Sustain, el problema de comprensión de los costos de los derechos consiste en que dejan de verse las ventajas de invertir en la protección de

¹¹⁶ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 87-88

ciertos derechos, de modo que no todo costo es una pérdida, sino que algunos gastos son inversiones a largo o medio plazo, de modo que pueden verse como derechos “autofinanciables”.¹¹⁷

4.2.7. Derechos a prestaciones en sentido estricto.

Para Alexy los derechos a prestaciones en sentido estricto “son derechos del individuo frente al Estado a algo que si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares.” Cuando hablamos de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, el derecho a la previsión, el trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a prestaciones en sentido estricto. Alexy es consciente de que la Ley fundamental alemana, bajo el rótulo de “derechos sociales fundamentales” se contemplan normas de muy diverso tipo. Con el propósito de esclarecer los distintos tipos de normas propone una distinción desde el punto de vista estructurales, usando tres criterios:¹¹⁸

- a. que las normas puedan conferir derechos subjetivos o ser normas que solo obliguen al Estado objetivamente a través de la imposición de obligaciones;¹¹⁹
- b. que puedan ser normas vinculantes (cuando pueden hacerse valer ante autoridad judicial) o no vinculantes (en este último sentido serían enunciados programáticos que no vinculan a las autoridades jurisdiccionales). Vinculación jurídica implica control judicial.
- c. que las normas puedan fundamentar derechos y deberes definitivos o *prima facie*, esto es, que puedan ser reglas o principios (en sentido amplio). Combinados estos criterios pueden darse ocho tipos de normas de estructura muy diferente.

1	2	3	4	5	6	7	8
Vinculante	Vinculante	Vinculante	Vinculante	No Vinculante	No Vinculante	No Vinculante	No Vinculante
Derecho	Derecho	Obligación	Obligación	Derecho	Derecho	Obligación	Obligación
Definitivo	<i>Prima facie</i>	Definitivo	<i>Prima facie</i>	Definitivo	<i>Prima facie</i>	Definitivo	<i>Prima facie</i>

120

¹¹⁷ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de los derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 89-91

¹¹⁸ ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios constitucionales, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid 1993, pp. 482-484.

¹¹⁹ Conviene advertir que en el esquema de Alexy la tutela judicial y la dimensión subjetiva de un derecho son cosas diferentes. (CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de los derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, p. 91)

¹²⁰ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de los derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 91-92.

4.2.8. Revisión del esquema de Alexy: el problema de las normas de fin.

El esquema anterior de Alexy sobre los tipos de normas podemos modificarlo un poco para dar entrada a la distinción que hicimos previamente entre normas de acción y normas de fin. La importancia de esa distinción merece incorporar ese criterio al esquema de Alexy. De acuerdo con Juan Antonio Cruz Parceró, esto supone distinguir entre reglas de acción (RA) y reglas de fin (RF) y principios en sentido estricto (P) y directrices (D).

VINCULATES								NO VINCULANTES							
Derechos				Deberes				Derechos				Deberes			
Acción		Fin		Acción		Fin		Acción		Fin		Acción		Fin	
RA	P	RF	D	RA	P	RF	D	RA	P	RF	D	RA	P	RF	D
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16

La importancia de este esquema es que podemos apreciar las normas de fin que son importantes para determinar el alcance de los deberes exigidos por dichas normas. Todos los deberes o derechos impuestos por principios o directrices (2,4,6,8,10,12,14,16) son *prima facie* por lo que respecta a las condiciones de aplicación, es decir en cada caso concreto habrá que evaluar si el principio o la directriz son aplicables, y todos los deberes impuestos por normas de fin, tanto reglas como directrices (3,4,7,8,11,12,15,16), son indeterminados, es decir, este tipo de normas no ordena ninguna acción final, sino estados de cosas o fines, de modo que la selección de las acciones quede a discreción del destinatario de la norma, quien, como se dijo debe seleccionar las conductas que maximicen u optimicen los resultados considerando, si es necesario su ponderación con otros fines. La discreción que tiene el destinatario de las normas de fin presenta problemas cuando no está vinculado y cuando son normas que obligan pero no crean, como dice Alexy, derechos subjetivos, esto es, no confieren poderes para reclamar el incumplimiento. Otro problema distinto es pensar como pueden hacerse vinculantes, o justiciables. Habrá que recordar que cuando algún derecho en sentido amplio se concreta en derechos a acciones negativas, el problema de su justiciabilidad se resuelve como veremos más adelante. Esta tarea requiere ir identificando esos aspectos de protección de un derecho que impliquen abstenciones del Estado o de otros particulares para que, en caso de ser necesario, se regulen y se puedan reclamar. El gran problema de la justiciabilidad, siguiendo a Cruz Parceró, nos parece que es el de poder establecer criterios obligatorios y que puedan servir como parámetros exigibles a los destinatarios de las normas de fin. En este sentido es importante recordar que las normas de fin no ordenan ninguna conducta determinada, ahora bien hay que distinguir dentro de las normas de fin si estas a su vez ordenan un *fin determinado* (o una medida de cumplimiento; aquel que establece una medida) o un *fin indeterminado* (un fin a optimizar; aquel que solo puede cumplirse de manera aproximado, que aparecerá siempre como ideal regulativo). Si una regla ordena un fin determinado y el destinatario no consigue alcanzar la meta establecida, a falta de buenas excusas para ello, el destinatario será responsable por que incumple una regla. Habrá, pues, que

considerar seriamente cuando se justifica establecer este tipo de reglas de fin, pero una vez establecidas y en caso de estar justificadas, su control y vinculación no es problemático. Muchas de las discusiones sobre protección de estándares mínimos apuntan hacia este tipo de medidas. Un juez puede perfectamente conocer las razones que el destinatario de la norma puede argüir a su favor, en caso de incumplimiento, así como oír las razones de quienes sostengan que pudo cumplir pero no lo hizo por razones que merezcan una sanción jurídica. Para Lifante lo importante es ver que las *normas de fin* son “mandatos de optimización de un fin”; igualmente el autor señala que los poderes discrecionales consisten en estar regulados por normas de fin así entendidas, estas normas trasladan el control o la responsabilidad de las consecuencias de las conducta. Así, los mandatos de optimización los entendemos de la siguiente manera: “Lo que exige (la norma) no es, o es no es sólo, la producción de algo, sino la selección de los medios óptimos para conseguir o maximizar algo dadas ciertas circunstancias. Se trata de un esquema para la guía o el enjuiciamiento de las acciones que podríamos considerar finalista: una acción será considerada justificada en relación con la norma no en tanto resulte subsumible en la acción genérica contemplada en la norma, pues no existe tal, sino en la medida en que, dadas las circunstancias, aparezca no solo como un medio adecuado para la consecución del fin prescrito, sino como el mejor o el mas eficiente de los medios disponibles.”¹²¹

En el caso de las *regla de fin*, el destinatario tendrá lo que Isabel Lifante ha llamado una discrecionalidad técnica, entendida esta en relación con las condiciones de aplicación se encuentran determinadas de antemano en la regla el destinatario solo tiene que perseguir el fin si esta en el supuesto de la norma; su discreción consistirá en elegir el medio considerado mas apropiado, u óptimo, para conseguir el fin (o conseguirlo en la mayor medida posible) dadas las circunstancias del caso concreto. Los juicios que se le exigen al destinatario son juicios de adecuación de medios a fines, o valoración de la eficiencia y/o coste de los distintos medios disponibles. En el caso de las directrices, el destinatario tendrá “discrecionalidad política” ya que la directriz no determina de antemano las condiciones de aplicación, no se encuentra prefijado cuando se deberá perseguir el fin o lograr el estado de cosas señalado. Dada la existencia de varias directrices, es decir, de varios fines prescritos por diversas normas, el destinatario debería establecer la oportunidad y la prelación de los distintos objetivos, de modo que es el quien debe precisar en que momento se va a perseguir un determinado fin.¹²²

¹²¹ LIFANTE Isabel, Poderes Discrecionales, en Racionalidad y Derecho, Alfonso García Figueroa coordinador, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 107-131.

¹²² CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 93-96.

4.2.9. Justiciabilidad de los derechos sociales

Conforme a lo que hemos visto podemos ahora decir que no hay ningún problema de hacer justiciables aquellos aspectos de un derecho social (o de cualquier otro tipo) que este protegido o reconocido a través de reglas de acción. Cuando una regla de acción ordena realizar una conducta específica, es relativamente sencillo determinar cuando el destinatario es responsable por incumplimiento. Tampoco representa mayor problema cuando vulnera principios. Cuando una norma ordena alcanzar un fin determinado o indeterminado podemos distinguir varias cosas que el destinatario puede hacer:

- a) que el destinatario no realice ninguna acción cuando se requiere alguna;
- b) que el destinatario realice alguna acción (o varias) o seleccione algún medio que haga imposible la realización de un fin determinado;
- c) que el destinatario haga algo necesario pero no suficiente para alcanzar la medida de cumplimiento;
- d) que el destinatario haga algo necesario pero no bajo un criterio de maximización para alcanzar un fin indeterminado;
- e) que el destinatario realice alguna acción que se oponga a otros fines considerados de mayor valor;
- f) que el destinatario realice alguna acción que maximice el fin, y
- g) que el destinatario realice una acción que optimice los medios y el fin.

Cada una de estas posibilidades plantea distintos problemas, y si se analizan con cuidado se verá que en cada una habrá que determinar las causas y razones para poder imputar algún grado de responsabilidad o eximir de ella al agente. Lo que hace difícil imputar responsabilidad a un agente es que el ámbito de toma de decisiones esta estrechamente vinculado con consideraciones sociales, políticas y económicas, es decir, que conectamos con el ámbito de la política donde la discusión y selección de los medios óptimos y la elección de fines dependen de consideraciones ético-políticas. Uno de los problemas de la justiciabilidad de este tipo de derechos tiene que ver con la función que les queremos dar a los jueces para que puedan determinar la responsabilidad en estos casos y el alcance que puedan tener sus resoluciones. El caso a) es problemático solo respecto a las directrices, pero no respecto a las reglas de fin. Si una regla de fin, por ejemplo, establece que debe perseguirse Z, entonces no hacer nada es incurrir en incumplimiento a falta de una excusa que justifique no haber hecho nada. Pero si se tratara de una directriz, la evaluación de la oportunidad esta a cargo del destinatario, de modo que puede justificarse que no es oportuno por que hay otros fines que tienen prioridad. El caso b) es cuando se obstruye la realización del fin Z. Si se eligieron los medios inadecuados o si se obró negligentemente, todo ello puede ser evaluado y se pueden imputar responsabilidades. El tipo de consideraciones que se pueden usar para determinar o no la responsabilidad no pueden ser mas complicadas que en otras áreas del Derecho. En el caso concreto de las directrices habrá que considerar que el perseguir un fin puede llegar a convertirse en un obstáculo para alcanzar otro. Aquí habrá que considerar si las conductas o medios que se adoptan para realizar el fin son o no de mayor jerarquía. El caso c) respecto a las reglas de fin que establecen una medida de cumplimiento. Sino se logra

el fin específico, aunque se hayan tomado algunas medidas necesarias, evidentemente no se tomaron las que resultaban razonablemente suficientes. La regla de fin debe estar justificada racionalmente para que sea razonablemente posible su cumplimiento. El caso d), es similar al anterior pero trata de alcanzar fines indeterminados. Se trata de mandatos de optimización. En este caso el problema de evaluar si lo que se hizo que evidentemente no puede sino aproximarse al fin, fue o no maximizado, si se eligieron los medios menos costosos, los más idóneos, si se afectaron menos otros fines. El caso e) es similar, pero aquí se trata un problema que tiene que ver, por una parte, con el juicio de oportunidad o relevancia para aplicar un principio; pero por otra parte puede tratarse también de un problema que surja de contradicciones normativas, es decir puede ser que una medida (una acción) venga ordenada por una regla, pero que el llevarla a cabo implique un obstáculo fáctico para poder cumplir con lo ordenado en un principio de mayor jerarquía. El caso f) es un caso de cumplimiento de normas de fin, donde el destinatario maximiza el fin, pero puede suceder que no los medios, por lo que sus acciones no son óptimas. Por ejemplo: se puede alcanzar la medida de cumplimiento establecida o aproximarse en un grado alto a un fin indeterminado, pero la selección de los medios no se optimizó de modo que se sacrificaron otros fines (aunque fuesen de menor jerarquía), se realizaron gastos desproporcionados, etc. Es importante recordar que las normas de fin son mandatos de optimización, de lo contrario no podríamos considerar que en estos casos cabe imputar responsabilidad por el uso ineficiente de medios. El caso g) es un caso de cumplimiento. Una regla de fin se cumple adecuadamente cuando se optimizan los medios para alcanzar el fin determinado o para aproximarse al fin indeterminado.¹²³

¹²³ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de los derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 96-99.

5. Derechos Colectivos

Desde hace unas décadas un amplio movimiento filosófico-político ha atribuido a las comunidades o grupos un peso moral importante, pudiéndose hablar en este movimiento de posturas distintas que van desde el nacionalismo y el comunitarismo hasta el multiculturalismo y los partidarios de políticas públicas del reconocimiento o la diferencia.¹²⁴ Además ciertos grupos aborígenes e indígenas han realizado reivindicaciones políticas para obtener un mejor trato y evitar discriminaciones por motivos raciales, religiosos, culturales, etc. Muchas de estas reclamaciones se han planteado en términos de derechos no de los individuos que conforman el grupo, sino de los grupos en si mismos. De aquí que el debate sobre los derechos colectivos haya tenido un especial peso en estas últimas décadas y haya tenido repercusiones político-jurídicas notorias. Pese a la importancia que han cobrado los derechos colectivos, la poca atención que se ha prestado al concepto posiblemente se deba a la concepción moderna de los derechos subjetivos (esto es, cualidades o facultades inherentes al ser humano) que impiden que el problema sea incluso planteado como tal. No obstante el desinterés de los teóricos del Derecho¹²⁵, existe una preocupación reciente por el tema que proviene de la crítica al liberalismo desde las filas del movimiento comunitarista que pone en duda la capacidad de aquel para proteger a ciertos grupos minoritarios mediante la concesión de derechos individuales y ha pugnado por el otorgamiento de derechos comunitarios. Como se ha demostrado, sabemos que no es necesario otorgarles derechos a las colectividades para protegerlas y, por otra parte, no todo bien o valor crea un derecho moral.¹²⁶ Robert Alexy¹²⁷ afirma que cuando hablamos de derechos hay que distinguir tres tipos de cuestiones: las normativas, las analíticas y las empíricas. Aplicada esta distinción al tema de los derechos colectivos, podemos decir que dentro de la cuestiones normativas hay dos tipos de temas: los ético-filosóficos y los jurídico-dogmáticos. Con respecto a la primera, cabe preguntarse por que las comunidades (o los grupos) deben tener derechos y cuales derechos tendrían. En la segunda, se trata de saber si en un sistema jurídico dado un grupo o una comunidad posee un determinado derecho. Dentro de las cuestiones analíticas el tema principal es el de distinguir entre norma, relación o posición

¹²⁴ Se puede ver de manera introductoria a estas discusiones: *W. Kymlicka, Contemporary Political Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1990, y *R. Garagarella, Las teorías de la justicia después de Rawls*, Editorial Paidós, Barcelona, 1999.

¹²⁵ Quizas la única excepción importante sea la de Joseph Raz, "Right-Based Moralities", en J. Waldron, *Theories of Rights*, OUP, Oxford, 1984, pp. 182-200; publicado posteriormente con algunas modificaciones en su libro *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

¹²⁶ HARTNEY, Micheal, Some confusions concerning collective rights, *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Volume 4, Issue 02, Canada, July 1991, <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=9455074>, p. 203.

¹²⁷ Véase su libro ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios constitucionales, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid 1993, pp. 173-178.

jurídicas. Si los derechos se entienden como ciertas posiciones y relaciones es posible distinguir entre: a) razones para los derechos, b) derechos como relaciones y posiciones y c) la imponibilidad jurídica de los derechos.¹²⁸

5.1 El problema de la definición de derecho subjetivo

Ronald Dworkin entiende que “un derecho político es una finalidad política individualizada. Un individuo tiene derecho a cierta expectativa, recurso o libertad si (tal cosa) tiende a favorecer una decisión política (en virtud de la cual) resultara favorecido o protegido el estado de cosas que le permita disfrutar del derecho, aun cuando con esa decisión política no se sirvan ningún otro objetivo político, e incluso cuando se le perjudique; y si cuenta en contra de tal decisión, aun cuando con ella se sirva algún otro objetivo, el que retrase o ponga en peligro ese estado de cosas. Un objetivo político es una finalidad política no individualizada, es decir, un estado de cosas cuya especificación no requiere así ninguna expectativa, recurso o libertad en particular para los individuos determinados.”¹²⁹

La afirmación de Dworkin de que los derechos son finalidades políticas individualizadas es muy confusa y sirve solamente para trazar una distinción conceptual poco clara entre derechos y objetivos políticos. Por su parte, Joseph Raz, defensor de la teoría del interés, nos presenta la siguiente definición: “X tiene un derecho si y solo si X puede tener derechos y un aspecto del bienestar de X (su interés) es una razón suficiente para imponer un deber sobre otra persona.” Y sobre la capacidad para poseer derechos afirma: “Un individuo es capaz de tener derechos si y solo si algún aspecto de su bienestar es un valor último o es una persona artificial”¹³⁰

Una teoría de los derechos, al menos una teoría estructural o analítica, debería separar estas dos cuestiones con claridad; por un lado, la cuestión de que es un derecho como posición o relación jurídica (o moral) y por el otro, quienes son capaces de ser titulares de derechos. Una definición como la de Dworkin, que define lo que es un derecho basándose en el individuo, tendrá que negar que existen derechos colectivos y tendrá muchos problemas para incorporar en su teoría a los grupos, asociaciones y otro tipo de colectividades con las que suele operar el lenguaje jurídico. En cambio, se podría decir que la definición de Raz es neutral con respecto al problema de la titularidad de los derechos. El problema de este tipo de definición es otro: consiste en mezclar en la definición de un derecho la cuestión de las razones para poseer tales derechos.¹³¹ Por ello, creo que la distinción que hace Alexy entre

¹²⁸ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 101-105.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona 2009, pp. 173-178.

¹³⁰ J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 166

¹³¹ En este sentido hay dos escuelas importantes: las teorías del interés o del beneficiario y las de la voluntad o de elección. Al respecto véase DE PÁRAMO ARGUELLES, Juan Ramón, “Derecho subjetivo”, en *El Derecho y la justicia*,

razones para los derechos y derechos como posiciones y relaciones es de gran importancia cuando tratamos estos temas. Un derecho puede ser justificado tanto de una manera general como en un contexto específico: i) haciendo referencia únicamente a bienes individuales, ii) haciendo referencia tanto a bienes individuales como a colectivos, o iii) solo haciendo referencia a bienes colectivos.¹³²

Una teoría de los derechos como posiciones o relaciones como la de Hohfeld o la que adopta Alexy nos permite ver los derechos, desde un punto de vista estructural, como relaciones tríadicas, cuyo primer miembro es el portador o titular del derecho (a), su segundo miembro el destinatario del derecho (b) y su tercer miembro el objeto del derecho (G): *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*.

De esta definición, como apunta Alexy, surgirán cosas totalmente diferentes según lo que se coloque en lugar de *a*, *b*, y *G*.¹³³ De aquí que cuando nos preguntamos por los derechos colectivos surjan tres tipos de cuestiones: la primera cuando el titular del derecho (*a*) es un individuo o un grupo o comunidad; la segunda cuando el objeto del derecho (*G*) es un bien individual o un bien colectivo, y la tercera (*b*) cuando el destinatario es a su vez otro individuo o un grupo. Estas cuestiones son muy distintas y dan lugar a distintos problemas. Normalmente se habla de derechos colectivos cuando el titular es un grupo o cuando el objeto es un bien colectivo.¹³⁴

5.2 Los titulares de Derechos

La tradición jurídica y filosófica moderna nos ha determinado para considerar al individuo (ser humano) si no como el único portador de derechos, al menos si como el principal portador de los mismos. Cruz Parceró, propone considerar los derechos como una técnica o un recurso lingüístico para proteger o asignar ciertos bienes, recursos, oportunidades o valores. La discusión sobre quienes pueden ser titulares, y más precisamente si las comunidades pueden ser titulares de derechos, es un tema distinto al de la definición de los que es un derecho. Se da por sentado que los individuos, esto es, los seres humanos son los principales titulares de derechos. Ahora bien, en un plano justificativo nos preguntamos si ciertos grupos (comunidades, asociaciones, naciones, etc) deben considerarse sujetos de derechos; la respuesta dependerá, en todo caso de los criterios que utilicemos para determinar quienes pueden ser sujetos de derechos. Siguiendo la teoría del interés, la pregunta sería, entonces, si las comunidades o los grupos tienen intereses distintos a los de sus miembros y si tales intereses pueden originar derechos, mientras que si nos inclinamos por la teoría de la voluntad, la pregunta sería si un grupo o comunidad

coordinadores Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 367-394.

¹³² NINO, Carlos Santiago (ed.), *Rights*, New York University Press 1992, p. 164.

¹³³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios constitucionales, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid 1993, pp. 177-185.

¹³⁴ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 106-109.

tienen voluntad propia y, por tanto, se les puede considerarse titulares de derechos. En un plano descriptivo, la pregunta de si las comunidades o los grupos tienen derechos colectivos en un ordenamiento jurídico, por ejemplo en el mexicano, es muy distinta a la pregunta de si está justificado que ciertos grupos tengan derechos. La existencia de las normas jurídicas depende de actos de la voluntad y, por tanto, el contenido de las leyes depende en gran medida de la voluntad del legislador, en este acorde a lo dispuesto por la ley suprema del país, como se ha señalado previamente.

Para Hartney cualquier derecho que posea una corporación, ya sea un municipio, una asociación civil o mercantil, una comunidad indígena, etc. no es un derecho colectivo, sino individual: “crear una corporación jurídica e investirla con derechos no significa crear derechos colectivos (si entendemos por derecho colectivo un derecho que se confiere a una colectividad como tal)”.¹³⁵ Esta visión es compartida por la gran mayoría de los juristas, el derecho se ha adaptado a esta forma de hablar sobre las colectividades.

Autores como Hart y Nino, han intentado demostrar que hablar de personas colectivas tiene un sentido distinto a hablar de individuos, por lo que no se puede aceptar hablar de personas colectivas.¹³⁶

5.3 Los bienes colectivos como objeto de los derechos

Hartney afirma que el adjetivo colectivo sirve para identificar una clase de derechos sobre la base de otras características en vez de la naturaleza del titular del derecho.¹³⁷ Lo importante es la naturaleza del objeto del derecho y no su titular, así para Joseph Raz un derecho colectivo es típicamente un derecho a un bien colectivo: “Un derecho colectivo existe cuando se dan las siguientes tres condiciones. Primera, existe por que un aspecto del interés de los seres humanos justifica sostener que alguna(s) persona(s) esté(n) sujeta(s) a un deber. Segunda, los intereses en cuestión son los intereses de los individuos en tanto miembros de un grupo en un bien público y el derecho es un derecho a ese bien público porque sirve a sus intereses como miembros del grupo. Tercera, el interés de ningún miembro del grupo en el bien público es suficiente por sí mismo para justificar mantener que otra persona este sujeta a un deber. La primera condición es requerida por los derechos colectivos para que sean consistentes con el humanismo. Los derechos, aun los colectivos, solo pueden ser

¹³⁵ HARTNEY, Micheal, *Some confusions concerning collective rights*, The Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Volume 4, Issue 02, Canada, July 1991, <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=9455074>, p. 215.

¹³⁶ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 109-114.

¹³⁷ HARTNEY, Micheal, *Some confusions concerning collective rights*, The Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Volume 4, Issue 02, Canada, July 1991, <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=9455074>, p. 219.

tales si sirven a los intereses de los individuos. En ese sentido los derechos colectivos son una mera manera de hablar. Son un modo de referirse a los intereses individuales que se originan de la pertenencia de los individuos en comunidades. Las otras dos condiciones distinguen un derecho colectivo de una serie de derechos individuales.”¹³⁸

El segundo requisito de Raz, esto es, que el derecho colectivo consiste en los intereses de los individuos en cuanto miembros de un grupo en un bien publico. Los teóricos del Derecho se han ocupado solo de la regulación de algunos bienes públicos pero sin profundizar en entender en que consisten; el interés por estos bienes ha surgido en el ámbito de la economía debido a la preocupación de algunos economistas por el llamado sector publico. Según Peston, los bienes públicos tienen las siguientes características:

- a) La provisión de cualquier cantidad del bien para un sujeto implica la provisión de la misma cantidad para un grupo de sujetos.
- b) En la provisión del bien no es posible limitar su consumo a determinados sujetos.
- c) En la provisión del bien no es óptimo limitar su consumo a determinados sujetos.
- d) Con relación a b), no es posible establecer un precio para un bien público.
- e) Con relación a c), no resulta óptimo tampoco establecer un precio.
- f) Si el bien se ofrece a uno o varios sujetos, puede facilitarse gratis a los demás.

Para Peston todas estas características son importantes, pero se pueden destacar dos en especial: el requisito a) lo que suele denominarse la “no exclusividad” de los bienes públicos, y el requisito b) llamado la “no rivalidad” en el consumo del bien.¹³⁹ Un bien público o colectivo puede tener las características de no exclusividad y no rivalidad por razones distintas: la primera, por que conceptualmente el bien posea tales características, la segunda, por que de hecho tales bienes tienen esas características

¹³⁸ RAZ, Joseph, “*Right-Based Moralities*”, en J. Waldron, *Theories of Rights*, OUP, Oxford, 1984, en *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 209.

¹³⁹ Para Peston ejemplos de bienes públicos pueden ser la seguridad publica o seguridad nacional, una economía próspera, un medio ambiente sano, una cultura desarrollada, la salud, la educación, la preservación de edificios antiguos. Cabe hacer notar que cuando se habla de bienes públicos, como el de una sociedad bien educada o culta, se hace referencia a estos bienes de modo muy general. Una sociedad culta seria, en realidad un bien complejo, o un conjunto de bienes, algunos de los cuales no reúnen los requisitos de la no exclusividad y la no rivalidad. Por ejemplo si tener una sociedad culta implica tener bibliotecas, museos, obras de arte, libros, cines, etc., es perfectamente posible excluir a algunas personas del disfrute de estos bienes; por ello, cuando se dice que una sociedad culta es un bien público se hace referencia a ciertos beneficios difusos que derivan de las características generales de la sociedad a la que uno pertenece; en CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de lo derechos*, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 116-117.

en un momento determinado, y aunque se quisiera, no se podría proveer a un solo individuo excluyendo al resto, y la tercera, por que legalmente se prohíbe que ciertos bienes sea asignados de forma exclusiva a los individuos. Teniendo en cuenta que un bien colectivo es un bien complejo o una serie de bienes, Denise Réaume sostiene que el aspecto central de dichos bienes consiste en cierto tipo de participación y llama a estos bienes públicos *participatory goods*.¹⁴⁰

No obstante, cuando hablamos de bienes públicos o colectivos no basta con señalar sus características y detenernos en su aspecto estructural, ya que esto por si solo no sería suficiente para distinguirlos de lo que podríamos llamar “males públicos”. Debido a que existen diferencias de opinión con respecto a los efectos particulares o a la deseabilidad con respecto a un bien o a un estado de cosas, una misma cosa puede ser considerada como un bien público por algunos, un mal público por otros y contemplarse de manera indiferente por un tercer grupo.¹⁴¹ Por tal motivo como bien apunta Alexy, el carácter estructural de los bienes públicos no es suficiente para definirlos, ya que se podría hacer mención de algo que cumpla con los requisitos estructurales pero que sea considerado un “mal público”. Para poder distinguir entre bienes y males públicos haría falta referirse a lo que Alexy llama “estatus normativo de los bienes colectivos”; esto significa que tenemos que hacer referencia a un criterio normativo para considerar que alguna cosa o estado de cosas es un bien colectivo. Alexy propone la siguiente definición de bien colectivo a que hace referencia a un sistema jurídico (aunque puede adaptarse a cualquier sistema normativo): “X es un bien colectivo para el sistema jurídico S si X es no distribuible y su establecimiento o mantenimiento es requerido a través de S o *prima facie* o definitivamente.”

La referencia de Alexy al carácter *prima facie* o definitivo se refiere al tipo de normas que pueden establecer que algo sea un bien colectivo. Si se establece a través de un principio, se tratará de un precepto de optimización que puede ser desplazado y que además aceptaría graduaciones en su cumplimiento, mientras que si se establece por medio de una regla es un precepto que contiene de forma mas o menos clara sus condiciones de aplicación y sus consecuencias y, por tanto, que se cumple o no se cumple. Lo anterior no implica que no se pueda, de hecho, excluir a alguno de los beneficios de un bien público, sino que dadas ciertas normas (incluidos derechos fundamentales), están prohibidas ciertas formas de exclusión.

La definición que retomamos de Alexy deja de lado la cuestión de la justificación, pues basándose en esa definición algo será un bien colectivo en un sistema jurídico cuando una norma válida así lo establece. El problema de la justificación que pueda tener este

¹⁴⁰ D. Réaume, “*Individuals, Groups, and Rights to Public Goods*”, p. 10, en CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 117.

¹⁴¹ M. Peston, p. 19, en CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 117.

tipo de bienes rebasa las expectativas de este trabajo, por lo que dejaré de lado estos problemas.

Raz sostiene que no puede haber derechos individuales a bienes colectivos; si un derecho es la base para imponer deberes en los demás, entonces no puede haber ningún interés individual que pueda justificar un bien colectivo.¹⁴²

Réaume, destacando la naturaleza participativa de ciertos bienes públicos, objeta la tesis de Raz y propone analizar el problema de los bienes públicos partiendo de la distinción entre producción y disfrute de un bien público. Si nos preguntamos si un individuo puede tener derecho a un bien colectivo la pregunta sería ambigua respecto a si tal individuo tiene derecho a disfrutar de los beneficios de dicho bien o si tiene derecho a que se produzca para él. Considerando que es posible conceptualmente que los individuos tengan un derecho a disfrutar de un bien público, de acuerdo con la distinción de que un bien público no puede producirse individualmente y que sin embargo si puede disfrutarse individualmente, el valor de un bien de este tipo es que esta construido por una forma particular de participación. Tales bienes, que llamaré “bienes participativos” (*participatory goods*), comprenden actividades que no solo requieren de varios para producir el bien, sino son valiosos solo por la participación común de muchos. La publicidad de la producción en sí es parte de lo que es valioso, el bien es la participación.¹⁴³

Igualmente Réaume sostiene que un individuo no puede tener derecho individual a un bien público participativo por que no puede disfrutarlo individualmente. Al contrario de lo que sostiene Raz, en el sentido de que los intereses de los individuos respecto de los bienes colectivos no tienen el peso suficiente para imponer deberes en los demás, Réaume piensa que un individuo no puede tener intereses como individuo en los aspectos centrales de los bienes participativos, por lo que los individuos podrían tener derechos a ciertos bienes públicos; aunque tales bienes resulten parasitarios del aspecto central de un bien público participativo, y eso los hace inapropiados para ser objeto de derechos individuales¹⁴⁴, este tipo de bienes no requiere que todos

¹⁴² Por ejemplo, el deseo de una persona a respirar aire limpio en una ciudad contaminada no es suficiente para justificar un derecho individual a vivir en una sociedad con aire limpio, ya que ello implicaría imponer deberes a otras personas y el interés individual en este caso no tendría el peso suficiente; R. Alexy “*Individual Rights an Collective Goods*” plantea los problemas para justificar este tipo de bienes en términos de bienestar individual o en términos de la teoría del conceso; en en CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 117, p.118.

¹⁴³ “*Individuals, Groups, and Rights to Public Goods*” p. 10, en CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 119.

¹⁴⁴ “*Individuals, Groups, and Rights to Public Goods*” pp. 10-11, en CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 119.

participen, pero si que un cierto número participe en la creación del bien.¹⁴⁵ En todo caso como afirma Réaume, el grado de no exclusividad del bien esta estrechamente ligado al bien de que se trate.¹⁴⁶

Ahora bien, parece ser que solo interés colectivo y no el individual, puede tener suficiente peso para poder imponer obligaciones a los demás y dependiendo de que tipo de bien público estemos hablando, el alcance del derecho dependerá de cómo se puede asegurar o producir dicho bien.¹⁴⁷

5.4 Los destinatarios de los derechos colectivos

Will Kymlicka se aproxima al problema de los derechos colectivos desde una perspectiva que se interesa principalmente por la relación de los derechos colectivos y los derechos individuales. Kymlicka prefiere denominar a ciertos derechos de grupos, como los derechos de autogobierno, los poli étnicos y los especiales de representación, “derechos diferenciados en función del grupo” (*group differentiated rights*)¹⁴⁸, pues considera que referirse a ellos como derechos colectivos genera muchas confusiones debido a que dicha categoría es demasiado amplia y heterogénea, ya que incluye derechos de las corporaciones, derechos a cuotas para ciertos grupos, derechos de los ciudadanos a bienes públicos, etc. Dentro de la categoría de los

¹⁴⁵ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, p. 114-120

¹⁴⁶ “*Individuals, Groups, and Rights to Public Goods*” p.12, en CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 120.

¹⁴⁷ Por ejemplo, si en la ciudad de México el interés colectivo por respirar un aire menos contaminado nos lleva a sostener que tenemos un derecho colectivo, eso supone que tenemos un derecho a que se produzca o asegure ese bien, ya que el interés colectivo sí justificaría imponer ciertos deberes para producir un ambiente sano. Para promover el bien público consistente en el aire limpio o sano, se necesita la participación de la mayoría de los miembros de la ciudad, dado que casi todos contribuimos a contaminarlo, por ello un derecho colectivo en este sentido sería un derecho que tendríamos que hacer valer frente a los propios miembros de la colectividad, no solo ante su gobierno. El problema de proveernos de, o de garantizar, ciertos bienes públicos se presenta con la estructura del “dilema del prisionero”, ya que muchos tendríamos beneficios por no participar en la producción del bien. La función del gobierno sería la de coordinar e imponer obligaciones a los propios integrantes del grupo para asegurar la producción del bien. El grado en que esos deberes afectan a los intereses particulares y el problema de hasta donde puede ser justificada la restricción de derechos individuales es un problema que conecta con el de los derechos colectivos, pero que no podemos abordar aquí; en CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, p. 120

¹⁴⁸ KYMLICKA, Will, Ciudadanía multicultural, Una teoría liberal de los derechos de las minorías, Editorial Paidós, Barcelona 1996, p. 46

derechos colectivos se comprenden derechos que poco tienen en común. Además la terminología de los derechos colectivos provoca que la gente llegue a conclusiones erróneas con respecto a la relación que hay con los derechos individuales. La identificación de la ciudadanía diferenciada en función del grupo con los derechos colectivos ha tenido efectos desastrosos sobre el debate filosófico y popular, según este autor. Debido a que se contempla el debate en términos de derechos colectivos, mucha gente da por supuesto que tal debate sobre la ciudadanía diferenciada en función del grupo equivale, en lo esencial, al debate entre individualistas y colectivistas sobre la prioridad relativa del individuo y la comunidad. Los individuos aducen que el individuo es moralmente anterior a la comunidad: la comunidad importa únicamente por que contribuye al bienestar de los individuos que la constituyen. Si tales individuos consideran que ya no vale la pena mantener las prácticas culturales existentes, entonces la comunidad no tiene un interés independiente en mantener dichas prácticas, y ningún derecho a impedir que los individuos las modifiquen o las rechacen. Por tanto, los individualistas rechazan la idea de que los grupos étnicos y nacionales tengan cualquier tipo de derechos colectivos.

Por su parte, los colectivistas niegan que los intereses de la comunidad sean reducidos a los intereses de los miembros que la componen. Equiparan los derechos colectivos a los individuales y los defienden de forma paralela. Las teorías de los derechos individuales comienzan por explicar que es un individuo, que intereses tiene *qua* individuo, y entonces derivan un conjunto de derechos individuales que protegen estos intereses. De forma similar, los colectivistas comienzan por explicar que es una comunidad, que intereses tiene *qua* comunidad, y entonces derivan un conjunto de derechos comunitarios que protegen estos intereses. Así como determinados derechos individuales se derivan del interés de cada individuo en su libertad personal, determinados derechos comunitarios se derivan del interés de cada comunidad en su propia conservación. Por tanto, estos derechos comunitarios deben contraponerse a los derechos de los individuos que componen la comunidad.¹⁴⁹

Kymlicka pretende mostrar que tal oposición no se aplica a los derechos diferenciados en función del grupo, sino que las relaciones son más complicadas. Por lo que hace al objeto de esclarecer el concepto de derechos colectivos, como hemos visto de una definición estructural podemos identificar tres miembros: un titular, un destinatario y un objeto del derecho. Kymlicka nos presenta una distinción basada en el tipo de reivindicación. Indica que debemos distinguir entre dos tipos de reivindicaciones que un grupo étnico o nacional podría hacer. Las primeras, denominadas “restricciones internas”, implican la reivindicación de un grupo contra sus propios miembros. Las segundas, denominadas “protecciones externas” implican la reivindicación de grupo contra la sociedad en la que está englobado. El primer tipo tiene el objetivo de proteger al grupo de impacto desestabilizador del disenso interno, mientras que el objetivo del segundo, es proteger al grupo del impacto de las decisiones externas y

¹⁴⁹ KYMLICKA, Will, Ciudadanía multicultural, Una teoría liberal de los derechos de las minorías, Editorial Paidós, Barcelona 1996, pp. 74-75.

esta idea nos hace pensar en el objeto del derecho colectivo, pero es claro que no se trata de una distinción hecha solamente tomando en cuenta el objeto, sino que básicamente el objeto, esto es, la protección del grupo obedece al tipo de destinatarios.¹⁵⁰

Según Cruz Parceró, puede resultar verdadera lo propuesto por Kymlicka, en cuanto que cuando un derecho colectivo tiene como destinatarios a sus propios miembros o al resto de la sociedad es frecuente que se sigan las implicaciones que señala, considerando que aunque esta distinción resulta importante para la perspectiva estructural de los derechos, esta no infiere necesariamente en los contenidos que sugiere Kymlicka.¹⁵¹

Es difícil ver que una reivindicación contra sus propios miembros funcione como una restricción interna, contra el disenso interno. Si se trata de generar un bien público se necesita contar con la participación, pero no toda medida que pretende lograr la participación puede verse como una medida en contra del disenso. Para que pueda verse así dependerá de otras normas que sancionen la desviación sobre todo de las sanciones negativas.¹⁵²

En el caso de las protecciones externas, Kymlicka reconoce que tales derechos son muy comunes: toda clase de grupos (grupos étnicos, minorías, mujeres, el propio Estado, etc.) pueden usar este tipo de derechos, las protecciones pueden generar situaciones de injusticia entre grupos (un grupo puede ser marginado o segregado en aras de conservar la especificidad de otro, por ejemplo, el *apartheid*). Siguiendo lo propuesto por Cruz Parceró en tanto que la mejor manera de esclarecer los distintos tipos de derechos colectivos es haciendo distinciones que nos ayudan a caracterizar mejor ciertos derechos, no solo desde el punto de vista estructural, sino también desde el punto de vista funcional y normativo. Desde ese punto de vista funcional Kymlicka nos advierte, que las restricciones internas se refieren a relaciones intergrupales conllevan el peligro de la injusticia o desigualdad entre los grupos, sin embargo el que tales restricciones impliquen el peligro latente de restringir derechos individuales básicos o de crear relaciones injustas entre los grupos no implica que los derechos comunitarios, sean como piensa Martín D. Farrell, solo un modo de describir ciertas restricciones de los derechos individuales,¹⁵³ esta afirmación es exagerada, ya

¹⁵⁰ KYMLICKA, Will, Ciudadanía multicultural, Una teoría liberal de los derechos de las minorías, Editorial Paidós, Barcelona 1996, p. 58.

¹⁵¹ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de los derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, p. 122.

¹⁵² Una conducta puede venir sancionada tanto positivamente como negativamente, de ahí que solo las sanciones negativas puedan verse como restricciones contra el disenso. Sobre las sanciones puede verse el capítulo IV, de LARA CHAGOYAN, Roberto, El concepto de sanción en la teoría contemporánea del Derecho, Editorial Fontamara, México, 2004.

¹⁵³ Cuando se habla de derechos comunitarios lo que quiere decirse es que algunos derechos individuales han sido restringidos, y nada más que esto. Hablar de derechos

que olvidamos que incluso cuando hablamos de derechos individuales nos referimos a que imponemos restricciones a los demás. Hohfeld, sostiene que cuando alguien tiene un derecho (individual) de propiedad excluye a todos los demás de ese bien, nadie dudaría que la asignación de un derecho individual podría restringir derechos individuales de otras personas. Sería ingenuo pensar que los valores que protegen los derechos individuales fundamentales no entran en conflicto cuando se asignan tales derechos. Esta es una característica de los conflictos que suele darse entre derechos (tanto individuales como colectivos). Advertir de los dos tipos de restricciones o derechos es conveniente, lo cual no significa aceptar de ningún modo que los derechos colectivos restrinjan por si mismos derechos fundamentales. En este sentido Cruz Parceró, sostiene que resulta conveniente la advertencia sobre todo cuando una buena parte de los problemas sociales de ciertos grupos se quieren resolver a través de la asignación de supuestos derechos colectivos y cuando el discurso político de esos grupos esta influido por corrientes comunitaristas; y por otro lado cuando grupos políticos influidos por corrientes liberales al oír hablar de derechos colectivos se apresuran a sostener que tales derechos implican necesariamente la violación de derechos individuales y del espíritu del liberalismo político. Normalmente cuando ciertos grupos se encuentran en una situación de desventaja frente a otros, de modo que necesitan ciertas protecciones que otros grupos no requieren. De cualquier modo, lo importante es determinar con la mayor precisión posible que bienes, valores o conductas se quieren proteger. Cuando se habla de conferir derechos habrá que distinguir: a) Los que pueden justificarse individualmente, que se pueda justificar un derecho individual y la imposición de ciertos deberes (de los cuales se pueden desprender ciertos deberes hacia los funcionarios públicos, los jueces, el legislador, etc.); y 2) los que puedan justificarse colectivamente. Como el interés individual no bastaría para reclamar otro tipo de derechos, solo el interés colectivo podría justificar otro tipo de derechos y otro tipo de deberes. El interés de un individuo por si solo bastaría para obligar a otros a producir el bien. El grado de afectación a otros intereses o derechos debido a la imposición de este tipo de deberes puede variar y algunos derechos o deberes podrían tener problemas para justificarse.¹⁵⁴

comunitarios, entonces, es utilizar una forma de expresión que esconde la realidad. Todos los ejemplos de supuestos derechos comunitarios que he mostrado consisten solo en la restricción de los derechos individuales de los individuos que no integran el grupo protegido. Si el grupo protegido es una minoría, los derechos comunitarios son disfraces que encubren la restricción de los derechos individuales de la mayoría; en D. FARREL, Martín, ¿Hay derechos comunitarios?, en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, Doxa 17-18 (1995), p. 89.

¹⁵⁴ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp.122-126.

6. Interés legítimo

Como se vera mas adelante, la doctrina y la jurisprudencia de algunos países suelen reconducir dentro del interés legítimo a los derechos o intereses de incidencia colectiva. En otras palabras, el problema que plantean los intereses difusos y colectivos se ha resuelto (inicialmente en Italia y luego en varios países europeos y americanos) al incluirlos en la noción de interés legítimo para encontrar su protección jurisdiccional.

6.1 Interés legítimo y acciones colectivas. Derecho Comparado (doctrina y ley)

6.1.1. Estados Unidos

A partir del principio *ubi ius ibi remedium* en Estados Unidos traducido a *where there is no remedy there is no right*, lo que se debe complementar con un foro donde el querellante sea oído, y se resuelva o atienda su petición o demanda. Surgen así las *class actions* en su doble vertiente de Acciones: Reparadoras o inhibitorias/compulsorias (*damages and injunctions*).¹⁵⁵

Las *class actions* norteamericanas, cabe decir que no son algo nuevo e inédito sino tienen su rigen en instituciones romanas y otras posteriores, desarrolladas tiempo atrás en Inglaterra, denominadas equity rules, Cappeletti comenta sobre este particular asunto que “por lo que hace a las *class actions*, es muy sabido que su importancia, especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica, ha llegado a ser grandísima. Se trata, también aquí como las *relator actions*, de un instituto tradicional, que deriva de la *equity*, pero enormemente desarrollado en los últimos años, precisamente por la creciente necesidad de una tutela flexible y eficiente de los intereses de grupo contra los abusos de la “civilización de masas”.¹⁵⁶

A través de las *class actions* o acciones de clase, se reconoce la legitimación a reclamantes individuales (*class representatives*) para que ejerciten acciones en defensa no sólo de sus propios derechos e intereses patrimoniales, sino, además y de forma simultánea, en defensa de los análogos derechos e intereses patrimoniales de un número indeterminado de consumidores o usuarios no identificados (*class members*).¹⁵⁷

¹⁵⁵ TRON PETIT, Jean Claude, ¿Qué hay de los intereses colectivos y su régimen probatorio?, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 48.

¹⁵⁶ TRON PETIT, Jean Claude, ¿Qué hay de los intereses colectivos y su régimen probatorio?, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 55.

¹⁵⁷ GAMBOA MONTEJANO, Claudia, Las acciones colectivas, análisis de las iniciativas presentadas en la materia, derecho comparado y opiniones especializadas, Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis de la Cámara de

En el sistema norteamericano de las acciones colectivas, el papel del juez es peculiar por su creatividad, comenta Gidi lo siguiente: Debido a que las reglas procesales están escritas a menudo en un lenguaje amplio y estableciendo límites moderados a las facultades del tribunal o a su creatividad, el juez norteamericano tiene una discreción considerando en sus decisiones. Además de que dicho juez también tiene un gran control sobre el procedimiento, las partes, los abogados y los terceros. El Poder Judicial norteamericano juega un amplio papel político y social. Los jueces con frecuencia crean políticas públicas de carácter sustantivo y regulan la sociedad por medio de los precedentes dictados en las sentencias de litigios privados. Aunque el juez juega un papel central en el sistema legal norteamericano, los efectos derivados de un sistema de jurado deben ser también considerados para poder entender así sus técnicas procesales.¹⁵⁸

En el ejercicio de las acciones de clase ocurre un desplazamiento de legitimación: la legitimación para defender los derechos o intereses individuales de los que son titulares cada uno de los miembros del grupo, se desplaza a favor de uno o varios representantes del grupo de afectados, por el mero hecho de iniciar la reclamación judicial con vocación de representatividad. En la acción de clase el interés o derecho particular de cada uno de los afectados que es objeto de reclamación no se identifica en la fase declarativa. La acción de clase debe permitir que la sentencia que se dicte no sólo reconozca el derecho o proteja el interés del representante del grupo, aunque estos no estén individualizados en el procedimiento declarativo. Es decir, sentencia que se dicte causa efecto de cosa juzgada respecto de todos y cada uno de los derechos o intereses individuales de cada uno de los miembros del grupo. La finalidad de las acciones de clase es facilitar el acceso a la justicia mediante la acumulación en un solo procedimiento iniciada por una o varias personas representantes de un grupo. De acuerdo con la *Federal Rule No. 23 of Civil Procedure*,¹⁵⁹ al instrumentarse una reclamación judicial mediante este tipo de acciones, es necesario que reúnan los siguientes requisitos: 1. *Numerosity*,^[13] 2. *Commonality*,^[14] o identidad fáctica: deben existir cuestiones fácticas o jurídicas comunes a los distintos miembros del grupo que sean claramente más relevantes que las circunstancias particulares de cada uno de aquéllos.^[13] 3. *Typically*: la reclamación iniciada por el representante debe ser representativa de la que habría iniciado cada uno de los miembros de la clase.^[14] 4. *Adequacy of representation*: se trata de asegurar que quien inicia una acción

Diputados LXI Legislatura, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-08-11.pdf>, pp. 15-16.

¹⁵⁸ TRON PETIT, Jean Claude, ¿Qué hay de los intereses colectivos y su régimen probatorio?, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 52.

¹⁵⁹ FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE IN THE UNITED STATES OF AMERICA, as amended to December 1, 2015, Rule 23, Class Actions; http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23

irrogándose la representación de los miembros de la clase les representará adecuadamente. De acuerdo a diversos estudios, la regulación estadounidense de las acciones de clase prevé tanto: 1) Un sistema de *opt-in* (es decir, la posibilidad de que consumidores o usuarios individuales que forman parte de la clase representada se personen en el procedimiento para acumular su acción individual a la iniciada por los representantes, con el objeto de tener su propia asistencia letrada y su propia estrategia procesal); 2) Un sistema de *opt-out* (es decir, la posibilidad de que los referidos consumidores o usuarios individuales manifiesten ante el tribunal, mediante mecanismos ágiles de personación, su voluntad de quedar excluidos de la acción iniciada, para no verse afectados por la sentencia que se dicte). En EUA donde se han escenificado embates masivos, los jueces han tenido que adoptar un papel de árbitros, negociadores, facilitadores y enfrentarse a la corrección de políticas empresariales y públicas, lo que obliga a reconfigurar el papel sociológico de los jueces como buscador o configurador de soluciones basadas en la equidad y que comprendan todos los costes y beneficios, al presente y al futuro.¹⁶⁰

6.1.2. Italia

En el derecho administrativo italiano, se ha desarrollado la siguiente definición de interés legítimo, misma que se ha extendido a muchos países europeos y americanos. En términos generales este interés lo tiene: "...cualquier persona, pública o privada (moral), reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico. Desde un punto de vista más estricto, como concepto técnico y operativo, el interés legítimo es una situación jurídica activa que se ostenta por relación a la actuación de un tercero y que no supone, a diferencia del derecho subjetivo, una obligación correlativa de dar, hacer o no hacer exigible de otra persona, pero si comporta la facultad del interesado de exigir el respeto del ordenamiento jurídico y, en su caso, de exigir una reparación de los perjuicios antijurídicos que de esa actuación le deriven. En otras palabras, existe interés legítimo, en concreto en el derecho administrativo, cuando una conducta administrativa determinada es susceptible de causar un perjuicio o generar un beneficio en la situación fáctica del interesado, tutelada por el Derecho, siendo así que éste no tiene un derecho subjetivo a impedir esa conducta o a imponer otra distinta, pero si a exigir de la Administración y a reclamar de los tribunales la observancia de las normas jurídicas cuya infracción pueda perjudicarlo. En tal caso, el titular del interés esta legitimado para intervenir en el procedimiento administrativo correspondiente y para recurrir o actuar como parte en los procesos judiciales relacionados con el mismo, al objeto de defender esa situación de interés."¹⁶¹

Partiendo de esta noción de interés legítimo, la doctrina y la jurisprudencia de algunos países suelen reconducir dentro de este a los derechos o intereses de incidencia

¹⁶⁰ TRON PETIT, Jean Claude, ¿Qué hay de los intereses colectivos y su régimen probatorio?, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 48.

¹⁶¹ SANCHEZ, MORON, Miguel, "Interés legítimo", Enciclopedia jurídica básica, vol. III, Madrid Civitas, 1995, p. 3661

colectiva. En otras palabras, el problema que plantean los intereses difusos y colectivos se ha resuelto (inicialmente en Italia y luego en varios países europeos y americanos) al incluirlos en la noción de interés legítimo para encontrar su protección jurisdiccional. En Italia paulatinamente se ha configurado una amplia jurisprudencia para encuadrar en el interés legítimo a estas situaciones jurídicas supraindividuales, y que la distinguen del interés general de cualquier ciudadano. Es la primera sentencia del Consejo de Estado (1973), casada por la Corte di Cassazione (1978), que derivó de la acción ejercitada por la asociación ambientalista Italia Nostra, para la protección del patrimonio histórico, artístico y natural del ese país, con motivo de la licencia de construcción de una carretera en las cercanías del lago Torvel (Trento).¹⁶²

6.1.3. Brasil.

El origen fundamental de las acciones colectivas en Brasil se encuentra en la Constitución de la República de 1934, cuyo artículo 113, numeral 38, dispuso que cualquier ciudadano era parte legítima para demandar la declaración de nulidad o anulación de los actos lesivos al patrimonio de la Unión, de los Estados o de los municipios. Esta acción popular fue suprimida en 1937, pero fue reintroducida en 1946. Fue reglamentada en la ley 4.717, de 19 de junio de 1965. El artículo 5, fracción XXIII, de la Constitución de 1988 establece que cualquier ciudadano es parte legítima para proponer acción popular dirigida a anular actos lesivos al patrimonio público o de entidades en las que el estado participe, a la moralidad administrativa, al medio ambiente o al patrimonio histórico y cultural, quedando el actor exento de costas judiciales o de cargas en caso de sentencias desestimatoria, salvo mala fe comprobada.¹⁶³

¹⁶² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal", de la ponencia presentada en el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (sobre "La protección orgánica de la Constitución"), celebrado los días 2 y 3 de octubre de 2009 en el Teatro Amalia G. De Castillo Ledón, del Centro Cultural Tamaulipas en Ciudad Victoria. El presente trabajo constituye una actualización de la relatoría nacional de México que presentamos con motivo del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal, en el Centro di Studi Giuridici Latino Americano de la Univesidad Tor Vergata (Roma, 20-22, mayo 2004); teniendo presente otros trabajos publicados con anterioridad, especialmente, "El amparo colectivo en México", en Castro y Castro Juventino V. (coord.), Estudios en honor de Humberto Román Palacios, México, Porrúa 2005, pp.201-234 y "El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)", Libro Homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco, México, UNAM-IIJ, 2000, pp. 221-234; del acervo de la Biblioteca Juridica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>, pp. 55-56.

¹⁶³ CFR. GONCALVES DE CASTRO MENDES, A. *Acoes colectivas no direito comparado e nacional*, 2ª ed. Sao Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2009, p.190, en OVALLE FAVELA, José, Las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 154.

La Ley 7.347 , de 24 de julio de 1985, reguló lo que llamó la acción civil pública (por lo que esta Ley se le conoce como Ley de Acción Civil Pública), a través de la cual se demanda la responsabilidad por daños causados al medio ambiente, al consumidor y a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico o paisajístico. La regulación mas amplia y sistemática de las acciones colectivas es la que se introdujo en el Código de Defensa del Consumidor del 11 de septiembre de 1990.¹⁶⁴ El artículo 81 distingue tres tipos de intereses o derechos colectivos: los difusos, los colectivos y los individuales homogéneos. Son difusos, los interés o derechos “transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho” (fracción I). Son colectivos (en sentido estricto) los intereses “transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre si o con la parte contraria por una relación jurídica base” (fracción II). Barbosa Moreira señala que hay dos características comunes en los dos tipos de intereses o derechos: su transindividualidad y su naturaleza indivisible, características que significan que “los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, la lesión de la entera comunidad”¹⁶⁵; presuponiendo que la solución a los conflictos en los que se manifiesten estos tipos de interés o derechos, debe ser la misma para todas las personas que integran la comunidad. En ambos casos, tanto en los intereses o derechos difusos como en los colectivos, los intereses corresponden a una comunidad de personas, pero la diferencia consiste en que los intereses difusos pertenecen a una comunidad de personas indeterminadas, entre las cuales no existe una relación jurídica base, en tanto que en los intereses colectivos la comunidad de personas sí es determinada o determinable, en la medida que dichas personas constituyen un grupo, una categoría o una clase, y que además, existe una relación jurídica base entre esas personas, o entre estas y un tercero.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Ley Federal número 8.078. El anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor fue elaborado por una comisión coordinada por Ada Pelegrini, compuesta por Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Katzuo Watanabe y Zelmo Denari. Cfr. GONCALVES DE CASTRO MENDES, en OVALLE FAVELA, José, Las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 155.

¹⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, J.C. “La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)”, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, núm. 2 de 1992, p. 235, en OVALLE FAVELA, José, Las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 155.

¹⁶⁶ OVALLE FAVELA, José, Las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 156.

Frente a los intereses o derechos difusos y colectivos, el mismo artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor, define los intereses o derechos individuales homogéneos, como aquellos que siendo de carácter individual, tienen un “origen común” (fracción III). En este caso cada miembro del grupo es titular de un interés individual, divisible por naturaleza, tanto que cada uno puede presentar su propia demanda a título personal.¹⁶⁷

En otras ocasiones han afirmado que no existen diferencias esenciales entre los intereses colectivos y los intereses difusos. Ambos son transindividuales e indivisibles, como lo ha puntualizado la doctrina y la legislación brasileñas. Tanto los intereses o derechos difusos como los colectivos corresponden a una comunidad o colectividad de personas, pero la diferencia que se señala consiste en que los intereses difusos pertenecen a una comunidad de personas indeterminadas, entre las cuales no existe una relación jurídica base, en tanto que en los intereses colectivos la comunidad de personas sí es determinada o determinable, en la medida que dichas personas constituyen un grupo, una categoría o una clase, y que, además, existe una relación jurídica base entre esas personas, o entre éstas y un tercero. José Carlos Barbosa Moreira ha señalado con toda precisión, que los intereses colectivos en sentido amplio son intereses esencialmente colectivos, en tanto que los intereses individuales homogéneos son sólo intereses accidentalmente colectivos.¹⁶⁸

El código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica se inspiró por razones obvias en el Código Brasileño, pues fue elaborado por cuatro distinguidos procesalistas brasileños (Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antonio Gidi y Aluisio Goncalves de Castro Mendes). Aunque originalmente previa los tres tipos de intereses o derechos regulados en el CDC, en su versión más reciente concentra en una sola categoría los intereses o derechos colectivos y difusos, a los cuales designa con este último calificativo.

6.1.4. Colombia

En el derecho Colombiano los intereses colectivos y difusos se engloban dentro de los intereses colectivos, por lo que la distinción se hace entre estos y los intereses de grupo, que corresponden a los intereses homogéneos del derecho brasileño. El

¹⁶⁷ PELLEGRINI GRINOVER, A., “Significado sociale, político e giuridico della tutela degli interessi diffusi”, en *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 1 enero-febrero de 1999, p. 21, en OVALLE FAVELA, José, Las acciones colectivas, en *Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano*, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 156.

¹⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, J.C., “Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos”, en *Temas de direito procesual (terceira Serie)*, Sao Paulo, Saraiva, 1984, p. 196, en OVALLE FAVELA, José, Las acciones colectivas, en *Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano*, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 158

artículo 88 de la Constitución Política de Colombia de 1991 establece las bases para las acciones para la tutela de los intereses colectivos y la de los intereses de grupo, en los siguientes términos: *“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que definan en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.”* La Ley 472 del 6 de agosto de 1998 reglamenta el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo. Esta ley regula tanto las acciones populares a través de la cual se tutelan los derechos e intereses colectivos, como las acciones de grupo. En el artículo 2 de la Ley 472 de 1998 se definen las acciones populares en los siguientes términos: *“Acciones populares. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente; hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior.”* La primera finalidad tiene carácter preventivo; la segunda tiene una función suspensiva de los actos de peligro de violación de los intereses colectivos, o restituir restitución del derecho colectivo infringido.¹⁶⁹

Por otra parte, las acciones de grupo se definen en el artículo 3 de la Ley 472 de la siguiente manera: *“Acciones de grupo. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causas que originó perjuicios individuales para dichas personas. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.”* Por medio de las acciones de grupo, un conjunto de personas que hayan resentido perjuicios en condiciones uniformes respecto de una misma causa, puede demandar la satisfacción de sus intereses individuales para que les reconozca el perjuicio que cada una haya resentido (acción declarativa) y para que se les pague a cada una la indemnización que corresponde (acción de condena). Al igual que los derechos e intereses individuales homogéneos regulados en la legislación brasileña, los derechos e intereses de grupo son individuales y divisibles.¹⁷⁰

¹⁶⁹ OVALLE FAVELA, José, Las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 160.

¹⁷⁰ OVALLE FAVELA, José, Las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 161.

En términos generales, las acciones de grupo son el medio para “proteger intereses particulares de sectores específicos de la población”, como ha señalado la Corte Constitucional Colombiana.¹⁷¹

En el derecho colombiano la división se hace entre los derechos e intereses colectivos –en los que quedan incluidos los difusos- y los derechos e intereses de grupo, que corresponden a lo que en el derecho brasileño son los intereses individuales homogéneos. La distinción entre los intereses colectivos y los difusos tiene cierta relatividad, pues en ambos casos se trata intereses supraindividuales de naturaleza indivisible. De acuerdo con lo que dispone el artículo 46 de la Ley 472 de 1998, el ejercicio de las acciones de grupo requiere que el grupo en cuyo nombre se actúe esté integrado cuando menos por 20 personas, y que éstas reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales. El Consejo de Estado había sostenido que la acción de grupo no está prevista para todos los casos en que un grupo superior a veinte personas hubiese sufrido un daño, sino que sólo era procedente para aquellos casos en que se demostrará que el grupo estaba conformado, de hecho o de derecho, antes del evento dañoso y persistía luego del mismo. Era la tesis de la preexistencia del grupo.¹⁷²

Sin embargo, las sentencias C-1062/00 y C-569/04 de la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad de la Ley 472 de 1998, suprimió la tesis del grupo preexistente, lo que ha traído como consecuencia que ahora se considere que el único requisito de procedencia de esta acción es la existencia de veinte víctimas de un mismo daño.¹⁷³

A pesar de la interpretación de la Corte Constitucional, Martín Bermúdez advierte que el artículo 46 de la Ley 472 de 1998 dispone, en la parte no declarada inexecutable por la Corte, que los miembros del grupo deben reunir condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para tales personas, por lo que estas condiciones uniformes se actualizan cuando la causa que originó perjuicios individuales haya afectado de manera similar o uniforme a las personas que integran al grupo afectado. Para José Ovalle Favela, las condiciones uniformes a que se refiere

¹⁷¹ PARRA QUIJANO, J. “Algunas reflexiones sobre la Ley 472 de 1998 conocida en Colombia con el nombre de acciones populares y acciones de grupo”, OVALLE FAVELA, J. (Coordinador) p. 122 en OVALLE FAVELA, José, Las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 160.

¹⁷² BERMÚDEZ MUÑOZ, M. La acción de grupo: normativa y aplicación en Colombia, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 6, en OVALLE FAVELA, José, Las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 162.

¹⁷³ BERMÚDEZ MUÑOZ, M. La acción de grupo: normativa y aplicación en Colombia, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 6, en OVALLE FAVELA, José, Las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 162.

la ley colombiana corresponden a la homogeneidad de los derechos establecida como requisito en el derecho comparado, en donde se precisa que este es un requisito distinto y adicional al origen común del derecho reclamado.¹⁷⁴

6.1.5. España

La Constitución Española vigente de 1978 en su artículo 24 (que corresponde a nuestros artículos 14 y 16 constitucionales) introduce el interés legítimo. Asimismo, específicamente por lo que hace al amparo, señala que están legitimados para interponerlo “toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal” (artículo 162.1). Conforme a este interés legítimo que regula el amparo español, se faculta a todas aquellas personas que sin ser titulares del derecho fundamental o libertad pública lesionados por la actuación de cualquiera de los poderes públicos (es decir, sin ser titular de un derecho subjetivo) tienen, sin embargo, un interés en que la violación del derecho o libertad sea reparado. En principio, conforme a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se reconoce un interés directo como situación jurídica sustancial legitimante para el ejercicio de la acción procesal administrativa, lo que implica la individualización del interés en una persona concreta y determinada como fundamento de la legitimación. Sin embargo se ha cuestionado ese tipo de interés para otorgarle una dimensión más amplia y acorde al principio constitucional de acceso a la justicia. Así, el interés legítimo previsto en el dispositivo constitucional español abre las puertas a intereses de naturaleza social o colectiva; sin embargo, el hecho de pertenecer a muchos, el interés no tiene por que dejar de ser individual. Resulta ilustrativa la interpretación que al respecto ha realizado el Tribunal Constitucional español al resolver el recurso de amparo 47/1990, que en la parte medular señala: *“El interés legítimo a que se alude en el artículo 162.1, b) de la Constitución es un concepto más amplio que el de interés directo, y por tanto, de mayor alcance que el de derecho subjetivo afectado o conculcado por el acto o disposición objeto del recurso, siendo evidente que en el concepto de interés legítimo hay que entender incluido el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores, del que puede ser titular no solo cada uno de ellos individualmente considerados, sino también cualquier asociación o entidad que haya asumido estatariamente esos mismos fines...”*. En este sentido, tendrán legitimación activa las personas morales (jurídicas) o las asociaciones para acudir a la vía del amparo a favor de alguno de sus miembros, o viceversa, uno de ellos podrá promover para defender un derecho del grupo. Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español en múltiples sentencias, considerando que dichas entidades colectivas –incluso sin

¹⁷⁴ OVALLE FAVELA, J. , “Las acciones colectivas en el derecho mexicano”, Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, México, núm. 2 diciembre de 2006, pp. 71-94, en OVALLE FAVELA, José, Las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 163.

personalidad jurídica, como por ejemplo ciertos grupos étnicos, sociales o religiosos- “están imbricados con los de las personas que lo integran” (R.A. 180/1988, del 11 de octubre). En vía de ejemplo, dicho órgano constitucional ha sostenido que: a) el derecho a la libertad de la acción sindical corresponde no sólo a los miembros de los sindicatos, sino a los propios sindicatos; b) el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos lo pueden ejercer los partidos políticos; c) el derecho de asociación lo pueden ejercer no solo los individuos que se asociación, sino también las asociaciones ya constituidas; d) el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponde tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales, y e) se otorga también legitimación a un miembro de un grupo étnico o social determinado, cuando la defensa se dirija contra todo el colectivo. A manera de conclusión de este repaso de la experiencia española, que como ya se dijo pareciera tomarse como modelo para introducir el interés legítimo en el proyecto de la nueva ley de amparo, se aprecia que el recurso de amparo en ese país se ha convertido en un medio de control constitucional que va mas allá del ámbito estricto del “ser humano” como tal, velado también por aquellos intereses supraindividuales o de grupo (difusos y colectivos), y que difiere del amparo social y en materia agraria o laboral, debido a que en éste se refieren a grupos organizados; en cambio, en aquellos normalmente repercute en agrupaciones o sectores desorganizados, cuyos miembros se desconocen entre si, al no existir vínculo jurídico, sino situaciones contingentes o accidentales, y donde quienes los forman pueden entrar y salir del grupo o desubicarse en cualquier momento.¹⁷⁵

¹⁷⁵ FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. pp. 80-82

7. Acciones Colectivas

7.1 Evolución en México.

Hasta antes del 29 de julio de 2010, en México las acciones colectivas se habían manifestado en ramas muy específicas del derecho: a) proceso del trabajo, como acciones de los sindicatos, de la coalición de la mayoría de los trabajadores y de los patronos para crear o modificar condiciones generales de trabajo, con fundamento en las leyes federales del trabajo de 1931 y 1969; y b) en el proceso agrario, como acciones de los núcleos de población ejidal y comunal para reclamar el amparo en contra de actos de autoridad que les privaran de sus derechos colectivos, en términos de la reforma de 1962 al artículo 107 constitucional, y de 1963 a la Ley de Amparo. En la Ley Federal de Protección al Consumidor publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992 se contemplaron las acciones de grupo, como acciones promovidas por la Procuraduría Federal del Consumidor, a nombre de los consumidores afectados por hechos ilícitos de proveedores, para declarar que uno o varios proveedores han ocasionado daños y perjuicios a los consumidores, los condene a repararlos. Era una acción parecida a las acciones de grupo de la legislación colombiana, pero para la que solo se otorgaba legitimación a la Procuraduría Federal del Consumidor.¹⁷⁶

En el Diario Oficial de la Federación del 29 de julio de 2010 se publicó el decreto por el que se adicionó un párrafo tercero al artículo 17 de la Constitución Política, para regular las acciones colectivas en los siguientes términos: *“El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.”* Las acciones colectivas fueron objeto del decreto de reformas y adiciones al Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 30 de agosto de 2011.

¹⁷⁶ OVALLE FAVELA, J., “Las acciones colectivas en el derecho mexicano”, Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, México, núm. 2, diciembre de 2006, pp. 71-94, OVALLE FAVELA, José, Las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 163.

7.2. Definición

7.2.1. Doctrina:

Según Jean Claude Tron Petit, las acciones colectivas se entienden como un medio que se establece para reparar un daño o inconveniente, garantizar se cumplan los derechos, pero también la medida correctiva para solucionar la violación a lo que se denomina derechos o intereses colectivos. En varios países se consideran como acciones colectivas las pertinentes para hacer valer los auténticos derechos colectivos (supraindividuales e indivisibles) pero también para acumular en un solo proceso múltiples reclamos, sino es que masivos, de derechos individuales homogéneos o análogos. Gidi las define como “una acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)”. En consecuencia, los elementos esenciales de una acción colectiva son la existencia de un representante, la protección de un derecho de grupo y el efecto de la cosa juzgada. La justificación o razón de ser de esta especial configuración de acciones o medios para solucionar los conflictos esta en el principio *ubis ius ibi remedium*, donde hay derecho hay acción. A contrario sensu, sino hay acción efectiva, remedial que realmente restituya, no hay derecho, son solo buenos deseos del legislador o del operador.¹⁷⁷

Otra interesante definición es la Carballo que señala que una “acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece al grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)”.¹⁷⁸

ii. Ley:

En la exposición de motivos de las reformas al Código Federal de Procedimientos Civiles, se estimó procedente dar lugar a tres tipos de acciones diferentes:

- i) acción difusa, que se conceptualiza como aquella de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin

¹⁷⁷ TRON PETIT, Jean Claude, ¿Qué hay de los intereses colectivos y su régimen probatorio?, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 47.

¹⁷⁸ OVALLE FAVELA, José, Las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 56.

que necesariamente exista un vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el demandado.

- ii) Acción colectiva en sentido estricto, misma que se entiende como aquella de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño consistente en la realización de una o mas acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado.
- iii) Acción individual homogénea, definida como aquella de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable. Finalmente, se juzgo procedente que la acción colectiva que sea promovida podrá tener por objeto pretensiones declarativas, constitutivas o de condena.¹⁷⁹

En el Código Federal de Procedimientos Civiles se prevé que la acción colectiva se pueda ejercer para la tutela de las pretensiones cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas, así como para la defensa de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas (artículo 579). El Código limita el ejercicio de las acciones colectivas a las relaciones de consumo de bienes o servicios y al medio ambiente (artículo 578), lo cual parece contrario a lo previsto en los artículos 25 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que conminan a tener medios de impugnación para salvaguardar todo tipo de derechos. En ese ordenamiento las acciones colectivas se clasifican en difusas, colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, siguiendo en buena medida al modelo de la legislación brasileña (artículo 581). Por un lado, a los derechos e intereses difusos y colectivos se les regula conjuntamente como aquellos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes. Pero la acción difusa y la acción colectiva en sentido estricto se reglamentan por separado. A la acción difusa la define como “aquella de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaban antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el

¹⁷⁹ TRON PETIT, Jean Claude, ¿Qué hay de los intereses colectivos y su régimen probatorio?, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, pp. 57-58.

demandado” (artículo 581, fracción I). A la acción colectiva en sentido estricto la define como “aquella de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño causado consistente en la realización de una o mas acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado” (artículo 581, fracción II). Por último la acción individual homogénea la define como “aquella de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable” (artículo 581, fracción III).¹⁸⁰

¹⁸⁰ OVALLE FAVELA, José, Las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, pp. 163-166.

8. Antecedentes de la nueva ley de amparo en México.

8.1 Historia

En México hemos vivido durante muchos años en un sistema político autoritario. El poder ejecutivo ejercía facultades extralegales que no eran controladas ni limitadas eficazmente ni por el poder legislativo ni por el judicial. Nuestro sistema de protección de derechos ha sido un sistema relativamente eficiente para proteger ciertos derechos, los contractuales del Código civil y otros códigos mercantiles, pero muy deficiente para una protección integral y amplia del resto de los derechos fundamentales. Un sistema de administración de justicia tiene entre sus funciones primordiales la protección de derechos, no sólo de los derechos fundamentales de las personas y de los ciudadanos reconocidos de manera explícita o implícita en nuestra Constitución, sino también de una serie de derechos reconocidos por leyes ordinarias y por tratados internacionales. La protección de los derechos en un sistema democrático se vuelve una cuestión esencial, uno de los pilares más importantes de una democracia. El desarrollo y consolidación de un sistema democrático le reserva a la administración de justicia un papel fundamental en este proceso, no solo una función de árbitro o de control, sino una función de promoción de la protección de los derechos. Esta protección no puede, pues, seguir limitada por consideraciones o interpretaciones restringidas por parte de los jueces que afecten al acceso de las personas a un juicio justo cuando consideren que se han vulnerado sus derechos. La defensa de los derechos en México, y supongo que en otros países latinoamericanos, ha sido y es todavía bastante limitada. Siguiendo lo expuesto por Cruz Parceró, me parece que aclarando algunos de los presupuestos y malentendidos que existen, puede ayudar a resolver algunos de los problemas de la protección de los derechos, sobre todo un problema conceptual y procesal. El desconocimiento o falta de dominio de la teorías jurídicas contemporáneas, la falta de una aproximación crítica a ellas y la creencia de que la teoría jurídica no influye en la práctica judicial, son algunos de los problemas que padece nuestro sistema de administración de justicia. Me he referido a la concepción del interés jurídico que se tiene de las nociones de derecho subjetivo y de interés jurídico, misma que se ve plasmada en criterios jurisprudenciales y doctrinales, y que, a su vez, son reflejo del mal manejo de las teorías jurídicas. A través de la comprensión de las teorías relacionadas con el concepto de derecho subjetivo y la teoría del interés, es que el poder judicial, a través de una serie de definiciones, ha conformado una visión estrecha y confusa de lo que son los derechos, que repercute de modo directo en la protección que se les dispensa. Cuando a una persona se le vulnera algún derecho por parte de la autoridad, nuestras leyes prevén que los agraviados puedan inconformarse a través de distintos recursos jurídicos, el importante de estos es el Juicio de Amparo. Tradicionalmente se ha entendido al amparo como una garantía constitucional de protección de los derechos fundamentales. Esta aseveración es cierta. Sin embargo, en los últimos años existe un interesante debate sobre la “objetivación” de este medio de control.¹⁸¹

¹⁸¹ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de los derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 175-178.

Esta dualidad en la finalidad del amparo para la protección de derechos subjetivos y para la salvaguarda del derecho objetivo adquiere una especial relevancia cuando a través del amparo se pueden impugnar normas generales y sus sentencias pueden tener efectos erga omnes. Así, el “amparo colectivo”, en determinados supuestos, puede constituir una vía para depurar el ordenamiento jurídico mas allá de proteger derechos y libertades fundamentales. Y de ahí de incluir que con independencia del amparo soberanía previsto, se pueda tutelar la parte orgánica de la Constitución. El juicio de amparo mexicano puede representar un eficaz instrumento para la protección jurisdiccional de los derechos o intereses difusos y colectivos cuando la afectación derive de un acto de autoridad (o incluso de particulares). Con la reforma legislativa de 1963 se dio un avance al transitar del amparo individualista al amparo social, al otorgar legitimación a los núcleos de población ejidal o comunal. Sin embargo sus alcances resultan limitados sin que exista propiamente un proceso colectivo, por lo que debemos dar un paso mas significativo y transitar ahora hacia un verdadero y definitivo amparo colectivo. Este amparo colectivo significa romper con la centenaria formula Otero o principio de relatividad de las sentencias de amparo.¹⁸²

Como lo sostiene la doctrina española, la fórmula constitucional de interés legítimo (artículos 24.1 y 162.1 b) representa la puerta por la que acceden al proceso (ordinario o de amparo constitucional) este tipo de intereses de naturaleza social o colectiva;¹⁸³ es decir todo interés individual o social tutelado por el derecho indirectamente, con ocasión de la protección del interés general, y no configurado como derecho subjetivo, puede calificarse como interés legítimo y, por tanto, toda disposición o acto que incida en el ámbito de un interés legítimo puede ser impugnada

¹⁸² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal”, de la ponencia presentada en el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (sobre “La protección orgánica de la Constitución”), celebrado los días 2 y 3 de octubre de 2009 en el Teatro Amalia G. De Castillo Ledón, del Centro Cultural Tamaulipas en Ciudad Victoria. El presente trabajo constituye una actualización de la relatoría nacional de México que presentamos con motivo del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal, en el Centro di Studi Giuridici Latino Americano de la Universidad Tor Vergata (Roma, 20-22, mayo 2004); teniendo presente otros trabajos publicados con anterioridad, especialmente, “El amparo colectivo en México”, en Castro y Castro Juventino V. (coord.), Estudios en honor de Humberto Román Palacios, México, Porrúa 2005, pp.201-234 y “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)”, Libro Homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco, México, UNAM-IIJ, 2000, pp. 221-234; del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>, pp. 48-50.

¹⁸³ CORDÓN MORENO, Faustino “El proceso de amparo constitucional” Editorial La Ley, Madrid, 1992, p. 130

por su titular, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución española, con independencia de que le ocasione de forma directa un beneficio o un perjuicio.¹⁸⁴

Se desarrolló esencialmente en el derecho administrativo italiano, aunque se ha extendido a muchos países europeos. En términos generales, este tipo de interés lo tiene: *“cualquier persona, pública o privada (moral), reconociendo y protegido por el ordenamiento jurídico. Desde un punto de vista más estricto, como concepto técnico y operativo, el interés legítimo es una situación jurídica activa que se ostenta por relación a la actuación de un tercero y que no supone, a diferencia del derecho subjetivo, una obligación correlativa de dar, hacer o no hacer exigible el respeto del ordenamiento jurídico y, en su caso, de exigir una reparación de los perjuicios antijurídicos que de esa actuación le deriven. En otras palabras, existe interés legítimo, en concreto en el derecho administrativo, cuando una conducta administrativa determinada es susceptible de causar un perjuicio o generar un beneficio en la situación fáctica del interesado, tutelada por el Derecho, siendo así que este no tienen un derecho subjetivo a impedir esa conducta o a imponer otra distinta, pero si a exigir de la Administración y a reclamar de los tribunales la observancia de las normas jurídicas cuya infracción pueda perjudicarle. En tal caso, el titular del interés está legitimado para intervenir en el procedimiento administrativo correspondiente y para recurrir o actuar con parte en los procesos judiciales relacionados con el mismo, al objeto de defender esa situación de interés.”*¹⁸⁵

En México queda todavía una magna tarea en el ámbito legislativo. Y más aún en la interpretación de los jueces, que ante falta de regulación expresa son contados los que han abierto el paso franco al acceso a la justicia de estos nuevos derechos o intereses. Los conceptos de agravio personal y directo, así como los efectos de la sentencia al caso particular han regido el juicio de amparo mexicano desde el siglo XIX. En 1999 se adicionó un párrafo quinto al artículo 4º constitucional, que dice: “ Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar” (lo cual implica el derecho a una calidad de vida y el derecho al medio ambiente, relacionados directamente con los intereses difusos y colectivos), y que al comprenderse dentro de las garantías individuales pueden ser objeto del juicio de amparo. El problema sin embargo radica en las tradicionales formas de legitimación, en la que la representación adecuada y en los efectos de la sentencia protectora, que siempre debe versar sobre el caso particular. El historiador y jurista Lucio Cabrera Acevedo en su libro *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos* (México, Porrúa, 2000), ilustra que de 1868^a a 1882 se promovieron demandas de amparo a nombre propio y de un número indeterminado de personas, sobre todo para proteger derechos o intereses de las comunidades indígenas o de una

¹⁸⁴ ALMAGRO NOSETE, José, “Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo”, en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, t. I, Madrid, Dirección General de lo Contencioso del Estado-Instituto de Estudios Fiscales 1981, p. 403.

¹⁸⁵ SANCHEZ, MORON, Miguel, “Interés legítimo”, *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, Madrid Civitas, 1995, p. 3661.

población, y se otorgo el amparo con efectos generales. Sin embargo, el carácter individualista del amparo a partir de 1883 fortaleció y consolidó el principio de la relatividad de las sentencias de amparo, que ha prevalecido hasta la reforma. En otro trabajo, el mismo autor sostiene que la existencia de ejecutorias de la Suprema Corte entre los años 1867 y 1876 que protegían intereses colectivos mediante la sustitución a la autoridad administrativa y la ampliación de la legitimación procesal de los quejosos.¹⁸⁶ Es en la primera Época del seminario Judicial de la Federación donde se encuentran varios casos de protección a intereses de tipo urbanístico, estético e incluso de simple comodidad, ya que el interés jurídico en su acepción estricta como derecho subjetivo no es consustancial al juicio de amparo, y de ahí que en el siglo XIX la Suprema Corte tenía una concepción amplia de la legitimación.¹⁸⁷

¹⁸⁶ CABRERA ACEVEDO, Lucio, “La tutela de los intereses colectivos o difusos”, XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, México, UNAM, 1993, pp. 224-226, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal”, de la ponencia presentada en el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (sobre “La protección orgánica de la Constitución”), celebrado los días 2 y 3 de octubre de 2009 en el Teatro Amalia G. De Castillo Ledón, del Centro Cultural Tamaulipas en Ciudad Victoria. El presente trabajo constituye una actualización de la relatoría nacional de México que presentamos con motivo del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal, en el Centro di Studi Giuridici Latino Americano de la Universidad Tor Vergata (Roma, 20-22, mayo 2004); teniendo presente otros trabajos publicados con anterioridad, especialmente, “El amparo colectivo en México”, en Castro y Castro Juventino V. (coord.), Estudios en honor de Humberto Román Palacios, México, Porrúa 2005, pp.201-234 y “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)”, Libro Homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco, México, UNAM-III, 2000, pp. 221-234; del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>, p. 63.

¹⁸⁷ ZALDIVAR LELO DE LA REA, Arturo, Hacia una nueva Ley de Amparo, México, UNAM-III, 2002, pp. 41-42, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal”, de la ponencia presentada en el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (sobre “La protección orgánica de la Constitución”), celebrado los días 2 y 3 de octubre de 2009 en el Teatro Amalia G. De Castillo Ledón, del Centro Cultural Tamaulipas en Ciudad Victoria. El presente trabajo constituye una actualización de la relatoría nacional de México que presentamos con motivo del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal, en el Centro di Studi Giuridici Latino Americano de la Universidad Tor Vergata (Roma, 20-22, mayo 2004); teniendo presente otros trabajos publicados con anterioridad, especialmente, “El amparo colectivo en México”, en Castro y Castro Juventino V. (coord.), Estudios en honor de Humberto Román Palacios, México, Porrúa 2005, pp.201-234 y “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)”, Libro Homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco, México, UNAM-III, 2000, pp. 221-234; del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>, p. 63.

Sin embargo, en 1972, nuestro mas alto tribunal negó el amparo (R.A. 2747/69, ministro: Abel Huitrón y secretario: Genaro David Góngora Pimentel) solicitado por un club campestre, en el que los propietarios de varios terrenos en la ciudad de Monterrey reclamaron la licencia otorgada por el gobierno del estado para construir un cementerio en los linderos de sus predios, alegando que recibirían perjuicios económicos en su salud y de toda índole, “pues a nadie le gusta vivir cerca de un panteón”. La Suprema Corte resolvió por unanimidad de votos que este tipo de interés no tiene tutela jurídica, y que los problemas urbanísticos, estéticos, sanitarios y de comodidad que plantearon los quejosos carecían de interés protegido por la ley para impedir que sus propiedades fueran colindantes de un panteón, por lo que estos problemas quedaban dentro de la esfera soberana de la autoridad administrativa y los tribunales federales no podían asumir las atribuciones de ésta. La parte medular de la ejecutoria sostuvo:

...La ley no faculta al Poder Judicial de la Federación para obligar a la autoridad a cumplir con reglas urbanísticas y sanitarias... (ni tampoco) para conocer de los problemas estéticos, las dificultades prácticas, las razones de conveniencia de la autoridades administrativas locales y pronunciar un fallo supremo que decida sobre los aspectos que no deben pasarse por alto al establecer un cementerio. Esto es mucho mas que impartir justicia, por que es administrar...

En época mas reciente, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (D.F.) al otorgar la suspensión al amparo 1081/80 en el que la quejosa era la asociación de la colonia denominada Fuentes del Pedregal se sostuvo lo siguiente: 1. Que el quejoso tiene interés jurídico; 2. Considerar como actos reclamados a las autoridades gubernamentales de la ciudad de México en materias relativas al ambiente urbano; 3. Que no se afecta el interés público al conceder la suspensión, y 4. Que un particular puede ser la persona adecuada para representar intereses colectivos o difusos.¹⁸⁸ En la parte medular de la ejecutoria se dijo:

¹⁸⁸ GONGORA PIMENTEL, Genaro, La suspensión en materia administrativa, 4ª, ed., México Porrúa, 1998, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal”, de la ponencia presentada en el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (sobre “La protección orgánica de la Constitución”), celebrado los días 2 y 3 de octubre de 2009 en el Teatro Amalia G. De Castillo Ledón, del Centro Cultural Tamaulipas en Ciudad Victoria. El presente trabajo constituye una actualización de la relatoría nacional de México que presentamos con motivo del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal, en el Centro di Studi Giuridici Latino Americano de la Universidad Tor Vergata (Roma, 20-22, mayo 2004); teniendo presente otros trabajos publicados con anterioridad, especialmente, “El amparo colectivo en México”, en Castro y Castro Juventino V. (coord.), Estudios en honor de Humberto Román Palacios, México, Porrúa 2005, pp.201-234 y “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)”, Libro Homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco, México,

Los vecinos de una colonia o cualquiera de ellos, tienen interés en el aspecto urbano, estético, de jardines, etc. De su colonia, pues no podrían decirse – pues la Constitución no lo dice- que la capital de la república es propiedad de los gobernantes en turno para el efecto de alterar el aspecto urbano, o suprimir parques y zonas verdes, o modificar el aspecto estético y urbanístico a su gusto, sin voz ni voto de los habitantes de la misma... – y continua diciendo esta ejecutoria- sería ilógico sostener que quien vive en una colonia carece de interés en el aspecto urbano de la misma, y en las áreas verdes y zonas públicas, siendo así que tales cosas afectan individualmente el valor económico y estético del lugar en que escogieron vivir. No podría decirse que los habitantes son incapaces que deban quedar sujetos a la urgencia pretendida o real en ejecutar obras en la ciudad...¹⁸⁹

En términos similares también se concedió la suspensión en el amparo 264/80, en el que el acto reclamado era una licencia dada por el gobierno de la ciudad de México para construir un edificio de oficinas comerciales o de servicios en un área residencial o zona de casa habitación.¹⁹⁰

UNAM-III, 2000, pp. 221-234; del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>, p. 64.

¹⁸⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal”, de la ponencia presentada en el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (sobre “La protección orgánica de la Constitución”), celebrado los días 2 y 3 de octubre de 2009 en el Teatro Amalia G. De Castillo Ledón, del Centro Cultural Tamaulipas en Ciudad Victoria. El presente trabajo constituye una actualización de la relatoría nacional de México que presentamos con motivo del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal, en el Centro di Studi Giuridici Latino Americano de la Universidad Tor Vergata (Roma, 20-22, mayo 2004); teniendo presente otros trabajos publicados con anterioridad, especialmente, “El amparo colectivo en México”, en Castro y Castro Juventino V. (coord.), Estudios en honor de Humberto Román Palacios, México, Porrúa 2005, pp.201-234 y “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)”, Libro Homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco, México, UNAM-III, 2000, pp. 221-234; del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>, pp. 64 -65.

¹⁹⁰ CABRERA ACEVEDO, Lucio. “ La protección de intereses difusos y colectivos en el litigio civil en México”, Revista de la Facultad de Derechos de la UNAM, núms. 127-128-129, así como “La tutela de los intereses colectivos o difusos”, pp. 226-228, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal”, de la ponencia presentada en el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (sobre “La protección orgánica de la Constitución”), celebrado los días 2 y 3 de octubre de 2009 en el Teatro Amalia G. De Castillo Ledón, del Centro Cultural Tamaulipas en Ciudad Victoria. El presente trabajo constituye una

Zaldívar señala que en realidad con la identificación del interés jurídico con el derecho subjetivo viene a ser una forma de privilegiar las actuaciones de los órganos del Estado frente a los particulares, sencillamente por la dificultad de éstos de hacer valer medios de impugnación. Es decir, si se parte de ciertos niveles de identificación entre la autoridad emisora del acto que se va a reclamar y aquella que tiene a su cargo revisar su constitucionalidad, resulta mas sencillo para la segunda cumplir con su función si la posibilidad de acceder al juicio de control deriva de la forma como la autoridad emisora de la norma o acto a combatir haya definido el derecho del ciudadano.¹⁹¹

La Segunda Sala de la Suprema Corte, en el expediente varios 1/1996 resolvió el 13 de septiembre de 1996, por mayoría de cuatro votos, no ejercitar su facultad de atracción para conocer de un amparo en grado de revisión (de competencia originaria de un tribunal colegiado de circuito) promovido por un particular a nombre propio y en representación de una asociación civil. El juez de distrito que conoció en primera instancia resolvió sobreseer en el juicio por falta de interés jurídico de la promovente. El criterio mayoritario para no ejercitar la atracción del asunto consistió en estimar que no es de importancia y trascendencia resolver si la quejosa, como asociación civil

actualización de la relatoría nacional de México que presentamos con motivo del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal, en el Centro di Studi Giuridici Latino Americano de la Universidad Tor Vergata (Roma, 20-22, mayo 2004); teniendo presente otros trabajos publicados con anterioridad, especialmente, “El amparo colectivo en México”, en Castro y Castro Juventino V. (coord.), Estudios en honor de Humberto Román Palacios, México, Porrúa 2005, pp.201-234 y “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)”, Libro Homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco, México, UNAM-IIJ, 2000, pp. 221-234; del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>, p. 65.

¹⁹¹ ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo, Hacia una nueva Ley de Amparo, pp. 46 y 47, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal”, de la ponencia presentada en el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (sobre “La protección orgánica de la Constitución”), celebrado los días 2 y 3 de octubre de 2009 en el Teatro Amalia G. De Castillo Ledón, del Centro Cultural Tamaulipas en Ciudad Victoria. El presente trabajo constituye una actualización de la relatoría nacional de México que presentamos con motivo del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal, en el Centro di Studi Giuridici Latino Americano de la Universidad Tor Vergata (Roma, 20-22, mayo 2004); teniendo presente otros trabajos publicados con anterioridad, especialmente, “El amparo colectivo en México”, en Castro y Castro Juventino V. (coord.), Estudios en honor de Humberto Román Palacios, México, Porrúa 2005, pp.201-234 y “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)”, Libro Homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco, México, UNAM-IIJ, 2000, pp. 221-234; del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>, p. 65.

constituida para la preservación del medio ambiente, tiene legitimación, ya que tal análisis atañe a lo que debe entenderse por interés jurídico para efectos del amparo concepto sobre el cual se ha pronunciado en forma repetida y usual los tribunales federales, existiendo abundantes precedentes y tesis jurisprudenciales. En el voto particular del Ministro Góngora Pimentel en el que estima la necesidad de atraer el asunto por ser un caso de trascendencia en el orden jurídico, por tratarse del análisis de la legitimación de la quejosa como organización no gubernamental para impugnar un acto administrativo de carácter general y obligatorio emitido por una secretaria de Estado. Se sostiene en este voto que se justifica conocer el asunto para analizar si por el principio de relatividad de las sentencias de amparo es procedente o no el juicio de amparo, cuando existe un acuerdo trilateral suscrito por el Estado Mexicano con Canadá y los Estados Unidos de Norteamérica,¹⁹² donde diversos preceptos imponen la obligación a las partes contratantes, de otorgar participación a la sociedad en general, en la aplicación de las normas ambientales e, incluso, que deben proveer o implantar recursos o medios jurídicos para que los interesados tengan acceso en la aplicación y regulación de esa materia del medio ambiente.¹⁹³

El tribunal pleno de la Suprema Corte resolvió por unanimidad de votos los amparos en revisión 2240/96 y 2854/96, al conceder el amparo a las empresas quejas (Bacardí y Compañía S.A. de C.V. e Industrias Alimenticias de Zacatecas S.A. de C.V.), al estimar que el artículo 282, fracción I, de la Ley Federal de Derechos, vigente en 1996, viola la garantía de legalidad tributaria “al dejar a la Comisión Nacional de Agua la valoración de los elementos, circunstancias y factores que han de concurrir para que

¹⁹² Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte entre el gobierno de México, el de Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos de América, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 21 de diciembre de 1993, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal”, de la ponencia presentada en el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (sobre “La protección orgánica de la Constitución”), celebrado los días 2 y 3 de octubre de 2009 en el Teatro Amalia G. De Castillo Ledón, del Centro Cultural Tamaulipas en Ciudad Victoria. El presente trabajo constituye una actualización de la relatoría nacional de México que presentamos con motivo del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal, en el Centro di Studi Giuridici Latino Americano de la Universidad Tor Vergata (Roma, 20-22, mayo 2004); teniendo presente otros trabajos publicados con anterioridad, especialmente, “El amparo colectivo en México”, en Castro y Castro Juventino V. (coord.), Estudios en honor de Humberto Román Palacios, México, Porrúa 2005, pp.201-234 y “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)”, Libro Homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco, México, UNAM-IIJ, 2000, pp. 221-234; del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>, p. 67.

¹⁹³ GONGORA PIMENTEL, Genaro, El Derecho que tenemos: la justicia que esperamos, , Editorial Laguna, México, 2000: “Concepto de interés y trascendencia para el ejercicio de la facultad de atracción. El caso de los Cien A.C.” pp. 451-509.

determinados sujetos logren la exención en el pago del derecho correspondiente”.¹⁹⁴ En este asunto, el Ministro Góngora señala, para los efectos que en este trabajo nos interesan, que el ambiente es un bien común y que el deber de preservarlo corresponde a todos, como manifestación indispensable de la solidaridad colectiva.

Al entrar al estudio del contenido de la ley, uno de los cambios mas importantes es el relacionado con el objeto de protección del juicio de amparo. Como fue referido en párrafos anteriores en la Constitución General de 1857 y en lo sustancial fueron retomadas en la de 1917. Sin embargo, en el plano internacional, la visión protectora de los derechos fundamentales ha ido mas allá de la protección de los derechos y principios consagrados en las constituciones propias de los Estados y ha previsto la tutela del contenido previsto por diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Según las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores, en relación con la reforma a los artículos 103, 104, 107 y 112 de la Constitución, citados en la Exposición de Motivos de la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la ley de amparo, se apuntan lo siguiente:

“Se pretende en consecuencia, afines a la lógica internacional que ha extendido el espectro de protección en materia de derechos humanos y dada la necesidad de constituir al juicio de amparo en un medio mas eficiente de control de las actuaciones de las autoridades, ampliar el marco de protección de ese proceso extendiendo la materia del control. La solución que se propuso es en el sentido de que mediante el juicio de amparo se protejan de manera directa, además de las garantías que actualmente prevé nuestra Constitución, los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano. De esta forma, se establece que los tribunales federales serán los encargados de resolver cualquier controversia relativa a la trasgresión de los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por nuestra Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. “

El texto constitucional establece claramente la materia de control por parte de los tribunales de la Federación dentro juicio de amparo, es decir , normas generales, actos de autoridad y omisiones de éstas mismas cuando violen las referidas garantías y derechos humanos reconocidos por nuestra Carta Magna y es por ello que se incorporó en el artículo 1 de la Ley de Amparo, una disposición espejo de la norma constitucional. Por la trascendencia de esta norma, el juicio de amparo se transformó

¹⁹⁴ GONGORA PIMENTEL, Genaro, El Derecho que tenemos: la justicia que esperamos, “La inconstitucionalidad de los derechos por la descarga de aguas contaminadas”, Editorial Laguna, México, 2000, pp. 435-449.

de fono y no sólo en cuanto a su denominación como “juicio de garantías”. Con esto se posiciona de nuevo en la ruta protectora de los derechos fundamentales.¹⁹⁵

8.2 Breve relato sobre la evolución del interés legítimo en México

Desde la entrada en vigor de la Ley de Amparo anterior y hasta que fue derogada, en nuestro país ha regido la regla que establece que para el inicio del juicio de amparo es necesaria la existencia de un interés jurídico identificado con el derecho subjetivo. Como consecuencia de lo anterior, ahora el contexto social es heterogéneo y cuenta con multiplicidad de demandas que requieren ser atendidas. En estas condiciones nuevas, es insostenible exigir un interés jurídico para acudir al juicio de amparo, pues se corre el riesgo de negar o impedir el acceso a la justicia a reclamos con sustento. En consonancia con la realidad política y social del país, se vuelve indispensable explorar un sistema que permita abrir nueva posibilidades de impugnación. La institución que se pretende regular en el cuerpo de la ley, según lo dispuesto en la exposición de motivos de la iniciativa con proyecto de decreto de Ley de Amparo, es el interés legítimo.¹⁹⁶

¹⁹⁵ INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE LA LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Y SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, LEY ÓRGANICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL, LEY ÓRGANICA DEL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LEY ÓRGANICA DE LA PROCURADuría GENERAL DE LA REPÚBLICA, Salón de Sesiones de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, México, Distrito Federal, a 15 de febrero de 2011, http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2011/02/asun_2735356_20110215_1297791384.pdf, Exposición de motivos.

¹⁹⁶ INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE LA LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Y SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, LEY ÓRGANICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL, LEY ÓRGANICA DEL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LEY ÓRGANICA DE LA PROCURADuría GENERAL DE LA REPÚBLICA, Salón de Sesiones de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, México, Distrito Federal, a 15 de febrero de 2011, http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2011/02/asun_2735356_20110215_1297791384.pdf, Exposición de motivos.

La reforma al artículo 107 constitucional y a la Ley de Amparo, para ampliar la legitimación activa del quejoso o promovente y avanzar al reconocimiento del “interés legítimo” como una formula procesal para la protección de dichos intereses y derechos, como ya se reconoció previamente en jurisprudencia para las controversias constitucionales por la Suprema Corte o para los partidos políticos en materia electoral por la Sala superior del Tribunal Electoral. Con la reforma legislativa de 1963 se dio un avance al transitar del amparo individualista al amparo social, al otorgar legitimación a los núcleos de población ejidal o comunal. Sin embargo, sus alcances resultan limitados sin que exista propiamente un proceso colectivo, por lo que debemos dar un paso más significativo y transitar ahora hacia un verdadero y definitivo amparo colectivo. Como se ha mencionado, se puede distinguir entre las calidades o tipos de interés: simple, jurídico y legítimo. El interés simple corresponde a su concepción más amplia y se identifica con las acciones populares. En ellas se reconoce legitimación a cualquier ciudadano *quivis ex populo*, por el mero hecho de ser miembro de una sociedad, sin necesidad de que el sujeto invoque un interés legítimo, y mucho menos un derecho subjetivo. La situación jurídica legitimante sería el mero interés en la legalidad. Para algunos, este interés debe incluso distinguirse del interés de hecho, que si bien en ocasiones se suelen identificar como sinónimos, lo cierto es que el interés debe incluso distinguirse del interés de hecho, que si bien en ocasiones se suelen identificar como sinónimos, lo cierto es que el interés de hecho constituye un mero interés humano que no penetra en el orbe de lo jurídico. En cambio, el simple sí tiene esa nota de juridicidad, como jurídicamente relevante. La acción popular requiere expresamente el reconocimiento del ordenamiento legal para ejercitar la acción, pero sin necesidad de apoyo en un derecho subjetivo o en un interés legítimo. En otras palabras, para el ejercicio de la acción popular no se precisa una condición o cualificación subjetiva especial, precisamente por descansar en ese interés simple, sino que se precisa de un requerimiento explícito, estando siempre limitada en su ejercicio a aquellos concretos supuestos en que la ley expresamente se lo permite.¹⁹⁷

En tesis aislada de la Corte se ha establecido que la redacción de la fracción I del artículo 107 de la constitución, dispone que debe entenderse por parte agraviada para efectos del juicio de amparo, y señala tal carácter quien al acudir a este medio de control cumpla con siguientes condiciones:

1) aduzca ser titular de un derecho o 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 ordenamiento 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. Señala que tanto el interés jurídico como el legítimo suponen que

¹⁹⁷ GUTIERREZ DE CABIEDES HIDALGO DE CAVIADES, PABLO. “Derecho procesal constitucional y protección de los intereses colectivos y difusos”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Derecho Procesal constitucional, tomo III, 5ª edición, Editorial Porrúa, México, 2006, pp. 2717-2776.

exista una tutela jurídica del interés en que se apoya la pretensión del quejoso, 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 (económico). Por otra parte, debe entenderse que al referirse el precepto constitucional a la afectación de un derecho subjetivo, es decir tenga interés jurídico. En este sentido, el interés legítimo no supone la existencia de un derecho subjetivo, aunque si que la necesaria tutela jurídica corresponda a su especial situación frente al orden jurídico, lo que implica que sea 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.¹⁹⁸

8.2.1. Interés legítimo en el proceso contencioso administrativo.

Otro precedente importante, que si bien fue resuelto en la vía de la contradicción de tesis entre tribunales colegiados de circuito (sistema de unificación de criterios de los tribunales federales), para explicar las diferencias entre interés jurídico y el legítimo en el proceso contencioso administrativo, puede resultar ejemplificativo para extenderlo también al juicio de amparo; no obstante que un sector de la doctrina estima que si bien la resolución fue progresista, se requiere romper con las ataduras tradicionales de la concepción de los derechos.¹⁹⁹

En la contradicción de tesis 69/2002, resuelta por la Segunda Sala de la Suprema Corte el 15 noviembre de ese año, la materia de la contradicción de criterios consistió

¹⁹⁸ INTERÉS LEGÍTIMO. ALCANCE DE ESTE CONCEPTO EN EL JUICIO DE AMPARO. Tesis 2ª. XVIII/2013 (10ª), Segunda Sala, Semanario judicial de la federación y su gaceta, Libro XVIII marzo de 2013, Tomo 2.

¹⁹⁹ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, "Derecho subjetivo e interés jurídico en la jurisprudencia mexicana", Juez. Cuaderno de investigación, Instituto de la judicatura Federal, núm. 3, 2003, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal", de la ponencia presentada en el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (sobre "La protección orgánica de la Constitución"), celebrado los días 2 y 3 de octubre de 2009 en el Teatro Amalia G. De Castillo Ledón, del Centro Cultural Tamaulipas en Ciudad Victoria. El presente trabajo constituye una actualización de la relatoría nacional de México que presentamos con motivo del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal, en el Centro di Studi Giuridici Latino Americano de la Universidad Tor Vergata (Roma, 20-22, mayo 2004); teniendo presente otros trabajos publicados con anterioridad, especialmente, "El amparo colectivo en México", en Castro y Castro Juventino V. (coord.), Estudios en honor de Humberto Román Palacios, México, Porrúa 2005, pp.201-234 y "El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)", Libro Homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco, México, UNAM-III, 2000, pp. 221-234; del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>, p. 68.

en determinar si el interés legítimo tiene o no la misma connotación que el interés jurídico (teniendo en cuenta que la anterior ley sólo contemplaba este interés), y con base en ello determinar si la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, para la procedencia del juicio administrativo debe, o no, acreditar la titularidad de un derecho subjetivo afectado.

Por unanimidad de votos se estimó que ambos intereses tienen una connotación diferente, en tanto que de los diversos procesos de reformas y adiciones a la abrogada ley y del que dio lugar a la ley en vigor se desprende que el legislador ordinario en todo momento tuvo presente las diferencias existentes entre el interés jurídico y el legítimo, lo cual se evidencia aún más en las discusiones correspondientes a los procesos legislativos de 1986 y 1995. De hecho, uno de los principales objetivos pretendidos con este último fue precisamente permitir el acceso a la justicia administrativa a aquellos particulares afectados en su esfera jurídica por actos administrativos (interés legítimo), no obstante que carecían de la titularidad del derecho subjetivo respectivo (interés jurídico), con la finalidad clara de ampliar el número de gobernados que pudieran acceder al procedimiento en defensa de sus intereses. Así, el fallo de la Segunda Sala estimó esencialmente que el interés jurídico tiene una connotación diversa a la del legítimo, pues mientras el primero requiere que se acredite la afectación a un derecho subjetivo, el segundo supone únicamente la existencia de un interés que proviene de la afectación a la esfera jurídica del individuo, ya sea directa o derivada de su situación particular respecto del orden jurídico.²⁰⁰

En este mismo orden de ideas la propia ejecutoria sostuvo que de acuerdo con la Ley actual (artículos 34 y 72, fracción V), para la procedencia del juicio administrativo basta con que el acto de autoridad impugnado afecte la esfera jurídica del actor, para que le asista un interés legítimo para demandar la nulidad de ese acto, resultando intrascendente, para este propósito, que sea o no titular del respectivo derecho subjetivo, pues el interés que debe justificar el accionante no es el relativo a acreditar su pretensión, sino el que le asiste para hincar la acción. En efecto, tales preceptos aluden a la procedencia o improcedencia del juicio administrativo, a los presupuestos de admisibilidad de la acción ante el mencionado tribunal, mas no el deber del actor de acreditar el derecho que alegue que le asiste, pues esto último es una cuestión que atañe al fondo del asunto. De esta forma, resulta, procedente el juicio que intenten los particulares no sólo contra actos de la autoridad administrativa que afecten sus derechos subjetivos (interés jurídico), sino también y de manera más amplia frente a violaciones que no lesionen propiamente intereses jurídicos, ya que basta una lesión objetiva a la esfera jurídica de la persona física o moral (jurídica) derivada de su peculiar situación que tienen en el orden jurídico, de donde se sigue que los preceptos de la mencionada ley, al requerir un interés legítimo como presupuesto de

²⁰⁰ INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. AMBOS TÉRMINOS TIENEN DIFERENTE CONNOTACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Tesis Jurisprudencial 141/2002-SS, Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XVI, diciembre de 2002, p. 241.

admisibilidad de la acción correspondiente, también comprende por mayoría de razón al referido interés jurídico, al resultar de mayores alcances que éste.²⁰¹

En estas dos tesis se define lo que es el interés legítimo y coinciden en distinguirlo del interés jurídico. Pero mientras la primera es muy escueta y solo lo identifica con un perjuicio cierto a una persona por parte de una autoridad, la segunda va más allá y trata de elaborar una noción más precisa de que es un interés legítimo. El interés jurídico es aquel que se suele identificar con el derecho subjetivo en su concepción clásica. Se constituye como la posición a cuyo favor la norma jurídica contiene alguna prescripción configurándolo como la posición de prevalencia o ventaja que el derecho objetivo asigna al sujeto frente a otros. Tradicionalmente la doctrina le otorga al derecho subjetivo dos elementos constitutivos, a saber: la posibilidad de hacer o querer (elemento externo); esto es, la imposibilidad de todo impedimento ajeno y la posibilidad correspondiente de reaccionar contra éste. Sin embargo, esta concepción de interés jurídico como identidad del derecho subjetivo tradicional se encuentra en crisis, al aparecer otros intereses que merecen de protección jurisdiccional, no obstante no estar formalizados como derechos subjetivos existentes, como lo es el interés legítimo. Así, el interés legítimo adquiere relevancia en lo jurídico a pesar de no descansar en un derecho subjetivo conforme a su concepción tradicional. Pero tampoco se trata de un mero interés en la legalidad (interés simple). Es en realidad una situación intermedia entre ambas situaciones. Es importante señalar que el interés legítimo a que nos hemos referido en el epígrafe anterior no debe confundirse con la acción popular (que descansa en un interés simple). Esta última acción se dirige a satisfacer el interés de la comunidad, el de todos. En cambio, el interés legítimo reconduciendo en su aspecto de protección de derechos o intereses difusos y colectivos normalmente se refiere a círculos de interés más reducidos, intereses de determinados grupos o colectividades (médicos, abogados, trabajadores de una empresa, usuarios de un servicio prestado por determinada empresa, etcétera), que solo en supuestos excepcionales llega a coincidir con la totalidad de la comunidad, convirtiéndose con ello en interés general. Ambas figuras se distinguen por la naturaleza de la situación legitimante. La legitimación para la tutela de los intereses difusos y colectivos se funda en la titularidad de un específico interés legítimo cuya invocación por el demandante es precisa para su reconocimiento; la acción popular, en cambio, se sustenta en el mero interés en la legalidad: cualquier persona, por el hecho de invocar su condición ciudadana, está legitimada para impugnar un acto determinado. En este sentido, la acción popular se concede a todos los sujetos de derecho capaces de la comunidad social (*quibus ex populo*) y no a los de una determinada colectividad o grupo de personas. Además, como se ha señalado, para la existencia de la acción popular se requiere necesariamente el reconocimiento expreso

²⁰¹ INTERÉS LEGÍTIMO, NOCIÓN DE PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL, Tesis Jurisprudencial 142/2002-SS, Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XVI, diciembre de 2002, p. 242.

del ordenamiento jurídico- que lo distingue del interés de hecho- lo que no precisa la acción fundada en un interés legítimo supraindividual (difuso y colectivo).²⁰²

Con independencia de estas diferencias, lo cierto es que varias legislaciones iberoamericanas han incorporado en su texto a la acción popular con la finalidad de proteger los intereses o derechos de incidencia colectiva, incluso para establecer procesos colectivos de naturaleza constitucional (amparo, habeas corpus, habeas data, acción de inconstitucionalidad, etc).²⁰³

Siguiendo lo indicado por Cruz Parceró, nos parece que en términos generales, la decisión es acertada, esto es, parece correcta la apreciación de la Segunda Sala sobre la distinción que el legislador quiso hacer entre interés legítimo e interés jurídico. Sin

²⁰² GUTIERREZ DE CABIEDES HIDALGO DE CAVIADES, PABLO. “Derecho procesal constitucional y protección de los intereses colectivos y difusos”, y La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos, cit. Pp. 182, 183, 200 y 201, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal”, de la ponencia presentada en el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (sobre “La protección orgánica de la Constitución”), celebrado los días 2 y 3 de octubre de 2009 en el Teatro Amalia G. De Castillo Ledón, del Centro Cultural Tamaulipas en Ciudad Victoria. El presente trabajo constituye una actualización de la relatoría nacional de México que presentamos con motivo del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal, en el Centro di Studi Giuridici Latino Americano de la Universidad Tor Vergata (Roma, 20-22, mayo 2004); teniendo presente otros trabajos publicados con anterioridad, especialmente, “El amparo colectivo en México”, en Castro y Castro Juventino V. (coord.), Estudios en honor de Humberto Román Palacios, México, Porrúa 2005, pp.201-234 y “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)”, Libro Homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco, México, UNAM-III, 2000, pp. 221-234; del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>, p. 57.

²⁰³ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal”, de la ponencia presentada en el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (sobre “La protección orgánica de la Constitución”), celebrado los días 2 y 3 de octubre de 2009 en el Teatro Amalia G. De Castillo Ledón, del Centro Cultural Tamaulipas en Ciudad Victoria. El presente trabajo constituye una actualización de la relatoría nacional de México que presentamos con motivo del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal, en el Centro di Studi Giuridici Latino Americano de la Universidad Tor Vergata (Roma, 20-22, mayo 2004); teniendo presente otros trabajos publicados con anterioridad, especialmente, “El amparo colectivo en México”, en Castro y Castro Juventino V. (coord.), Estudios en honor de Humberto Román Palacios, México, Porrúa 2005, pp.201-234 y “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)”, Libro Homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco, México, UNAM-III, 2000, pp. 221-234; del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>, pp. 57.

embargo, mis dudas provienen de otros argumentos que se utilizan en el amplio estudio que realiza la Sala y, concretamente, de la manera en que se define la noción de interés legítimo. Aunque en este caso las definiciones que se han dado sobre los intereses son deficientes, ya que no nos aclaran el significado de lo que es un interés legítimo (o de otra clase). Como ya se dijo, cuando se define el interés jurídico se dice que es un derecho subjetivo, pero necesitamos ver que se entiende por este para poder entender la definición, siendo que la definición jurisprudencial difiere en buena medida de las definiciones de la ciencia jurídica. El interés legítimo queda definido, por una parte, como un interés cualificado respecto de la legalidad de los actos impugnados, interés que proviene de la afectación a la esfera jurídica del individuo, ya sea directa o derivada de su situación particular respecto del orden jurídico, y por otra como una lesión objetiva a la esfera jurídica de la persona física o moral derivada de su peculiar situación que tiene en el orden jurídico.²⁰⁴

8.2.2. Interés legítimo en las controversias constitucionales

Si bien en la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, previa la reforma, no se hacía referencia al interés legítimo como supuesto de legitimación activa de la entidad, poder u órgano que promoviera la controversia, el tribunal pleno de la Suprema Corte, en otra época ha determinado la actualización de un interés legítimo del ayuntamiento actor en esa vía para deducir derechos derivados de su interpretación.

Si bien en la tesis jurisprudencial 71/2000 se establece la necesidad de que el promovente plantee la existencia de un agravio, este debe entenderse como un interés legítimo para acudir a la vía de la controversia constitucional, el cual, a su vez, se traduce en una afectación que refiere la fracción I del artículo 105 constitucional, en razón de su especial situación frente al acto que consideren lesivo; dicho interés se estima actualizado cuando la conducta de la autoridad demandada sea susceptible de causar perjuicio o privar de un beneficio a la parte que promueve debido a la situación de hecho en la que está se encuentre, la cual necesariamente deberá estar legalmente tutelada para que pueda exigir su estricta observancia.

La aceptación jurisprudencial del interés legítimo en la controversia constitucional se ha ido consolidando, incluso cuando se trata de un “principio de afectación”.²⁰⁵

²⁰⁴ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de los derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 198-199.

²⁰⁵ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de los derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp.71.

8.2.3. Titularidad de los derechos colectivos en materia ecológica

El pleno de la Suprema Corte, interpreto la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente (vigente en 1993), que contiene disposiciones en materia ecológica relativas a una comunidad determinada, estableciendo derechos a favor de las personas físicas y morales que la integran y residen en el lugar, en el sentido que podría considerarse como un derecho colectivo que da interés jurídico a la propia colectividad para que por si misma o por medio de su representante legítimo pueda promover el juicio de amparo.

Sin embargo, en el fallo se sostuvo que cuando lo promueve una asociación cuya pretensión radica, no en salvaguardar algún derecho que le otorgue la ley por encontrarse dentro de su hipótesis, sino en que se proteja a la colectividad que no representa y se haga una declaración general respecto de la ley, se esta en la hipótesis de la falta de interés jurídico a que se refería la Ley de Amparo anterior (artículo 73, fracción V) pues de admitirse la procedencia del juicio de amparo y en el supuesto de que el mismo tuviera que otorgarse, se hubiera estado ante el problema de determinar los efectos de la sentencia, los cuales no podrían decir otros que los de proteger al caso particular en términos de la disposición constitucional previa la reforma (artículo 107, fracción II).²⁰⁶

8.2.4. Precedentes relevantes de tribunales colegiados de circuito

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al conocer del amparo directo 75/2008, emitió tesis aisladas que constituyeron en su momento un avance jurisprudencial de trascendencia previo las reformas , para el reconocimiento de las acciones colectivas especialmente, para adaptar el tradicional procedimiento individualista previsto en nuestro ordenamiento hacia nuevas posiciones flexibles “para adoptar los principios del proceso jurisdiccional social”.

En efecto, dicho órgano jurisdiccional, al reconocer la existencia de intereses difusos y colectivos de los consumidores en los artículos 21 y 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor cuya legitimación corresponde en exclusiva a la Procuraduría Federal del Consumidor, consideró que:

el juzgador debe despojarse de la idea tradicional de los límites impuestos para la defensa de los intereses individuales o el derecho subjetivo de cada individuo, para acudir a una interpretación jurídica avanzada, de vanguardia, en la cual potencialice las bases constitucionales con los criterios necesarios para preservar los valores protegidos y alcanzar los fines perseguidos, hacia una sociedad más

²⁰⁶ Amparo en Revisión 453/96 Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, A.C., 29 de mayo de 1997. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga M. Sánchez Cordero. Ponente: Mariano Azuela Guitrón. Secretaria: Mercedes Rodarte Magdalena

justa. Solo así se pueden tutelar los intereses colectivos o difusos, pues si su impacto es mucho mayor, se requiere el máximo esfuerzo y actividad de los tribunales y considerable flexibilidad en la aplicación de las normas sobre formalidades procesales, la carga de la prueba, allegamiento de elementos convictivos, su valoración y análisis mismo del caso. Asimismo, se requiere de una simplificación del proceso y su aceleración, para no hacer cansada o costosa la tutela de estos derechos, a fin de que los conflictos puedan tener solución pronta, que a su vez sirva de prevención respecto de nuevos males que puedan perjudicar a gran parte de la población. Estas directrices deben adoptarse, a su vez, en los procesos individuales donde se ventile esta clase de intereses, *mutatis mutandi*, porque ponen en juego los mismos valores, aunque en forma fragmentaria, mientras que la dificultades para sus protagonistas se multiplican.²⁰⁷

Este criterio es fundamental para entender que aún si un procedimiento específico en materia de acciones colectivas es posible adaptar el tradicional proceso a los fines que se persiguen con la tutela jurisdiccional de los intereses y derechos difusos y colectivos, logrando “flexibilidad en la aplicación de las normas sobre formalidades procesales”.

Este mismo tribunal estableció que para la procedencia de este tipo de acciones es necesario tener presente, en concordancia con la ley de consumidores referida: i) la gravedad, ii) el número de reclamaciones o denuncias que se pudiera causarse a los consumidores en su salud o en su patrimonio. Y especifica que su objeto puede ser de dos tipos: i) indemnizatorio para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, y ii) preventivo con la finalidad de impedir, suspender o modificar aquellas conductas que puedan causarlos.²⁰⁸

También realizó un esfuerzo por establecer quienes son los titulares de los intereses difusos y colectivos, así como destacar algunas de sus características:

Son los pertenecientes a todos los miembros de una masa o grupo de la sociedad, sin posibilidad de fraccionarse en porciones para cada uno, ni defensa mediante las acciones individuales tradicionales, no de ejercerse aisladamente, o bien, que siendo factible su separación, la prosecución de procesos singulares, por una o mas personas carece de incentivos reales, tanto por resultar más costosos los procedimientos empleados que la reparación que se pueda obtener, como por su falta de

²⁰⁷ “INTERESES COELCTIVOS O DIFUSOS EN PROCESOS JURISDICCIONALES COLECTIVOS O INDIVIDUALES. CARACTERISTICAS”, Tesis Aislada I. 4º C. 136 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVII, abril de 2008, p. 2381.

²⁰⁸ “ACCIONES COLECTIVAS A FAVOR DE LOS CONSUMIDORES. LEGITIMACIÓN, COMPETENCIA Y OBJETO”, Tesis Aislada I. 4º C. 135 C, publicada en el semanario judicial de la federación y su gaceta, tomo XXVI, abril de 2008, p. 2284.

idoneidad para impedir a futuro los abusos denunciados, a favor de toda la comunidad de afectados. Esto tiene lugar generalmente, en relación a medidas o estrategias desplegadas contra grupos sin organización ni representación común, como la amplia gama de consumidores, o con las afectaciones al medio ambiente, con los que se perjudican los intereses de todos los ciudadanos en general. En atención a tal imposibilidad o dificultad, en la época contemporánea las leyes han venido creando mecanismos generadores de acciones que resultan idóneas a las peculiaridades de esos intereses, como la acción popular, o con la legitimación a grupos u organizaciones sociales que garanticen solvencia material y moral, y seriedad para dar seguimiento consistente y llevar hasta el final esta clase de acciones, como sucede en distintos ámbitos o naciones; en el derecho mexicano del consumidor, la legitimación se otorgaba previa la reforma, a la Procuraduría Federal del Consumidor, para el ejercicio de las acciones tuitivas de intereses difusos de los consumidores.²⁰⁹

Existen diversas tesis de jurisprudencia se puede apreciar la evolución de criterios, mismas en las que se ha intentado determinar el sentido de lo que ha de entenderse por interés jurídico. Se ha señalado en tesis que “El interés jurídico, reputado como un derecho reconocido por la ley, no es sino lo que la doctrina jurídica conoce con el nombre de derecho subjetivo, es decir, como facultad o potestad de exigencia, cuya institución consigna la norma objetiva del derecho. En otras palabras, el derecho subjetivo supone la conjunción en esencia de dos elementos inseparables, a saber: una facultad de exigir y una obligación correlativa traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia(...)”²¹⁰ En gran cantidad de tesis se puede constatar esta identificación del interés jurídico con el concepto de derecho subjetivo. Igualmente se ha identificado en diversa tesis que “(...) de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia asiste interés jurídico al quejoso cuando es titular de un derecho subjetivo público o privado que resulte lesionado por el acto de autoridad reclamado. La existencia de un derecho subjetivo supone la reunión de tres elementos: un interés exclusivo, actual y directo; el reconocimiento y tutela de ese interés por la ley, y que la protección legal se resuelva en la aptitud de su titular para exigir del obligado la satisfacción de ese interés mediante la prestación debida(...)”²¹¹

²⁰⁹ “INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS. SUS CARACTERISTICAS Y ACCIONES PARA SU DEFENSA”, Tesis Aislada I. 4º C. 135 C,“ publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVII, abril de 2008, p. 2381.

²¹⁰ INTERES JURÍDICO. INTERES SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Pleno, Volumen 37, Primera Parte, p. 25.

²¹¹ INTERES JURÍDICO DENTRO DEL ÁMBITO DEL DERECHO PÚBLICO EN EL QUE SE PRODUCEN LAS RELACIONES ADMINISTRATIVAS. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época. Fuente Semanario Judicial de la Federación. Parte II Segunda Parte-1. Tesis: Página 302

Como se puede apreciar, la identificación explícita del interés jurídico con el derecho subjetivo se comienza a presentar a partir de las tesis de la Sexta Época. Anteriormente, en la Quinta Época, por interés jurídico se entendía un interés protegido por una norma objetiva, en cierto sentido los términos eran sinónimos desde su aparición, pero en la medida en que el concepto de derecho subjetivo fue restringido por la concepción kelseniana, el concepto de interés jurídico había sido entendido hasta entonces en términos de Ihering,²¹² como se verá más adelante. Rudolf von Ihering, uno de los representantes más importantes de la escuela llamada jurisprudencia de interés (encabezada por Philip Heck), definió el concepto de derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido, al contrario de que los jueces en México, que definieron que el interés jurídico es un derecho subjetivo. En donde la falacia es en perjuicio de quien demanda la protección de un acto por considerarlo contrario a la ley suprema.²¹³

Cuando Ihering definió el derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido, lo que buscaba era rechazar la idea de que los derechos subjetivos consisten en la voluntad (facultad de querer, capacidad, etc). Para Ihering, interés debía entenderse como utilidad, bien, valor, goce, incluso necesidad humana. Propuso que “todo derecho privado existe para asegurar al hombre un bien cualquiera, socorrer sus necesidades, defender sus intereses y concurrir al cumplimiento de los fines de su vida”. Ihering sostenía cualquier definición de derecho (subjetivo) que no parta de la idea del bien, en su amplio sentido, pecaría de falta de base. Esto significa que Ihering tenía una noción amplia de lo que es un derecho, podríamos decir que para él un derecho es un bien, un valor o un interés, a esto lo llama el elemento sustancial. La idea de interés, según refiere, alude al valor o un bien en relación al sujeto y sus fines. El segundo elemento, de acuerdo con Ihering, es el elemento formal: la protección jurídica, en cuanto a que el derecho subjetivo es la seguridad del goce. No todo interés puede ser protegido por la ley y no todo interés jurídicamente protegido es un derecho subjetivo. La ley puede proteger una serie de bienes, valores o intereses nuestros sin conferirnos un derecho subjetivo privado. La acción es la piedra de goce de los derechos privados. Sin embargo, Ihering acepta la existencia de intereses de carácter indeterminado y de generalidad, intereses de la comunidad o del público que se protegen a través de acciones populares. Se admite la existencia de un derecho subjetivo por que se encuentran los dos elementos: el interés y la protección a través de la acción. En estos casos solo difieren en el tipo de acciones que se pueden hacer valer.²¹⁴

²¹² CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de los derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, p. 180.

²¹³ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de los derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, p. 182.

²¹⁴ VON IHERING, Rudolf, El espíritu del derecho romano, Editorial Comares, Granada, 1998, Libro II, Tomo IV, Segunda Parte, pp. 1025-1051, esp. 1033, 1034, 1040, 1041, 1046.

En México el requisito del interés jurídico en materia de amparo proviene de la Ley de Amparo de 1936 (art. 73, f. VI). La jurisprudencia comenzó a asociar el concepto de interés jurídico con el de derecho subjetivo a partir de la Sexta Época del Semanario Judicial de la Federación (1957-1968). La doctrina constitucional y administrativa del país no tuvo en cuenta el origen de la discusión en el siglo XIX; lejos de ello, acudieron a los tratados de civilistas y procesalistas civiles para entender la figura de la legitimación procesal. Fue así como el concepto de interés jurídico se identificó plenamente con el de derecho subjetivo, ya que en materia civil la legitimación procesal requiere la titularidad de un derecho subjetivo.²¹⁵

En México, de modo diferente a lo que ocurrió en otros países, se identificó el interés jurídico con el concepto de derecho subjetivo en la doctrina y en las decisiones jurisprudenciales. Como ya vimos Ihering admite la posibilidad de que existan intereses jurídicamente protegidos cuya protección no consiste en una acción procesal para exigir el cumplimiento. Ahora bien, resulta que el concepto de derecho subjetivo, fue identificado con la noción de facultad o poder jurídico de exigir un deber, es decir con la noción de acción procesal. Sorprendentemente, el concepto de interés jurídico, cuyo origen está en la jurisprudencia de intereses, se transformó en lo que para Kelsen es un derecho subjetivo, esto es, una acción procesal. De esta forma, se mezclaron dos teorías antagónicas, la de Ihering y la Kelsen. Kelsen negó siempre la posibilidad de hablar de intereses y mantuvo solo el elemento formal, la protección jurídica, vista como la condición que hace depender la imposición de una sanción de la facultad o poder de exigir por parte de un sujeto (público o privado). Para Kelsen, pues, un derecho subjetivo consiste en la acción procesal que tiene un sujeto para solicitar la imposición de una sanción. De modo indirecto, el interés jurídico quedó definido jurisprudencialmente como una acción procesal. Así, cuando la Ley de Amparo de 1936 (art. 73 f. V) exigía para la procedencia de la demanda de amparo la existencia de interés jurídico, ha de entenderse, según las resoluciones de nuestros jueces, la existencia de una acción procesal como elemento de legitimación procesal. Desde un punto de vista teórico-doctrinal esta definición legal que se adopta en México a través del desarrollo jurisprudencial es a todas luces incorrecta, es una barbaridad en términos teóricos decir que un interés jurídico termina siendo en última instancia una acción procesal, ello a través de su identificación con una noción reductiva de derecho subjetivo.²¹⁶

²¹⁵ NORIEGA CANTÚ, Alfonso, “Las crisis del procedimiento de Amparo” en Separata, la Revista de la Universidad Iberoamericana, número 5, México 1973, también en sus lecciones de Amparo, Editorial Porrúa, México, 1975, pp. 403, recurre a Chiovenda y Carnelutti, dos procesalistas civiles, para explicar la legitimación procesal en materia de amparo (véase las pp. 503-514). Ignacio Burgoa retoma esta misma concepción en ediciones posteriores de su libro El Juicio de Amparo, Editorial Porrúa, México, 1968, pp. 456-458.

²¹⁶ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones y Críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva, Isonomía,

8.3 Nueva Ley de Amparo.

8.3.1. Elaboración del Proyecto de la Nueva Ley de Amparo

Desde hace tiempo un importante sector de la doctrina mexicana ha considerado necesario actualizar nuestra máxima institución procesal, que es el Juicio de Amparo. Fix-Zamudio enfatiza en esta necesidad al sostener que “existe un consenso esencial en la doctrina jurídica mexicana pero también en los distintos sectores sociales y políticos, de que se requiere una renovación profunda de nuestro ordenamiento en cuanto a la regulación del juicio de amparo.”²¹⁷

En la clausura al Congreso Nacional de Jueces de Distrito (ciudad de México, 6-9 de octubre de 1999), el entonces ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Genaro David Góngora Pimentel, expuso la necesidad de una nueva Ley de Amparo. Y el 17 de noviembre del mismo año se integró la Comisión de Análisis de Propuestas para una nueva Ley de Amparo, compuesta por ocho reconocidos juristas (académicos, abogados e integrantes del Poder Judicial Federal), convocando a la sociedad y a la comunidad jurídica nacional para enviar propuestas de reformas. La Comisión presentó un primer proyecto el 29 de agosto de 2000, el cual se discutió en un Congreso Nacional de Juristas Celebrado en Mérida Yucatán, del 6 al 8 de noviembre del mismo año. Posteriormente, la comisión entregó al pleno de la Corte el proyecto (en realidad anteproyecto) de la nueva ley del 1º de marzo de 2001 (junto con la propuesta de reforma constitucional). Una vez analizado por el propio Pleno, el 30 de abril siguiente se entregó el proyecto definitivo a las instancias que de conformidad con el artículo 71 constitucional tienen la posibilidad de iniciativa de ley.²¹⁸

Este proyecto fue retomado en 2004 por un grupo de senadores y convertida en iniciativas de ley. En efecto, representantes de cuatro grupos parlamentarios (PRI, PAN, PRD Y PVEM) en el Senado de la República presentaron la iniciativa de ley. En efecto, representantes de cuatro grupos parlamentarios (PRI, PAN, PRD Y PVEM) en el Senado de la República presentaron la iniciativa de una nueva Ley de Amparo, acogiendo íntegramente el proyecto de ley que preparara en su momento la Suprema Corte de Justicia en el año 2001. El proyecto de ley de amparo identificado previamente, entre varios aspectos, proponía los siguientes: i) la ampliación del

Número 39, ITAM, México, octubre de 2013, http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia39/39_6.pdf, pp.189-191.

²¹⁷ FERRER MAC GREGOR, Eduardo, La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado, 4ª. ed. Editorial Porrúa, México, 2006, pp. XVII y XVIII.

²¹⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTITICA DE LA NACIÓN, Proyecto de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2001, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

objeto de protección del juicio de amparo a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales; ii) la ampliación de la legitimación activa del quejoso al incorporarse el “interés legítimo”; iii) la declaratorio general de inconstitucionalidad cuando se trate de impugnación de leyes; iv) la incorporación de la figura de la interpretación conforme; v) el reconocimiento normativo de la apariencia del buen derecho para la suspensión del acto reclamado, y vi) la limitación del amparo directo en determinados supuestos para evitar reenvíos por cuestiones procedimentales.²¹⁹

8.3.2. Nueva Ley de Amparo.

El 2 de abril de 2013 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la nueva Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, misma que se origina en la Iniciativa con proyecto de Decreto presentada por los Senadores Jesús Murillo Karam, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional y Alejandro Zapata Perogordo, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional de la LXI Legislatura del H. Congreso de la Unión. En la exposición de motivos de dicha iniciativa se expone que si bien el juicio de amparo se ha constituido como el instrumento de control de constitucionalidad mas importante dentro de nuestro sistema jurídico. En la actualidad, es el medio para cuestionar la constitucionalidad de la actuación de toda autoridad del Estado. Es al mismo tiempo, el mecanismo mas eficaz que tienen los gobernados para evitar o corregir los abusos o equivocaciones del poder publico que lesionan o vulneran los derechos fundamentales de las personas reconocidas en la Constitución. En ese sentido, el juicio de amparo tiene por objeto específico hacer real y eficaz la autolimitación del ejercicio de la autoridad por parte de los órganos del Estado. La ley de amparo anterior, entró en vigor mediante decreto publicado el 10 de enero de 1936 en el Diario Oficial de la Federación, sin embargo, en la misma exposición de motivos, se expresa, que las transformaciones políticas, sociales y culturales que el país ha vivido a lo largo de las ultimas décadas, ha hecho necesario armonizar y adecuar las leyes y las instituciones a fin de garantizar que esos cambios

²¹⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal”, de la ponencia presentada en el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (sobre “La protección orgánica de la Constitución”), celebrado los días 2 y 3 de octubre de 2009 en el Teatro Amalia G. De Castillo Ledón, del Centro Cultural Tamaulipas en Ciudad Victoria. El presente trabajo constituye una actualización de la relatoría nacional de México que presentamos con motivo del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal, en el Centro di Studi Giuridici Latino Americano de la Universidad Tor Vergata (Roma, 20-22, mayo 2004); teniendo presente otros trabajos publicados con anterioridad, especialmente, “El amparo colectivo en México”, en Castro y Castro Juventino V. (coord.), Estudios en honor de Humberto Román Palacios, México, Porrúa 2005, pp.201-234 y “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)”, Libro Homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco, México, UNAM-III, 2000, pp. 221-234; del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>, pp. 76-77.

se inscriban dentro del marco del Estado Democrático de Derecho. Igualmente señala que el juicio de amparo, es el instrumento jurídico de la mayor trascendencia en el Estado mexicano y es por eso que se fue imperativo llevar a cabo una serie de cambios y modificaciones a la Ley que lo regula a fin de modernizarlo y en consecuencia, fortalecerlo. Ello con el propósito firme de que se mantenga como el mecanismo jurisdiccional más importante dentro de nuestro orden jurídico. Ahora bien, vamos a recorrer brevemente la nueva Ley de Amparo, para identificar los elementos que nos resultan útiles para este trabajo. Comenzando por las reformas a los artículos 94, 103, 104, 107 y 112 de la Constitución realizadas previamente y que dieron cabida a la Reforma de la Ley de Amparo. Los cambios más importantes en la reforma constitucional antes referida se refieren en resumen, y toda vez que ya se ha detallado en el presente trabajo, primero, el amparo se ha extendido el espectro de protección en materia de derechos humanos y dada la necesidad de constituir el juicio de amparo en un medio más eficiente de control de las actuaciones de las autoridades públicas. El segundo cambio se refiere al interés o tipo de afectación que se requerirá para iniciar un juicio de amparo y obtener la protección de la justicia federal. La tercera tiene que ver con los efectos de las sentencias, la reforma extendió la protección del amparo a las personas que incluso no hubiesen participado en el litigio en el que una norma general se hubiese declarado inconstitucional, con excepción de las normas tributarias.

Se incorpora al ordenamiento vigente la declaratorio general de inconstitucionalidad en el sector que tradicionalmente se ha denominada de “amparo contra leyes”, la cual solo procede por reiteración de criterios, lo que propicia que en casos aislados sólo se protegerá al promovente del amparo y no a todo el grupo o categoría afectada, lo que rompe con su esencia y finalidad. Uno de los principios fundamentales sobre los cuales se encontraba construido el juicio de amparo en México es el de relatividad de las sentencias de amparo. De conformidad con este principio, la sentencia que otorga el amparo se limita a amparar al quejoso en contra del acto específico que motivo la queja sin hacer una declaración general sobre la inconstitucionalidad del acto reclamado. Sin embargo, es importante destacar que el hecho que las sentencias de amparo tengan efectos particulares no significa que puedan ser desconocidas por autoridades que no fueron parte en el juicio de amparo. Por el contrario, las resoluciones que otorgan el amparo al quejoso deben ser respetadas por todas las autoridades, estando obligados a llevar a cabo a todos los actos tendentes a su ejecución y que estén relacionados con el ámbito de sus atribuciones. Precisándose que esta fórmula adquiere importancia exclusivamente en los amparos en contra de las normas generales. El procedimiento de declaratoria previsto en el Título Cuarto, Capítulo VI, de acuerdo a lo previsto en la norma constitucional, prevé que cuando la Suprema Corte en los juicios de amparo en revisión que conozca, resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, debe informar a la autoridad emisora de la norma, únicamente para su conocimiento. Posteriormente cuando los órganos del Poder Judicial Federal establezcan jurisprudencia por reiteración por mayoría calificada de ocho votos, en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte, lo notificará a la autoridad emisora de la norma. Si transcurrido el plazo de 90 días

naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Corte emitirá, siempre que sea aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad. Cabe precisar que ese procedimiento de declaratoria no aplicara a las normas generales en materia tributaria. Si bien es cierto que nuestro Máximo Tribunal se le confiere tan importante atribución, también lo es que solo se actualiza ante el establecimiento reiterado de un criterio jurisprudencial, siendo además que tal declaratoria no procede en forma automática sino respetando las condiciones y plazo antes referidos, permitiendo que sea el propio órgano emisor de la norma quien reforme o modifique la norma declarada inconstitucional y no siendo así, la Suprema Corte sea quien emita la declaratoria general de inconstitucionalidad, aprobada por una mayoría calificada, lo que pretende preservar con ello, el pleno respeto y equilibrio entre los poderes de la Unión.²²⁰

²²⁰ INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE LA LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Y SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, LEY ÓRGANICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL, LEY ÓRGANICA DEL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LEY ÓRGANICA DE LA PROCURADuría GENERAL DE LA REPÚBLICA, Salón de Sesiones de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, México, Distrito Federal, a 15 de febrero de 2011, http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2011/02/asun_2735356_20110215_1297791384.pdf, Exposición de motivos.

9. El Juicio de Amparo

9.1 Nueva Ley de amparo: ¿A medias?

Hay que reconocer que el avance que se dio, fue limitado; el sistema de acciones colectivas, así como la reforma en materia de amparo, que se previó no fue el mejor en términos de los principios de acceso a la justicia, igualdad ante la ley, economía procesal y supremacía constitucional. Particularmente y sin que sea el objeto preferente de este trabajo, los aspectos que se modificaron en contra y que harán menos accesible y efectiva la tutela de los derechos colectivos, son la alteración del *opt-out* por el *opt-in*, la restricción a las materias protegidas (dejando fuera todo lo que no sea consumo y medio ambiente), el pésimo manejo que se le da al tema de los daños (que excluye a los perjuicios) y a la no oponibilidad de la cosa juzgada, entre otros.²²¹

La iniciativa del Senado de 7 de diciembre de 2010, se declaró que respecto de las nuevas figuras procesales que se proponen en el nuevo procedimiento colectivo, los jueces federales tendrán la misión de cuidar que los principios de interpretación para las acciones y procedimientos colectivos sean compatibles con el espíritu de estos. Ello implica necesariamente, dice la iniciativa, que nuestros juzgadores elaboren estándares y guías que les auxilien en su labor, pues los paradigmas procesales actuales, en muchos aspectos serán insuficientes e incluso contrarios al espíritu de los procedimientos colectivos. Será necesario que revisen las peculiaridades del sistema procesal mexicano.²²²

El juicio de amparo representa una de las vías adecuadas por las cuales se supone se logra el efectivo acceso a la justicia de estos derechos o intereses, sin desconocer otras alternativas, como pueden ser la creación de acciones específicas colectivas, como las que existen previstas en el Código de Procedimientos Civiles, así como las que existen en ordenamientos sustantivos como lo son en materia de consumidores, medio ambiente, patrimonio artístico y cultural, usuarios financieros, etc.²²³

²²¹ GARCIA, SAIS, Fernando, Influencia de la Legitimación procesal y de la representación adecuada sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, pp. 125-126.

²²² GARCIA, SAIS, Fernando, Influencia de la Legitimación procesal y de la representación adecuada sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, pp. 130.

²²³ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal", de la ponencia presentada en el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (sobre "La protección orgánica de la Constitución"), celebrado los días 2 y 3 de octubre de 2009 en el Teatro Amalia G. De Castillo Ledón, del Centro Cultural Tamaulipas en Ciudad Victoria. El presente trabajo constituye una actualización de la relatoría nacional de México que presentamos con motivo del VI

Viejos principios deberán ser interpretados y ajustados a una nueva realidad: la cosa juzgada deberá tener efectos erga omnes. Se exige que la sentencia recaída en autoridad de cosa juzgada haya sido precedida por un debido proceso de carácter contencioso con adecuada oportunidad de audiencia y de prueba. Una mala definición (una definición reduccionista) del concepto de derecho subjetivo que lo identifica básicamente con la noción kelseniana del tal concepto, contribuye a una deficiente protección de los derechos que tenemos en cuanto a seres humanos, personas y ciudadanos. Algunas tesis jurisprudenciales señalan equivocadamente que las garantías individuales son derechos subjetivos públicos que pueden exigirse por la acción constitucional de amparo, es decir, cuando se caracterizan las garantías constitucionales como derechos subjetivos y éstos, como se homologan con acciones procesales, lo que sucede es una visión limitada de lo que son los derechos. La jurisprudencia señala que “(...)son derechos públicos subjetivos consignados a favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna, es la acción constitucional de amparo(...)”.²²⁴ Esta tesis (reduccionista) trata de dar una explicación de las garantías como derechos subjetivos públicos que se traducen en la acción de constitucionalidad. Para nuestra doctrina constitucional y para nuestros jueces, las garantías individuales no son propiamente los derechos fundamentales del hombre, ni los derechos humanos como queramos denominarlos, sino que son derechos subjetivos que sirven para garantizarlos. En este sentido, esos derechos humanos o fundamentales no son derechos subjetivos, sino que, cualquier cosa que sean (que tampoco existe una explicación doctrinal coherente al respecto), son protegidos por derechos subjetivos es decir, en este caso, por una acción constitucional de amparo. Lo que Ihering llamaba el elemento formal, pero entendido como una acción procesal, es la idea central del concepto de derecho subjetivo de Kelsen y de nuestra jurisprudencia. El elemento sustancial, el que tiene que ver con el contenido, que finalmente es lo que importa, lo que se quiere proteger, ni siquiera es nombrado como derecho subjetivo. La concepción descrita previamente

Congreso Internacional de Derecho Procesal, en el Centro di Studi Giuridici Latino Americano de la Universidad Tor Vergata (Roma, 20-22, mayo 2004); teniendo presente otros trabajos publicados con anterioridad, especialmente, “El amparo colectivo en México”, en Castro y Castro Juventino V. (coord.), Estudios en honor de Humberto Román Palacios, México, Porrúa 2005, pp.201-234 y “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)”, Libro Homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco, México, UNAM-IIJ, 2000, pp. 221-234; del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>, p. 86.

²²⁴ AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON LOS QUE SOSTIENEN QUE LOS JUZGADORES DE AMPARO VIOLAN GARANTIAS INDIVIDUALES, SOLAMENTE EN ESE ASPECTO. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: V, enero de 1997. Tesis: P./J. 2/97. Página: 5. Materia: Común.

punga con otras tesis que se contraponen a esa visión restringida.²²⁵ Como la siguiente que señala que “(...)las garantías individuales no deben tomarse como un catálogo rígido, invariante y limitativo de derechos concedidos a los gobernados, que deba interpretarse por los tribunales de amparo en forma rigorista, por que ello desvirtuaría la esencia misma de dichas garantías. Mas bien debe estimarse que se trata de principios o lineamientos vivos y sujetos a la evolución de las necesidades sociales, dentro del espíritu que animo al Constituyente al establecerlos. De lo contrario se desvirtuaría la función esencial de las garantías constitucionales y del juicio de amparo, al entenderlas y aplicarlas en forma que hiciera sentir opresión a los gobernados, y limitación en la defensa de sus derechos, en vez de hacer sentir el ambiente de derecho y libertad que con dichas garantías se pretendió establecer en el país(...)”²²⁶

En la medida de que en que nuestra concepción de lo que son los derechos sea tan restringida no podremos brindarles una protección amplia y eficiente. Si tanto nuestra doctrina constitucional como las tesis jurisprudenciales comparten una visión formalista de lo que son los derechos, visión ligada a la identificación doctrinal que se hizo de la noción de derecho subjetivo con la de acción procesal, entonces no podremos hablar coherentemente de derechos humanos, derechos fundamentales. Nuestros jueces, si bien están obligados a seguir la jurisprudencia, tampoco tiene por que mantener un concepto de derecho subjetivo en términos kelsenianos, que resulta poco provechoso para explicar las nociones de derechos humanos y derechos fundamentales; por lo tanto resulta necesario y urgente, por razones tanto teóricas como practicas, usar un concepto mas amplio de derecho subjetivo. La reclamación de cierto tipo de derechos como los llamados colectivos, sociales, económicos, culturales, etc. se ve obstaculizada por la falta de un adecuado tratamiento en nuestro sistema de protección que comienza por negarles la calidad de derechos (subjetivos), ya que muchos de ellos, pese a estar reconocidos legalmente , no se apegan a la definición de corte kelseniano que adopta nuestra jurisprudencia. Tales derechos se han tratado de teorizar como intereses indeterminados, difusos, simples, económicos, etc., conceptos francamente inadecuados hoy día que tratan de buscar en la teoría de Ihering o en la teoría administrativa del interés una manera de flexibilizar el rígido sistema de protección de derechos que tenemos. Pese a las limitaciones de esta doctrina nuestros jueces se ven obligados a acudir a ella a la hora de argumentar sus sentencias, debido a la falta de conocimiento de otras alternativas y al casi nulo desarrollo por parte de la dogmática constitucional y administrativa de una concepción adecuada de los derechos. Es poco realista pedirles a los jueces que sean ellos los que se actualicen en conocimientos teóricos cuando los que deben hacer el trabajo, los juristas, como operadores jurídicos, no lo hacen. Esta situación de nuestra doctrina en materia de derechos se refleja en una defectuosa y limitada protección de los derechos

²²⁵ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 187-188.

²²⁶ GARANTIAS INDIVIDUALES, ALCANCES DE LAS. Séptima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte: 62, Sexta Parte. Tesis: Página 39).

fundamentales. Defectuosa y limitada no por los vicios y problemas propios de una administración de justicia (que son muchos), sino por que el desarrollo conceptual se refleja en la doctrina y en la práctica judicial abona la confusión, contribuye a la negación (desde un concepto de derechos subjetivo de corte kelseniano) de la existencia de derechos que reclaman las personas, lo cual les permite a los jueces declarar improcedentes las demandas de amparo y los recursos administrativos; ayuda también a que nuestro sistema de protección de derechos se centre en asuntos de forma y no de fondo, es decir, que las decisiones judiciales versen más sobre aspectos técnicos que sobre lo que realmente está en juego cuando los derechos entran en conflicto con otros derechos o con otros fines de la ley.²²⁷

Siguiendo lo expuesto por Cruz Parceró, coincido en que pugnar hoy por una mejor protección de los derechos fundamentales debe partir de tratar de concebir un esquema conceptual más apto para ello. Rechazar definiciones y teorías de los derechos (y de los intereses) que son un obstáculo epistemológico que impide el avance de la ciencia jurídica y el adecuado desarrollo de nuestras prácticas judiciales y administrativas. El concepto de interés legítimo que se introdujo en la ley, deviene de la historia jurisdiccional que hemos referido previamente, con esto, pese a la voluntad del legislador, las puertas del procedimiento pueden seguir cerradas para una gran cantidad de pretensiones; la reforma incluye el concepto de interés legítimo resulta entonces en una ampliación de las facultades discrecionales de los jueces para admitir ciertos casos (que crean que merecen ser atendidos) donde no se puede probar la existencia de un derecho subjetivo.²²⁸

9.2 Concepto y Naturaleza del Juicio de Amparo

De acuerdo con Octavio A. Hernández el concepto de amparo ha sido tratado por la doctrina y la legislación de diferentes maneras, como son: *Proceso legal* por Ignacio L. Vallarta, en su obra *El juicio de Amparo y el Write of Habeas Corpus; Institución de carácter político*, por Silvestre Moreno Cora, en su libro *Estudio del Derecho Constitucional patrio en lo relativo a los Derechos del Hombre; interdicto restitutorio* por Fernando Vega, en su obra *La nueva ley de amparo (1883); Juicio de carácter político* por Ricardo Couto, en su obra *Tratado Teórico Práctico de la Suspensión en el Amparo; Medio constitucional* por Rodolfo Reyes, en su libro *Reformas que convendría hacer al Código de Procedimiento Federales en el Capítulo Destinado al Juicio de Amparo (1906); y cuasi proceso* por Arturo Valenzuela, en su libro *la Forma procesal del Amparo*. En la legislación también se le ha dado al concepto de amparo diversas denominaciones: *proceso* en el Acta de Reformas de 1847; *Juicio* en la Constitución Política de 1857; *recurso* en las Leyes de Amparo de 1861, 1869 y 1882; y *Controversia* en la Constitución Política de 1917 y Ley de Amparo vigente. Vicente Roberto del Arenal Martínez en su libro, *La Técnica en el Juicio de Amparo*, lo define

²²⁷ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos*, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 188-190.

²²⁸ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos*, Editorial Trotta, Madrid 2007, p. 200.

como “la institución jurídica por la que una persona física o moral denominada quejoso, ejercita el derecho de acción, ante un órgano jurisdiccional federal o local, para reclamar de un órgano del Estado, federal, local y municipal denominada autoridad responsable, un acto o una Ley, que el citado quejoso estima vulnera sus garantías individuales o el régimen de distribución competencial entre Federación y Estados, para que se le restituye o mantenga en el goce de sus presuntos derechos, después de agotar los medios de impugnación ordinarios.”²²⁹

Para efectos del presente trabajo de investigación, el Juicio de amparo mexicano es el instrumento de control constitucional por excelencia, tanto de actos de las autoridades como de particulares en funciones de autoridad, para lo que tiene establecido su especial procedimiento, en el cual se delimita el interés legítimo que se tiene que acreditar para poder ejercer la acción para la demanda de protección de la justicia federal en contra de actos u omisiones violatorias de derechos fundamentales.

9.2.1 Elementos del juicio de amparo en México.

Se caracteriza por una serie de elementos, mismos que constituyen la esencia del concepto propuesto en este trabajo.

- El amparo es una institución jurídica, entendiéndose a esta como un conjunto de relaciones unificadas con vista a una finalidad común. El amparo tiene el carácter de institución jurídica dado que esta concebido y regulado jurídicamente por numerosas normas constitucionales y ordinarias que se vinculan teleológicamente es decir, por una finalidad común. Tal finalidad protege al gobernado frente a los actos presuntamente inconstitucionales o ilegales de la autoridad o de particulares.
- El quejoso en el amparo, es el titular de la acción de amparo, es la persona física o moral, que en su carácter de quejoso, ejercita el derecho de acción, para esto es importante considerar lo siguiente:
- El derecho de acción, la acción es la forma de realización de la protección o tutela que se ejerce respecto de la constitucionalidad y legalidad de los actos de autoridad.
- El órgano jurisdiccional. El control de constitucionalidad en el juicio de amparo lo ejerce el órgano jurisdiccional, el cual en forma general y normal es el Poder Judicial de la Federación, a través de la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y los jueces de Distrito.
- Se denomina a la autoridad responsable al ente, al que el quejoso le atribuye un acto o actos que se combaten a través del juicio de Amparo. Teniendo para 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. Para los efectos

²²⁹ DEL ARENAL MARTINEZ, Vicente Roberto, La técnica en el juicio de amparo, Editorial Flores, México 2015, pp. 99-100.

de la Ley de Amparo, 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.²³⁰

- El acto reclamado es el acto que se imputa por el quejoso a la autoridad llamada responsable. Tal acto puede ser ley, un tratado internacional, un reglamento o un acto o una omisión concreta.
- Violación de garantías individuales o del sistema de distribución de competencias. Es esencial a la autoridad responsable una presunta violación de los derechos fundamentales o una presunta violación al sistema de distribución competencial. La violación que se atribuye a la autoridad responsable es presunta, ya que el quejoso estima que el reglamento, ley, tratado, acto u omisión reclamado viola sus derechos fundamentales o garantías individuales. Será materia del juicio de amparo determinar si realmente existe o no tal vulneración.
- Restitución o mantenimiento en el goce de presuntos derechos. El fin de todo juicio de Amparo es restituir al quejoso en el goce de sus presuntos derechos.
- Agotamiento previo de los medios de impugnación ordinarios. Es requisito absolutamente indispensable que el quejoso, antes de promover el juicio de amparo, agote los recursos o medios de defensa que le otorgue el sistema jurídico que regula el acto o ley que reclamará.

La Suprema Corte de Justicia de la nación ha establecido que tratándose de la procedencia del amparo indirecto, 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 a su 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 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 exista un interés legítimo, se requiere de la existencia de una afectación en cierta esfera jurídica (no exclusivamente en una cuestión patrimonial) 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, 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. El interés legítimo

²³⁰ Fracción II, Artículo 5 Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

consiste en una categoría diferenciada y mas 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 tribunales competentes ante posibles lesiones jurídicas a intereses jurídicamente relevantes (protegidos). En esta lógica, mediante el interés legítimo, el demandante se encuentra en una situación jurídica inidentificable, 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 solo 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 la 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 a la luz de los lineamientos emitidos por la 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.²³¹

9.3 Razonamiento Lógico-Jurídico: Cambios por la vía jurisdiccional al principio de relatividad de las sentencias, con base a la teoría estructural de los derechos y al interés legítimo previsto en el texto constitucional y en la jurisprudencia, desde la óptica del principio *pro homine* y en concordancia con el derecho internacional de los derechos humanos establecido en convenciones internacionales y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de cumplimiento obligatorio para el Estado Mexicano.

Alexy señala que la historia de los derechos constitucionales en Alemania en la segunda mitad del siglo veinte resume la historia de su expansión. Esta expansión esta caracterizada por tres elementos íntimamente ligados. Primero, los derechos constitucionales han alcanzado una influencia que va mas allá de la relación entre el ciudadano y el estado. Han adquirido un “efecto de irradiación” sobre el en entero sistema jurídico. El resultado es la ubicuidad de los derechos constitucionales. Segundo, los derechos constitucionales han sido vinculados de manera intrínseca al principio de proporcionalidad. La aplicabilidad de este principio presupone que los derechos constitucionales tienen la estructura de principios o mandatos de

²³¹ 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), Tesis P./J.50/2014 (10ª), Pleno, Gaceta del Semanario judicial de la Federación, Décima Época, Libro 12, noviembre de 2014, Tomo I, p. 60

optimización. Debido a esta estructura, la ubicuidad se combina con la optimización. El tercero, el contenido de los derechos constitucionales se ha expandido más allá y por encima del de los derechos liberales clásicos. El objeto de los derechos liberales clásicos consiste sólo en la acción negativa u omisión estatal. A ello se han sumado, los derechos a la acción positiva del estado. De esta forma, los derechos de defensa tradicionales (*Abwehrrechte*) se han visto complementados por derechos de prestación (*Leistungsrechte*). Esta triada formada por la ubicuidad, la optimización y los derechos de prestación define lo que son hoy los derechos constitucionales. El desarrollo en otros lugares del mundo es muy similar en muchos aspectos.²³²

El concepto de derecho a la acción positiva del estado comprende una diversidad de derechos que se prestan a clasificaciones bastante distinguidas. Alexy propone la posibilidad de dividirlo en tres grupos: a) derechos a protección , 2) derechos a organización y procedimiento, y 3) derechos a prestaciones en sentido estricto.²³³ La estructura y el contenido de los derechos es bastante diferente, pero existe un común denominador que justifica su agrupación. Todos ellos requieren una acción positiva del estado. Con objeto de no conculcarlos, no basta con que el estado se abstenga de interferir en los ámbitos que protegen, especialmente la vida, la libertad y la propiedad. Como se ha señalado previamente, los derechos a protección son derechos constitucionales que ostenta su titular contra el estado, es decir, a que este le proteja interferencia de terceros. Los derechos a protección pueden tener una variedad de objetos. La principal fuente de problemas con que se topan los derechos a protección es que la protección de una parte significa la interferencia de otra. Esta dialéctica de protección e interferencia da lugar a la siguiente observación: solo puede haber una solución correcta si ambos derechos, el de protección y el de defensa, han de ser optimizados de acuerdo con las normas de la proporcionalidad. La estructura de los derechos a protección difiere en un aspecto fundamental de la de los derechos de defensa. Los derechos de defensa son prohibiciones de destruir, de perjudicar, etc. Los derechos a protección son mandatos de proteger, apoyar, etc. Cuando existe una prohibición de destruir o perjudicar algo, entonces esta prohibido cualquier acto de destrucción o de perjuicio. En cambio cuando hay un mandato de proteger o apoyar algo, no cualquier acto de protección o apoyo es exigido. Por lo tanto, los derechos a protección tienen una estructura alternativa o disyuntiva, y los de defensa una estructura conjuntiva. La acción constitucional del estado tiene un equivalente definitivo, que consiste en la omisión de justamente esa acción anticonstitucional. La estructura alternativa implica que la omisión anticonstitucional no tiene equivalente

²³² ALEXY, Robert, Sobre los Derechos Constitucionales a Protección en Robert Alexy, Derechos Sociales y ponderación, colección dirigida por Ernesto Garzón Valdés, Celestino Pardo, Antonio Pau y Rodolfo Vázquez, Editorial Fontamara, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, México 2010, pp. 46-47.

²³³ ALEXY Robert, Teoría, pp. 430 y 435-501, en ALEXY, Robert, Sobre los Derechos Constitucionales a Protección en Robert Alexy, Derechos Sociales y ponderación, colección dirigida por Ernesto Garzón Valdés, Celestino Pardo, Antonio Pau y Rodolfo Vázquez, Editorial Fontamara, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, México 2010, p. 50.

alguno definitivo, sino tantos posibles equivalente como alternativas existan. Según Alexy, esto se clarifica relacionando la estructura alternativa de los derechos a protección con el principio de proporcionalidad.²³⁴ La alternatividad y la proporcionalidad deben relacionarse dentro de la estructura dialéctica definida por la colisión de los derechos a protección y los de defensa. El punto decisivo radica en que, cuando lo que se encuentra en juego es la violación de un derecho de defensa, no existen diferencias lógicas entre el examen de violación justificada por un derecho de protección y el examen de una violación justificada por una política pública o un bien colectivo. El principio de proporcionalidad esta formado por tres sub principios: los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los tres principios expresan la idea de optimización. La aplicación del principio de proporcionalidad a los derechos constitucionales implica considerarlos mandatos de optimización, es decir, principios. Por este motivo, a menudo se emplea el término principio en lugar de derecho. Los dos primeros subprincipios del principio de proporcionalidad son los principios de adecuación y necesidad. El principio de adecuación excluye la adopción de medios que infrinjan un derecho constitucional sin promover ningún derecho u objetivo para los que se adoptaron dichos medios. Si un medio “M”, adoptado con objeto de promover un derecho a protección, no es adecuado para dicho objeto e infringe un derecho de defensa, entonces sería desproporcionado y, por tanto, anticonstitucional. Lo mismo sucede si la falta de adecuación se refiere a la relación de “M” con cualquier otro objetivo. La situación es similar en el caso de la necesidad. El principio de necesidad requiere que entre dos medios igualmente idóneos en términos generales para promover un derecho a protección, debe escogerse el que interfiera menos con el derecho de defensa. Lo mismo sucede cuando los medios son igualmente idóneos para cualquier otro objetivo o bien colectivo. En el caso de la proporcionalidad en sentido estricto, es aquí donde entra en juego un aspecto que invierta la dirección del examen de la proporcionalidad, es decir, se plantea si se ha infringido o no un derecho a protección. Este principio de proporcionalidad en sentido estricto es idéntico a una regla que podría denominarse la “Ley de la ponderación”; esta regla se refiere a los derechos constitucionales en tanto que principios y establece que cuanto mayor es el grado de no satisfacción, o perjuicio, de un principio, tanto mas importante es satisfacer el otro. La ley de la ponderación expresa el aspecto más significativo de la compleja estructura de la ponderación. Puede encontrarse una descripción completa de lo que significa la ponderación de dos principios en la llamada “Formula del peso”, misma que únicamente mencionaremos, por ser un tema que requeriría en si un trabajo de investigación por separado.²³⁵ La fórmula del peso es un intento de ilustrar la

²³⁴ ALEXY, Robert, Sobre los Derechos Constitucionales a Protección en Robert Alexy, Derechos Sociales y ponderación, colección dirigida por Ernesto Garzón Valdés, Celestino Pardo, Antonio Pau y Rodolfo Vázquez, Editorial Fontamara, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, México 2010, pp. 52-57.

²³⁵ ALEXY, Robert, Sobre los Derechos Constitucionales a Protección en Robert Alexy, Derechos Sociales y ponderación, colección dirigida por Ernesto Garzón Valdés, Celestino Pardo, Antonio Pau y Rodolfo Vázquez, Editorial Fontamara, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, México 2010, p. 40-66.

estructura de la ponderación con la ayuda de un modelo matemático,²³⁶ de la siguiente manera:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Ahora bien, Ferrajoli propone una definición de los derechos fundamentales como: "(...) todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por "derecho subjetivo" cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por "status" la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas."²³⁷

Los elementos distintivos de los derechos fundamentales para Ferrajoli son: (1) la universalidad referida a un status, (2) el status puede ser como persona, ciudadanos o personas con capacidad de obrar, (3) su indisponibilidad e inalienabilidad, y (4) un derecho que puede ser positivo o negativo y que debe estar en una norma jurídica.²³⁸

Prieto Sanchis por su parte, argumenta que para que un derecho sea fundamental debe servir a cualquiera de los siguientes valores: la vida, la dignidad, la libertad, la igualdad y la participación política. Asimismo, afirma que la supremacía o carácter absoluto de los derechos humanos es la particularidad esencial de la fundamentalidad. Otras características serían: (1) la universalidad misma que refiere a la posibilidad de cualquier persona situada en el supuesto normativo de disfrutar del derecho de que se trate, sin discriminación alguna, y (2) ser erga omnes lo cual lleva a que los derechos fundamentales son oponibles no solo frente al Estado sino también frente a los particulares.²³⁹

²³⁶ ALEXY, Robert, *On balancing and subsumption. A structural comparison*, (en *Ratio Juris*, 16, 2003, pág. 433 y sigs.), pág. 446, en ALEXY, Robert, *Sobre los Derechos Constitucionales a Protección* en Robert Alexy, *Derechos Sociales y ponderación*, colección dirigida por Ernesto Garzón Valdés, Celestino Pardo, Antonio Pau y Rodolfo Vázquez, Editorial Fontamara, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, México 2010, p. 59.

²³⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías, la ley del mas débil*, 2ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 37.

²³⁸ FERRAJOLI, LUIGI, *Sobre los derechos fundamentales*, trad. De Miguel Carbonell en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 15, julio -diciembre 2006, pp. 113-136, en ALVÁREZ, Clara Luz, *Internet y derechos fundamentales*, Editorial Porrúa, Universidad Panamericana, México 2011, p. 126.

²³⁹ PRIETO SANCHIS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, pp. 80-88.

Clara Luz Álvarez, define a los derechos fundamentales como aquellos derechos esenciales para la vida en sociedad de manera pacífica, donde las personas gozan de dichos derechos sin discriminación alguna y estos les permiten tener una vida digna en ejercicio de su libertad de autodeterminación. Los derechos fundamentales, según el contenido esencial de cada uno de ellos, puede ser oponible al Estado y/o a los particulares, pudiendo conferir un derecho positivo (prestacional), uno negativo (abstención) o una combinación de ambos. Los derechos fundamentales no son un catálogo estático e inamovible, están vinculados con la realidad histórica concreta, por lo que son susceptibles de extenderse con nuevos derechos de acuerdo con las exigencias de la persona humana.²⁴⁰

Carpizo sostiene que los derechos humanos, que son inherentes a nuestra naturaleza, en cuanto a su concepto, reconocimiento y contenido son, sin lugar a dudas, resultado en buena parte de la historia y de la civilización y, por tanto, sujetos a evolución y modificación. Recordemos que una de las características del concepto de Derechos Humanos, según lo señalaba René Cassin, es precisamente la constante expansión de la idea y de su contenido.²⁴¹

Históricamente, Ferrajoli señala, los derechos fundamentales se han ido ampliado (ej. de los derechos civiles al derecho a la información). Por su parte, Carpizo afirma que los nuevos derechos humanos son “resultado de las necesidades y los problemas que actualmente tiene la humanidad” al referirse a los derechos humanos de tercera generación (derecho a la paz, al desarrollo, a la libre determinación de los pueblos, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad y el derecho a ser diferente), mismos que expresan nuevas aspiraciones y reivindicaciones y están sujetos a un proceso de creación y maduración.²⁴²

Prieto Sanchis argumenta que los términos en los que fueron escritos los conceptos constitucionales son abiertos a la finalidad de que sean interpretados de conformidad con la concepción del momento en que se interpretan. Ello se debe a que los derechos fundamentales deben comprenderse de acuerdo con el lugar que ocupan en la historia. Por tanto, los derechos fundamentales responden a lo que en un momento específico de la historia se consideran los valores morales de dignidad, libertad e igualdad. De esta manera se hace posible que se incorporen nuevos derechos fundamentales a partir de la evolución tecnológica, por ejemplo.²⁴³

²⁴⁰ ALVÁREZ, Clara Luz, *Internet y derechos fundamentales*, Editorial Porrúa, Universidad Panamericana, México 2011, p. 126-127.

²⁴¹ CARPIZO, Jorge, *Derechos humanos y Ombudsman*, 3ª edición, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México 2003, p. 101.

²⁴² ALVÁREZ, Clara Luz, *Internet y derechos fundamentales*, Editorial Porrúa, Universidad Panamericana, México 2011, p. 127-128.

²⁴³ PRIETO SANCHIS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, pp. 90-93.

En este mismo tenor, sobre el aumento en los derechos fundamentales, Fernández y Vidal destacan las dificultades que se presentan para determinar cuales son las necesidades básicas. Incluso, éstas pueden variar a lo largo de la vida de una misma persona y estar determinadas por las circunstancias sociales. Los autores reconocen que las necesidades básicas pueden variar por razones sociales e históricas, pero hacen hincapié en el riesgo de ampliarlas excesivamente en países desarrollados, por falta de solidaridad y las diferencias profundas que pueden existir con los países en vías de desarrollo. Adicionalmente, en cuanto a los titulares de los derechos sociales se enfatiza que estos son “derechos del ser humano históricamente situado, que ocupa una determinada posición en el sistema social y que tiene unas necesidades cuya satisfacción se articula en forma de derechos.”²⁴⁴

De acuerdo con Peces Barba “(...) la finalidad de todos los derechos fundamentales sin excepción única: es profundizar y potenciar la libertad de los individuos y de los grupos que éstos integran.” Adicionalmente, asevera que todos los derechos son de libertad, por lo que todos los derechos fundamentales buscan la libertad como libertad de autonomía a fin de lograr el desarrollo integral de los seres humanos. Para este autor, la crítica socialista logró incorporar la igualdad, misma que complementa a los derechos de libertad y potencian a la libertad.²⁴⁵

Prieto Sanchis coincide con Peces Barba en el sentido de que de manera general en el sentido de que de manera general todos los derechos sirven a la libertad, mientras que la igualdad tiene un carácter instrumental. Por tanto, distingue entre derechos de libertad como aquellos que persiguen la libertad y los derechos de libertad igualitaria cuya función es combatir las desigualdades.²⁴⁶ De tal suerte que los “(...) derechos de libertad son aquellos que tratan de garantizar el pleno desarrollo humano mediante la delimitación de un ámbito de autonomía individual, que no puede ser perturbado ni por el poder ni por los individuos o grupos; estas libertades encuentran hoy un complemento necesario en los derechos de igualdad, que promueven la plena integración del hombre en la sociedad y hacen posible que los titulares jurídicos de la libertad la disfruten efectivamente.”²⁴⁷

En cuanto a la libertad e igualdad, Badeni señala que “(...) es intensa la relación entre la libertad y la igualdad, porque no puede haber una auténtica libertad sin igualdad, ni

²⁴⁴ FERNANDEZ, Ma. E. Y VIDAL, E., Los derechos humanos de segunda y tercera generación, José Justo Megias Quiros (coord.), Manual de Derechos Humanos, pp. 110-115, en ALVÁREZ, Clara Luz, Internet y derechos fundamentales, Editorial Porrúa, Universidad Panamericana, México 2011, p. 128.

²⁴⁵ PECES BARBA, Gregorio, Escritos sobre derechos fundamentales, Editorial Eudema, Madrid, 1988, pp. 202-213.

²⁴⁶ PRIETO SANCHIS, Luis, Estudios sobre derechos fundamentales, Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 127

²⁴⁷ PRIETO SANCHIS, Luis, Estudios sobre derechos fundamentales, Editorial Debate, Madrid, 1990, Op. Cit.

tampoco igualdad sin libertad.”²⁴⁸ Para él, la libertad “es el atributo de la persona, y el derecho es el procedimiento e institución establecido por la norma jurídica positiva para hacer efectiva esa libertad en el plano de la convivencia social regulada legalmente.”²⁴⁹

Bobbio profundiza en el concepto de libertad distinguiendo a la libertad negativa de la positiva. La libertad negativa presupone la ausencia de obstáculos que permiten al ser humano actuar o no, según su decisión.²⁵⁰ La libertad positiva es equivalente a la autonomía, toda vez que se refiere a la “situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objeto, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros(...) Esta forma de libertad se llama también autodeterminación o, de manera mas apropiada “autonomía” (...) Por lo que la libertad positiva es una cualificación de la voluntad.”²⁵¹

En cuanto a igualdad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha interpretado en diversas ocasiones el contenido y alcance del principio de igualdad, destacándose los siguientes puntos:

- La igualdad es un principio y un derecho de carácter fundamental adjetivo que se predica siempre de algo.²⁵²
- La igualdad es un principio que garantiza a las personas que serán iguales ante la ley (como destinatarios y sujetos del sistema judicial) y en la ley (en cuanto a contenido).²⁵³
- El principio de igualdad ordena tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, por lo que el legislador esta constitucionalmente impedido en algunos casos de distinguir y en otros esta obligado a esa distinción.²⁵⁴

²⁴⁸ BADENI, Gregorio, Tratado de libertad de prensa, Editorial Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 22.

²⁴⁹ BADENI, Gregorio, Tratado de libertad de prensa, Editorial Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, op. cit. ídem.

²⁵⁰ BOBBIO, Norberto, Igualdad y libertad, Editorial Paidós, Barcelona 1993, pp. 97 y 102.

²⁵¹ BOBBIO, Norberto, Igualdad y libertad, Editorial Paidós, Barcelona 1993, pp. 100 y 102.

²⁵² IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRUCTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS), Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Abril de 2008, jurisprudencia 1ª./J. 37/2008, p. 175

²⁵³ IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIV, Septiembre de 2006, p. 75, 1ª./J. 55/2006

²⁵⁴ IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIV, Septiembre de 2006, p. 75, 1ª./J. 55/2006

- El principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado.²⁵⁵
- El derecho fundamental a la igualdad instituido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no pretende generar una igualdad matemática y ciega ante las diferentes situaciones que surgen en la realidad, sino que se refiere a una igualdad de trato ante la ley.²⁵⁶
- El principio de igualdad esta previsto en múltiples preceptos de la Constitución General, algunos de ellos son normas particulares de igualdad, otros son relativos al principio general de igualdad.²⁵⁷
- La igualdad del artículo 1 de la Constitución reconoce la igualdad de todas las personas y prohíbe cualquier discriminación con base en origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil (o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas,²⁵⁸ a menos que se trate de una acción afirmativa para compensar una situación histórica desventajosa de estos grupos.²⁵⁹

La igualdad se puede distinguir entre igualdad ante la ley y la igualdad de oportunidades. La igualdad ante la ley o igualdad formal es la que se limita a considerar a todos los seres humanos iguales desde el punto de vista jurídico, sin considerar las diferencias que pudieran existir entre ellos (p. ej. Situación económica, edad).²⁶⁰ Burgoa define la igualdad jurídica como el conjunto de posibilidades y

²⁵⁵ IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, Octubre de 2004, p. 99 jurisprudencia 1ª./J.81/2004.

²⁵⁶ IGUALDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO. Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII, Noviembre de 2005, p. 40 tesis 1ª. CXXXVIII/2005

²⁵⁷ PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE. Segunda Sala, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Junio de 2008, tesis aislada 2ª. LXXXII/2008, p. 448

²⁵⁸ IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS), Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Abril de 2008, jurisprudencia 1ª./J. 37/2008, p. 175

²⁵⁹ IGUALDAD, CASOS EN LOS QUE EL JUZGADOR CONSTITUCIONAL DEBE ANALIZAR EL RESPETO A DICHA GARANTÍA CON MAYOR INTENSIDAD, Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Junio de 2008, p. 439

²⁶⁰ ALVÁREZ, Clara Luz, Internet y derechos fundamentales, Editorial Porrúa, Universidad Panamericana, México 2011, p. 132.

capacidades imputables al sujeto, en el sentido de que este en aptitud de adquirir los mismos derechos y contraer las mismas obligaciones desde un punto de vista cualitativo, que corresponden a otras personas colocadas en idéntica situación determinada.²⁶¹ La igualdad de oportunidades cuya finalidad es situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales.²⁶²

Fernández y Vidal consideran a la igualdad de oportunidades como la efectiva para el pleno desarrollo de su capacidad física, intelectual y personal. Además, agregan que la justicia demanda la satisfacción de las necesidades básicas o mínimas vitales de todo ser humano, independientemente de si dicha persona contribuye o no al proceso productivo.²⁶³ Ferrajoli sostiene que la satisfacción de los mínimos vitales (derechos a la salud, educación, subsistencia y previsión social), la solución a las desigualdades entre los sujetos fuertes y débiles, así como el grado de efectividad de la igualdad de los derechos fundamentales son la base de la paz.²⁶⁴

Siguiendo a Clara Luz Álvarez, se debe considerar a la libertad y a la igualdad como elementos indispensables para el desarrollo pleno del ser humano y para que este cuente con una autonomía efectiva y no meramente formal.²⁶⁵ Adicionalmente, es reconocido que los derechos fundamentales son universales e interdependientes, debiéndose considerar de manera integral y realizarse incondicionalmente. Incluso en el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, la Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad²⁶⁶, se reafirma la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos fundamentales.

Las obligaciones derivadas de los derechos fundamentales incluyen aquellas de: 1) respetar, que entraña una abstención del Estado, 2) proteger, en las cuales el Estado debe adoptar las medidas para evitar que se violen los derechos fundamentales por

²⁶¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 38ª edición, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 255

²⁶² BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Editorial Paidós, Barcelona 1993, p. 78

²⁶³ FERNANDEZ, Ma. E. y Vidal, pp.109-110, en ALVÁREZ, Clara Luz, *Internet y derechos fundamentales*, Editorial Porrúa, Universidad Panamericana, México 2011, p. 132.

²⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, 2ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 118-119.

²⁶⁵ ALVÁREZ, Clara Luz, *Internet y derechos fundamentales*, Editorial Porrúa, Universidad Panamericana, México 2011, p. 153

²⁶⁶ Convención de los Derechos de las personas con discapacidad, Preámbulo, inciso c).

terceros, y 3) satisfacer, que implica una acción del Estado para garantizar que el ser humano tenga la oportunidad de cubrir sus necesidades básicas.²⁶⁷

Peces Barba enfatiza que la finalidad de los derechos fundamentales es el desarrollo integral de la persona. Para ello, puede ser necesaria la intervención del Estado para satisfacer necesidades básicas que permitan al ser humano alcanzar su libertad final, siendo los derechos económicos, sociales y culturales un camino para lograrlo en tanto estos pretenden garantizar un determinado ámbito de libertad, sin posibles interferencias por parte del Estado, de los restantes poderes y de los demás individuos. Sin embargo dicho autor también señala que no solo los derechos económicos, sociales y culturales, sino también los derechos civiles y políticos una acción positiva del Estado lo cual se convierte en un derecho prestacional o de crédito.²⁶⁸

Es importante recordar como lo apunta Carpizo que los derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales forman una unidad. Realmente no se podrá llevar una vida digna si falta libertad, igualdad y seguridad jurídica, pero estás poco dirán si no existen satisfactores económicos y sociales mínimos para poder subsistir como ser humano.²⁶⁹

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales se ha aceptado que estos se aseguren a través de medidas de carácter progresivo. La progresividad se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos,²⁷⁰ en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁷¹, en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos,²⁷² el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

²⁶⁷ HENDRICKS, Aart, *“The Right to health in national and international jurisprudence”*, European Journal of Health law, vol. 5, Holanda, Kluwer Law International, 1998, pp. 389-408.

²⁶⁸ PECES BARBA, Gregorio, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Editorial Eudema, Madrid, 1988, pp.199-208.

²⁶⁹ CARPIZO, Jorge, *Derechos humanos y Ombudsman*, 3ª edición, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México 2003, p. 75.

²⁷⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo.

²⁷¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2, párrafo 1.

²⁷² Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), artículo 26.

(Protocolo de San Salvador)²⁷³ en la convención sobre los Derechos del Niño²⁷⁴ y en la Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad.²⁷⁵

En especial, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece dos tipos de obligaciones para los Estados partes: de realizar y de resultado. El Pacto reconoce que los derechos económicos, sociales y culturales no podrán realizarse en el corto plazo. Por lo cual la realización progresiva de los derechos reconocidos por el Pacto establece una flexibilidad necesaria dadas las circunstancias del mundo real y las limitaciones en recursos por parte de los Estados obligados a hacer efectivos dichos derechos. Sin embargo, el Pacto impone obligaciones inmediatas y los Estados deben implementar las medidas necesarias para avanzar en la plena realización de los derechos. Incluso, las medidas deben contemplar todos los recursos disponibles, conforme a las circunstancias particulares del Estado de que se trate.²⁷⁶

Carbonell hace hincapié en que los derechos sociales son normas jurídicas que obligan al Estado a adoptar acciones y las medidas más apropiadas para que sean efectivos, tutelándolos sin discriminación, así como para que dichas medidas sean continuas y permanezcan aún en periodo de crisis o de ajustes estructurales.²⁷⁷

*Toute Societe dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*²⁷⁸

El reconocimiento de los derechos humanos como derechos fundamentales en el marco jurídico de un país resulta limitado si no se proveen las garantías necesarias para su realización efectiva y su respeto pleno. "(...) la realización de cada derecho humano demanda que (...) se exija su respeto y satisfacción así como su ejercicio personal en libertad como medio para promover el perfeccionamiento personal."²⁷⁹

²⁷³ Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), artículo 1.

²⁷⁴ Convención de los Derechos del Niño, Artículo 4.

²⁷⁵ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Artículo 4, párrafo 2.

²⁷⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la organización de las Naciones Unidas, *General Comments 3 regarding the nature of States parties obligations*, 14 de diciembre de 1990, párrafos 1-5 y 8-11.

²⁷⁷ Ferrajoli, en CARBONELL Miguel, y SALAZAR, Pedro, *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp. 191-202.

²⁷⁸ Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esta asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene constitución, *Déclaration des Droits de l'Homme e du Citoyen* de 1789, artículo XVI.

²⁷⁹ UGARTE ARTAL, Carolina, *Las Naciones Unidas y la educación en derechos humanos*, Editorial Eunsa, Barañáin (Navarra) 2004, p. 99.

Así, en relación a lo expuesto previamente respecto al interés legítimo y los derechos subjetivos, podríamos decir que para Ihering un derecho es un bien, un valor o un interés, a esto lo llama el elemento sustancial. La idea de interés, según refiere, alude al valor o un bien en relación al sujeto y sus fines. El segundo elemento, de acuerdo con Ihering, es el elemento formal: la protección jurídica, en cuanto a que el derecho subjetivo es la seguridad del goce.

Por lo tanto podemos homologar para estos efectos a los derechos humanos con el elemento sustancial y a las garantías con el elemento formal. En cualquier caso sin importar el nombre que se le de, es que sea útil para lograr su finalidad: realización efectiva y respeto a los derechos fundamentales, al tiempo de proveer un remedio a la violación de éstos. Desde la Carta de la Organización de las Naciones Unidas es establece que dicha organización promoverá “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.”²⁸⁰

La Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre menciona que el sistema inicial de protección para los derechos humanos en América es precisamente dicha declaración y las garantías ofrecidas por cada Estado.²⁸¹ En cambio la Declaración Universal de los Derechos Humanos hace mucho mayor énfasis en lo que puede considerarse como garantías, al señalar que “(...) los estados miembros se han comprometido a aseguraren cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, (...) 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 (...).”²⁸²

Además la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.”²⁸³

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos profundiza en las garantías de los derechos fundamentales: “1. Cada uno de los Estados partes en el presente acto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra

²⁸⁰ Carta de la Organización de las Naciones Unidas, artículo 55, inciso c).

²⁸¹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Preámbulo.

²⁸² Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo.

²⁸³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 28.

condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente pacto y no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”²⁸⁴

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en su primer artículo textualmente indica que “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 este 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.”²⁸⁵

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que “cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”²⁸⁶

El Pacto de San Salvador reitera que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para lograr la plena efectividad de los derechos ahí reconocidos, comprometiéndose a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos tales derechos.²⁸⁷

La Convención sobre los Derechos del niño establece que los Estados asegurarán la aplicación de los derechos establecidos en la propia Convención a cada niño sujeto a su jurisdicción, debiendo tomar las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a dichos derechos.²⁸⁸

De los instrumentos internacionales mencionados, se desprende que en todos, se ha hecho referencia a la necesidad de garantizar el respeto de los derechos fundamentales y garantizar que estos tengan efectividad.

²⁸⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.

²⁸⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), artículo 1, párrafo 1.

²⁸⁶ Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2, párrafo 1.

²⁸⁷ Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), artículos 1 y 2.

²⁸⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 1 y 2, y artículo 4.

El juicio de amparo es el medio por excelencia para reclamar por la violación de derechos fundamentales. Este procedimiento, sin embargo, se ha vuelto tan complejo y tan técnico que difícilmente se encuentran al alcance de la mayoría de las personas a las que se les violentan sus derechos.

Siguiendo el sentido de lo expuesto en el presente trabajo de investigación, la Suprema Corte, utilizando algunos elementos de la doctrina que citado previamente como se verá, se ha pronunciado en el sentido de que la doctrina contemporánea ha conceptualizado, de manera general, al interés supraindividual y, específicamente, a los intereses difusos y colectivos. Ahora bien, debido a la complejidad para tutelarlos mediante el amparo, dado que se advierte como principal contrariedad la legitimación *ad causam*, porque pudiera considerarse que rompe con el sistema de protección constitucional que se rige, entre otros, por los principios de agravio personal y directo y relatividad de las sentencias, el Constituyente Permanente, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de julio de 2010, adicionó un párrafo tercero al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y ordenó la creación de leyes y procedimientos para que los ciudadanos cuenten con nuevos mecanismos de tutela jurisdiccional para la defensa de sus intereses colectivos. No obstante, la regulación formal no constituye una condición para determinar la legitimación procesal de los miembros de la colectividad cuando precisan defender al grupo al que pertenecen de un acto autoritario que estiman afecta algún interés supraindividual. Consecuentemente, todos los miembros de un grupo cuentan con interés legítimo para promover el juicio de garantías indirecto, en tanto que se hace valer un interés común y la decisión del conflicto se traducirá en un beneficio, para todos y no sólo para quienes impugnaron el acto.²⁸⁹

Así, podemos apreciar que de acuerdo a lo diversos conceptos, tanto de doctrinarios como del texto de tratados internacionales, de la misma Constitución, de la ley, y de la jurisprudencia, expuestos en el presente trabajo de investigación, resulta evidente que se confirma la necesidad de garantizar el respeto de los derechos fundamentales y garantizar que estos tengan efectividad, ya sea partiendo y fundamentando la acción desde el punto de la teoría estructural de los derechos de Alexy y al mismo tiempo haciendo la distinción entre reglas de acción (RA) y reglas de fin (RF) y principios en sentido estricto (P) y directrices (D) de Cruz Parceró, adicionalmente y desde la óptica de la jerarquía normativa nacional, considerando que la Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación, como se ha mencionado previamente considera a la Constitución y a los tratados Internacionales en materia de derechos humanos la ley suprema de la nación, nos resulta evidente el camino que se debe recorrer para lograr la exigibilidad del cumplimiento de derechos fundamentales colectivos por la vía del amparo, logrando una protección de la justicia general con efectos generales.

²⁸⁹ INTERESES DIFUSOS O COLECTIVOS. SU TUTELA MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. Tesis XI.1º.A.T.50 K, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, Septiembre de 2011, Novena Época, Tesis Aislada (Común).

9.4 Conclusión: En base a lo expuesto previamente, ¿Se puede resolver un amparo colectivo por violaciones a derechos humanos con una sentencia con efectos *erga omnes*?

El modelo democrático constitucional lo entendemos para efectos de este trabajo, como el régimen en el que el ejercicio del poder de decisión colectiva se encuentra formal y materialmente limitado, los individuos para crear un poder común renuncian voluntariamente a sus bienes a través de un contrato que favorece a un tercero y a la que quedarán sometidos. El fundamento del estado liberal es el individuo, los derechos humanos y el consenso como fundamento de legitimidad del poder político de manera que tal que es posible construir límites al poder estatal. Es así como el contractualismo representa una metáfora del constitucionalismo: la constitución recoge los derechos naturales y al hacerlo los convierte en derechos positivos, esto representa la expresión del pacto entre los ciudadanos y legitima y condiciona el poder político.

La doctrina de la separación de poderes es parte fundamental del estado de derecho, democrático y constitucional, según esta el estado realiza tres funciones: legislativa, jurisdiccional y ejecutiva. La superioridad de la función legislativa es de carácter lógico, ya que la función jurisdiccional y la ejecutiva debe fundarse en una norma previa y además adecuarse a la misma. Sin embargo la función legislativa también está limitada en función del coto vedado respecto a los derechos humanos que el legislador está obligado a respetar en cumplimiento a las obligaciones contraídas por el Estado Mexicano mediante acuerdo y tratados internacionales previamente suscritos.

Ahora bien, de acuerdo con lo propuesto por los teóricos previamente citados, el neoconstitucionalismo, básicamente se distingue de la ideología constitucionalista, toda vez que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Esta doctrina concibe la doble evolución que han experimentado las constituciones occidentales durante la segunda mitad del siglo XX en el sentido de que se ha aumentado el valor jurídico y los contenidos materiales de la constitución, los cuales se encuentran garantizados en función del coto vedado o núcleo inmodificable respecto a los derechos humanos que el legislador está obligado a respetar en cumplimiento a las obligaciones contraídas por el estado mexicano mediante acuerdo y tratados internacionales previamente suscritos, limitando de cierta forma, la voluntad general a los límites impuestos por la norma fundamental, decimos de cierta forma por que consideramos a los derechos fundamentales como el parámetro para valorar la igualdad jurídica y esta representa la dimensión sustantiva de la democracia, por lo que se entiende que los derechos no pueden oponerse a la misma, sino que constituyen una dimensión sustantiva de la misma.

Como hemos visto, la supremacía de la constitución sobre las mayorías parlamentarias y sobre el estado en general, constituye un acuerdo sobre los valores fundamentales que irradia sus efectos sobre la totalidad del ordenamiento y delega al

legislador su desarrollo, por lo tanto la constitución no es solo la norma de grado (jurídico) jerárquico mas elevado, sino que constituye la norma axiológicamente suprema. La supremacía constitucional implica que las normas constitucionales tengan fuerza suficiente para provocar la invalidez de las normas inferiores que entran en contradicción con la misma. El control jurisdiccional se justifica como un medio para proteger la forma democrática de gobierno y para cerciorarse que tanto el contenido de las leyes como de los actos del estado, así como de particulares cuando sea el caso y que estos sean conforme a lo dispuesto por la ley suprema. En este caso

Hay que recordar que tanto los tribunales de justicia como las asambleas legislativas son instituciones imperfectas y falibles, pero hay razones para creer que, en materia de derechos fundamentales, los tribunales tienen una ventaja comparativa, toda vez que suponemos que tanto los abogados y los jueces que actúan de buena fe realizan una lectura de la constitución adecuada a la historia de la comunidad y que se traduce en una interpretación moralmente constructiva de los principios constitucionalmente reconocidos. En este sentido, podemos encontrar que hay razones para creer que el control jurisdiccional de la constitución es la mejor garantía de los derechos fundamentales y por ende, de las condiciones que hacen posible a la democracia, mismos que han sido creados (ya sea el modelo centralizado, descentralizado o mixto) para controlar la acción de todos los poderes del estado (y de particulares) para garantizar la supremacía de la norma suprema.

El modelo democrático constitucional presupone que el poder de las mayorías políticas se encuentra limitado y que algunos principios fundamentales de la convivencia civil escapan la deliberación colectiva, así como su protección se debe encomendar a un órgano jurisdiccional constitucional, en el entendido de que la autonomía política de los ciudadanos y por lo tanto, el ejercicio de su poder soberano debe estar limitado por el reconocimiento de los derechos fundamentales, en tanto que estos se consideran como precondition para que sea posible el ejercicio de su autonomía política, lo que significa que el coto vedado se encuentra democráticamente justificado únicamente cuando contiene las condiciones y las condiciones de la democracia.

Los derechos fundamentales en base a la teoría estructural de los derechos, Alexy ha propuesto una clasificación de los derechos que nos ayuda a entenderlos, en tanto la función básica de los derechos en donde se puede apreciar la interdependencia de cada uno de ellos con el resto. La clasificación consiste en tres tipos de derechos: **derecho a algo**, libertades y competencias. Los derechos a algo, por su parte los divide en: **1. derechos a acciones negativas o derechos de defensa** (1.1 derechos a que no obstaculicen o impidan determinadas acciones, 1.2. derechos a que no se afecten propiedades o situaciones del titular del derecho, 1.3. derechos a que no se eliminen posiciones jurídicas del titular del derecho) y **2. derechos a acciones positivas o derechos a prestaciones** (en sentido amplio todo derecho a un acto positivo de otro sujeto es un derecho a prestaciones, y los divide en 2.1 derechos a protección (aquellos derechos que el titular tiene frente al Estado para que lo proteja de intervenciones de terceros; los bienes posibles de protección, pueden ser todos

aquellos que se consideren jurídicamente valiosos y dignos de ser protegidos (generalmente en la constitución)), estos a su vez se dividen en: 2.1.1. a competencias de derecho privado, 2.1.2. procedimientos judiciales y administrativos, 2.1.3. organización y 2.1.4. formación de la voluntad estatal; 2.2. derechos a organización y procedimiento, y 2.2. derechos a prestaciones en sentido estricto (derechos del individuo frente al estado a algo que si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría obtenerlo de particulares).

En cuanto a los derechos subjetivos, Ihering propone, en tanto que son dos los elementos que constituyen su concepto, uno sustancial, en el que reside el fin práctico del mismo y otro formal que se comporta con respecto a aquel fin meramente como medio, es decir la protección del derecho.

Respecto al interés legítimo, la doctrina internacional se ha pronunciado en el sentido de reconocer que este interés lo tiene cualquier persona, pública o privada, reconocida por el ordenamiento jurídico, como una situación jurídica activa que se ostenta por relación a la actuación de un tercero y que no supone, a diferencia del derecho subjetivo, una obligación correlativa de dar, hacer o no hacer exigible de otra persona, pero sí comporta la facultad del interesado de exigir el respeto del ordenamiento jurídico y en su caso de exigir una reparación de los perjuicios antijurídicos que de esa actuación le deriven. Por un lado se identifican a los intereses colectivos con los difusos, por ser supraindividuales e indivisibles, pero se hace una distinción entre los intereses colectivos en tanto que son esencialmente colectivos y los intereses individuales homogéneos en tanto que son accidentalmente colectivos.

Las acciones colectivas se entienden como un medio que se establece para reparar un daño o inconveniente, para garantizar se cumplan los derechos, pero también la medida correctiva para solucionar la violación a lo que se denomina derecho o intereses colectivos.

Como se ha mencionado, el juicio de amparo mexicano es el instrumento de control constitucional por excelencia, tanto de actos de las autoridades como de particulares en funciones de autoridad, para lo que tiene establecido su especial procedimiento, en el cual se delimita el interés legítimo que se tiene que acreditar para poder ejercer la acción para la demanda de protección de la justicia federal en contra de actos u omisiones violatorias de derechos fundamentales.

Ahora bien, es importante señalar que para accionar este medio de defensa constitucional, el camino se encuentra viciado, toda vez que en México, siempre ha regido la regla de que para que el inicio del juicio de amparo es necesaria la existencia de un interés jurídico identificado con el derecho subjetivo, esta identificación tiene su origen en que los doctrinarios constitucionalistas y administrativos acudieron a civilistas para entender la figura de la legitimación procesal, ya que en materia civil la legitimación procesal requiere la titularidad de un derecho subjetivo. Lo sorprendente de esto, es que el concepto de interés jurídico, cuyo origen se encuentra

en la jurisprudencia de intereses de Ihering, se transformó en lo que para Kelsen es un derecho subjetivo, es decir una acción procesal, mezclando dos teorías antagónicas en perjuicio de quien demanda la protección de un acto (u omisión) por considerarlo contrario a la ley suprema.

Viejos principios deberán ser interpretados y ajustados a una nueva realidad: la cosa juzgada deberá tener efectos erga omnes. Se exige que la sentencia recaída en autoridad de cosa juzgada haya sido precedida por un debido proceso de carácter contencioso con adecuada oportunidad de audiencia y de prueba. Una mala definición (una definición reduccionista) del concepto de derecho subjetivo que lo identifica básicamente con la noción kelseniana del tal concepto, contribuye a una deficiente protección de los derechos que tenemos en cuanto a seres humanos, personas y ciudadanos. Algunas tesis jurisprudenciales señalan equivocadamente que las garantías individuales son derechos subjetivos públicos que pueden exigirse por la acción constitucional de amparo, es decir, cuando se caracterizan las garantías constitucionales como derechos subjetivos y éstos, como se homologan con acciones procesales, lo que sucede es una visión limitada de lo que son los derechos

En la medida de que en que nuestra concepción de lo que son los derechos sea tan restringida no podremos brindarles una protección amplia y eficiente. Si tanto nuestra doctrina constitucional como las tesis jurisprudenciales comparten una visión formalista de lo que son los derechos, visión ligada a la identificación doctrinal que se hizo de la noción de derecho subjetivo con la de acción procesal, entonces no podremos hablar coherentemente de derechos humanos, derechos fundamentales. Nuestros jueces, si bien están obligados a seguir la jurisprudencia, tampoco tiene por que mantener un concepto de derecho subjetivo en términos kelsenianos, que resulta poco provechoso para explicar las nociones de derechos humanos y derechos fundamentales.

Coincido en que pugnar hoy por una mejor protección de los derechos fundamentales debe partir de tratar de concebir un esquema conceptual mas apto para ello. Rechazar definiciones y teorías de los derechos (y de los intereses) que son un obstáculo epistemológico que impide el avance de la ciencia jurídica y el adecuado desarrollo de nuestras prácticas judiciales y administrativas. El concepto de interés legítimo que se introdujo en la ley, deviene de la historia jurisdiccional que hemos referido previamente, con esto, pese a la voluntad del legislador, las puertas del procedimiento pueden seguir cerradas para una gran cantidad de pretensiones; la reforma incluye el concepto de interés legítimo resulta entonces como una ampliación de las facultades discrecionales de los jueces para admitir ciertos casos (que crean que merecen ser atendidos) donde no se puede probar la existencia de un derecho subjetivo.

Sobre el principio de relatividad de las sentencias de amparo, para efectos del presente trabajo de investigación, acorde con la teoría neoconstitucionalista y con los derechos humanos, se considera que sus consecuencias son inadmisibles en un Estado democrático y de derecho. En un primer término la relatividad de las sentencias de

amparo vulnera el principio de supremacía constitucional. Por otro lado, se afecta la regularidad del orden jurídico mexicano, toda vez que tenemos casos de normas y actos de autoridad determinados inconstitucionales por el órgano de control que no obstante, siguen formando parte del sistema jurídico vigente.

A mayor abundamiento debe decirse que vulnera el principio de igualdad ante la ley, pues la norma o el acto declarado inconstitucional se sigue aplicando a todos aquellos que no promovieron el juicio de garantías, además del principio de economía procesal, pues se llega al absurdo de tener que seguir promoviendo juicios de amparo contra normas o actos que han sido declaradas inconstitucionales un sin número de veces. Esto supone una carga añadida para el Poder Judicial Federal que va en detrimento de una pronta y expedita administración de justicia.

En un país con serias desigualdades económicas y sociales es una injusticia la permanencia de normas inconstitucionales y su obligatoriedad para la inmensa mayoría de los gobernados, solo porque no promovieron un juicio de amparo, a pasear de haber sido declaradas inconstitucionales mediante la resolución de un proceso jurisdiccional.

Considero que efectivamente la puerta esta abierta para la resolución de juicios de amparo con sentencias con efectos generales. Sin embargo reconocemos que tanto el legislador como la Suprema Corte en su jurisprudencia se han mostrado reservados en dictar con ambigüedad para mantener la vigencia de la fórmula Otero y el acceso a la protección de derechos humanos considerados bienes colectivos conforme a la teoría estructural de Cruz Parceró, es por que se recomienda ser exactos al momento de construir la argumentación en un juicio de amparo. Como se ha mencionado, el fundamento para promover en una demanda de juicio de amparo por violación o incumplimiento de derechos fundamentales como parte del sistema jurídico vigente, primero haciendo una breve referencia al neo constitucionalismo, se entiende que la doctrina y la jurisprudencia internacional (y la nacional) consideran el catalogo de derechos humanos como ley suprema.

El 6 de julio de 2011, se publicó la denominada reforma constitucional en materia de derechos humanos. Dicha reforma reconoce los derechos humanos recogidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, así como garantiza su interpretación a la luz de dichos instrumentos y favoreciendo la mayor protección a la persona. Además, establece que las obligaciones de las autoridades mexicanas en materia de derechos humanos deberán cumplirse a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos. Asimismo, dispone que el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley, entre otras importantes modificaciones. Por su parte, mediante decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente 912/2010 de 14 de junio de 2011, dispuso, entre otros, que las sentencias de la Corte Interamericana son obligatorias y su jurisprudencia orientadora a nivel nacional. De la misma forma todos los jueces deben ejercer un control difuso de constitucionalidad *ex officio*.

Sin embargo, con la reforma constitucional de junio de 2011, entre otras cosas, se reconoció la obligatoriedad del estado mexicano para respetar y promover el contenido de los tratados internacionales en materia de derechos humanos a todo el ordenamiento jurídico, criterio mismo que fue confirmado por la Jurisprudencia de la Corte, permeando todo el ordenamiento. Con esto se reconocen obligaciones de las autoridades mexicanas en materia de derechos humanos mismas que deberán cumplirse a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos. Asimismo, dispone que el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Por su parte, mediante decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente 912/2010 de 14 de junio de 2011, dispuso, entre otros, que las sentencias de la Corte Interamericana son obligatorias y su jurisprudencia orientadora a nivel nacional. De la misma forma todos los jueces deben ejercer un control difuso de constitucionalidad *ex officio*. Por otro lado, se incluyó la figura del interés legítimo, que reemplaza la figura del interés personal y directo como requisito legitimante del juicio de amparo, abriendo el camino para la defensa de los intereses colectivos, igualmente considerando la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles que regula las acciones colectivas, para lo que aplique de conformidad con el principio *pro homine* y con lo dispuesto por los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, si se considera que el peso de este argumento no es suficiente, para que prevalezca la pretensión y se logre la protección de un acto considerado contrario a la ley suprema, se puede fundamentar la protección de los bienes colectivos considerados derechos humanos, basándose en la teoría estructural de los derechos de Alexy y de Cruz Parceró distinguiendo entre reglas de acción (RA) y reglas de fin (RF) y principios en sentido estricto (P) y directrices (D), así como distinguiendo entre derechos y deberes, vinculantes y no vinculantes.

10. Principios aplicables al Juicio de Amparo Colectivo.

10.1. Instancia de parte agraviada. Este principio consiste en que nuestro juicio constitucional solo se inicia cuando el gobernado lo solicita, es decir, en el momento en que la persona física o moral que se considera afectada por un acto de autoridad pide o insta a los tribunales de amparo para que intervenga en su protección. De la fracción I del artículo 107 constitucional, nace un “principio fundamental del amparo, denominado de la instancia o iniciativa de parte agraviada, que importa la obligación que tiene la instancia o iniciativa de parte agraviada, que importa la obligación que tiene a su cargo la persona agraviada por un acto de autoridad, para promover por ella misma o por conducto de su representante, apoderado o persona facultada por la ley

para ello, la demanda de amparo, instando así al órgano de control constitucional (tribunal federal)". Este principio resulta obvio si se tiene en cuenta que el procedimiento de control, como juicio que es, solo pueda surgir a la vida jurídica por el ejercicio de la acción, que en el caso es la acción constitucional del gobernado, que ataca al acto autoritario que considera lesivo a sus derechos. El afectado o agraviado es el único a quien incumbe el ejercicio de la acción de amparo, cuando ve lesionados sus derechos en los casos previstos por el artículo 103 constitucional, por lo que descarta que una autoridad pueda menoscabar el respeto y el prestigio de otra, solicitando que su actuación pública sea declarada inconstitucional.²⁹⁰

Consecuencia de la existencia de este principio en el juicio de amparo es como se ha podido abrir paso y consolidarse a través de la turbulencia vida política de México, y salvarse de un fracaso, como el que sobrevino a los regímenes diversos de control de constitucionalidad que imperaron, principalmente en la Constitución de 1836 y en el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, en los cuales la preservación constitucional era ejercida por órganos políticos y a instancia de cualquier autoridad estatal, circunstancia que fincaron su propia desaparición, por las razones ya dadas. Este principio esta corroborado por la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis número 92, que aparece en la página 208 del Apéndice al tomo XCVII del Semanario Judicial de la Federación , concebida en los siguientes términos "El juicio de Amparo se iniciara a instancia de parte agraviada, y no puede reconocerse tal carácter a aquel a quien en nada perjudique el acto que se reclama".²⁹¹

10.1.1. Legitimación.- La hemos distinguido y bifurcado en legitimación *ad procesum* y legitimación *ad causam*, semánticamente entre presupuestos procesales y condiciones de la acción. La legitimación *ad procesum* es un requisito para la procedencia del juicio, mientras que la *ad causam* lo es para que se pronuncie sentencia favorable.

La Segunda Sala de la Corte estableció que por legitimación procesal activa debe entenderse "la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional con la petición de que se inicie la tramitación del juicio o de una instancia".²⁹² Ello acontece cuando la acción es ejercitada por quien se ostente como titular de ese derecho o bien por que cuente con la representación legal de dicho titular.²⁹³

²⁹⁰ DEL ARENAL MARTINEZ, Vicente Roberto, La técnica en el juicio de amparo, Editorial Flores, México 2015, p. 167.

²⁹¹ AMPARO. PERJUICIO INDIRECTO, NO LEGITIMA A QUIEN LO SUFRE PARA PROMOVER EL. Registro: 202357. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. III, Mayo de 1996. Materia(s): Común. Tesis: XV. 1o.5K. Página: 592

²⁹² LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA. CONCEPTO. Jurisprudencia, Novena Época, Segunda Sala, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, VII, Enero de 1998, Común, Tesis: 2ª./J. 75/97, p.351. Registro 196956.

²⁹³ OVALLE FAVELA, José, Las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, pp. 128.

La legitimación en la causa es una condición de la acción (por oposición a presupuesto procesal), y se distingue nítidamente entre legitimación en la causa desde el punto de vista activo de la legitimación en la causa desde el punto de vista pasivo, según se hable de actor o demandado, respectivamente: "... Así, la legitimación en la causa puede ser vista desde dos ángulos: como la identidad de la persona del actor, con aquel a quien la ley concede la acción (legitimación activa), y como la identidad de la persona del demandado, con aquella contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)..."²⁹⁴

En otras palabras "el actor estará legitimado en la causa cuando ejercita un derecho que realmente le corresponde. La legitimación *ad causam* atañe al fondo de la cuestión litigiosa y, por tanto, lógicamente, sólo puede analizarse en el momento en que se pronuncie la sentencia definitiva."²⁹⁵

10.1.2. Adecuada representación.- Supuestamente se debe desplazar al individuo por un grupo organizado que debe atender no a intereses personales, sino a los intereses reales de la colectividad afectada, lo que conforma el interés de la colectividad. Además de los filtros que existen, es preciso que se complemente el modelo con algún instrumento que permita al juzgador analizar, revisar y tomar las medidas oportunas que conlleven a garantizar la representación adecuada (control judicial) y en el supuesto de constatar que no están o no estuvieron adecuadamente representados los intereses del grupo o de la colectividad, sustituir al legitimado procesal o permitir una nueva acción.²⁹⁶

Se persigue que los sujetos legitimados representen adecuadamente los derechos e intereses de la colectividad o grupo y no se encuentren en conflicto de interés con estos.²⁹⁷

²⁹⁴ LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. CONSTITUYE UNA CONDICIÓN DE LA ACCIÓN Y NO UN PRESUPUESTO PROCESAL, Tesis Aislada, Novena Época, TCC, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXII, Diciembre de 2010, Civil, Tesis: XV. 4º.16 C, p. 1777. Registro 163322.

²⁹⁵ LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. SOLO PUEDE ESTUDIARSE EN LA SENTENCIA DEFINITIVA. Jurisprudencia, Novena Época, TCC, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Julio de 2008, Civil, Tesis VI. 3º.C. J/67, p. 1600. Registro 169271.

²⁹⁶ GARCIA, SAIS, Fernando, Influencia de la Legitimación procesal y de la representación adecuada sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, pp. 136.

²⁹⁷ GARCIA, SAIS, Fernando, Influencia de la Legitimación procesal y de la representación adecuada sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, pp. 139.

El artículo 586 del CFPC, en su primera parte declara que la representación que se ejerza deberá ser la adecuada, mas adelante, en un enunciado aparte dice “la representación de la colectividad se considera de interés público. El juez deberá vigilar de oficio que dicha representación sea adecuada durante la substanciación del proceso”. El mismo artículo incluso prevé un incidente de sustitución.²⁹⁸

Puedes dejar de haber legitimado activo por una actitud procesal (desistimiento), por abandono.²⁹⁹ También habrá sustitución si el legitimado dejare de representar adecuadamente los derechos e intereses de la colectividad o grupo. Lo que se presentará cuando haya falta de aptitud, idoneidad o negligencia.³⁰⁰

En la iniciativa se aplicaba el principio de la no oponibilidad de la cosa juzgada en caso de inadecuada representación.³⁰¹

Algún instrumento que permita al juzgador analizar revisar y tomar las medidas oportunas que conlleven a garantizar la representación adecuada (control judicial) y en el supuesto de constatar que no están o no estuvieron adecuadamente representados los intereses del grupo, sustituir el legitimado procesal o permitir una nueva acción.³⁰²

Es importante que se otorgue a las partes un rol de supervisar que en todo momento se cumpla con la adecuada representación.³⁰³

²⁹⁸ GARCIA, SAIS, Fernando, Influencia de la Legitimación procesal y de la representación adecuada sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, pp. 134.

²⁹⁹ GARCIA, SAIS, Fernando, Influencia de la Legitimación procesal y de la representación adecuada sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, pp. 140.

³⁰⁰ GARCIA, SAIS, Fernando, Influencia de la Legitimación procesal y de la representación adecuada sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, pp. 140.

³⁰¹ GARCIA, SAIS, Fernando, Influencia de la Legitimación procesal y de la representación adecuada sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, pp. 141.

³⁰² GARCIA, SAIS, Fernando, Influencia de la Legitimación procesal y de la representación adecuada sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, pp. 136.

³⁰³ GARCIA, SAIS, Fernando, Influencia de la Legitimación procesal y de la representación adecuada sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas, en Las

10.2. Existencia de un agravio directo. De acuerdo con este principio, la persona física o moral que ejerce la acción de amparo debe ser, precisamente, a quien le agravia directamente el acto reclamado, es decir, quien estima que se le causa molestia por la privación de algún derecho, posesión o propiedad, en cualquiera de los casos a que se contrae el artículo 103 constitucional.³⁰⁴ Para la procedencia del juicio de garantías, el agravio que se le ocasiona al gobernado debe ser de naturaleza personal, o sea, debe recaer precisamente en una persona o grupo de personas determinada, física o moral, que sea la titular de los derechos o posesiones conculcados por el acto señalado como reclamado. La parte agraviada infiere un agravio lo que implica la causación de un daño, es decir, de un menoscabo patrimonial o no patrimonial, o de un perjuicio no considerado como la privación de una garantía lícita, sino como cualquier afectación cometida a la persona o a su esfera jurídica. La presencia del daño o del perjuicio constituye el elemento material del agravio.³⁰⁵

Cuando los daños o perjuicios que una persona pueda sufrir en sus diversos bienes jurídicos no afectan real u objetivamente a estos, no puede decirse que exista un agravio en el sentido jurídico del concepto, atendiendo a la falta del elemento material. Si el elemento agravio es una condición sine qua non para la procedencia jurídica del juicio de amparo, es evidente que la demanda de garantías que se quisiera promover contra los actos sería improcedente y, en caso de que ya se hubiera iniciado el procedimiento en cuestión por la presentación de la demanda respectiva, se debería dictar una nueva resolución de sobreseimiento por el juez u órgano encargado de conocer de él.³⁰⁶

El objeto de la pretensión y el contenido de la acción que puede ser o comprender las hipótesis siguientes:

- Compeler o inhibir actos o normas que se consideren violatorias de derechos fundamentales, un mandato donde se imponga realizar conductas de hacer o no hacer, que en los EUA se conocen como *injuctions*, puede ser como medida cautelar o como decisión final.
- Indemnizar, ordenando efectuar pagos por daños o perjuicios causados del orden material, moral, actuales, futuros o inminentes, prospectivos, etc. Estas indemnizaciones pueden obedecer a la reparación de daños colectivos o individuales o a combinaciones de ambos.

acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, pp. 137.

³⁰⁴ ESPINOSA BARRAGAN, Manuel Bernardo, Juicio de Amparo, Editorial Oxford, México 2000, p. 39.

³⁰⁵ DEL ARENAL MARTINEZ, Vicente Roberto, La técnica en el juicio de amparo, Editorial Flores, México 2015, pp. 168-169.

³⁰⁶ INTERÉS JURÍDICO, DEFINICIÓN DE. Registro:180609. Novena Época. Instancia: Tribunales colegiados de Circuito. Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XX, Septiembre de 2004. Tesis II. 2º. C94K. Página: 1790.

10.2.1. Interés legítimo.- Ante la falta de tradición jurídica en nuestro país y para evitar incertidumbre interpretativa, sería preferible que la propia ley precisara los alcances de este nuevo interés y estableciera los lineamientos de quien o quienes estarían legitimados para representarlos, para bien o para mal la actividad jurisdiccional de la Suprema Corte ha establecido criterios de jurisprudencia, mismos que establecen los criterios y los alcances del interés legítimo para efectos del juicio de amparo.

La Segunda Sala de la Suprema corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto a que la 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 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 interferirse 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) 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 establece o tutele algún interés difuso en beneficio de una colectividad determinada; b) el acto reclamado transgrede ese interés difuso, ya sea de manera individual o colectiva; y, c) el promovente pertenezca a esa colectividad.³⁰⁷

Por otro lado la Primera Sala de Suprema Corte de justicia de la nación, se ha manifestado en el sentido de que el artículo 107 fracción I de la constitución, establece como presupuesto procesal de la acción constitucional el interés legítimo (para impugnar actos emitidos por autoridades distintas a las jurisdiccionales, el cual ha sido definido por la misma primera Sala, como el interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que puede traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico a 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; la configuración de sete presupuesto procesal permite a las personas combatir actos que estiman lesivos de sus derechos humanos, sin la necesidad de ser titulares de un derecho subjetivo, noción asociada clásicamente al interés jurídico-, así el interés legítimo se actualizará en la mayoría de los casos, cuando existan actos de autoridad cuyo contenido normativo no es dirigido directamente a afectar los derechos de los quejosos, sino

³⁰⁷ INTERÉS LEGÍTIMO E INTERES 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, Tesis: 2ª. LXXX/2013 (10ª), Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3, p. 1854

que, por sus efectos jurídicos irradiados colateralmente, ocasionan un perjuicio o privan de un beneficio, justamente por la especial situación que tiene en el ordenamiento jurídico. Así, los jueces de amparo mediante el cual determinen si el planteamiento del quejoso, en su formulación conceptual y con los elementos probatorios disponibles, de la misma forma al momento de la admisión o no de una demanda, deben considerar cuidadosamente las relaciones jurídicas en que se insertan las personas., por lo tanto es necesario determinar individualmente las posibilidades de perjuicios o privación de beneficios que tengan una incidencia en los núcleos protectores de los derechos humanos, para lo cual o solo interesa la relación directa de la autoridad o la ley con el quejoso (verticalmente), sino el análisis integral de la red de relaciones jurídicas en que se encuentran las personas (horizontal).³⁰⁸ Se establecen los requisitos para presumir existencia de un agravio personal e indirecto, el cual conforma una posibilidad aplicativa del interés legítimo cuando se impugnan actos dirigidos contra terceros. Lo anterior debe entenderse como posibilidad conceptual inicial de subsunción que conduzca a admitir la demanda de amparo y no como conclusión definitiva, pues el juez debe resolver en el juicio la efectiva actualización o no del interés legítimo con base en la fijación de los actos reclamados y la valoración de las constancias de autos; en otras palabras la satisfacción de los tres requisitos señalados conforma un criterio prima facie a favor de la admisión del juicio constitucional.³⁰⁹

10.2.2. Conceptos de violación y de agravio.

10.2.2.1. Razonamiento lógico jurídico.- Los conceptos de violación son la manifestación razonada que el agraviado o quejoso debe expresar en su demanda de amparo en contra de los actos que reclama, para hacer patente ante la potestad federal que la ley o acto de autoridad que impugna son contrarios a la Ley suprema de nuestro país, y por ende violan sus derechos fundamentales que estime violados, demostrando jurídicamente la contravención de estos por dichos actos expresando, en el caso, que la ley impugnada, en los preceptos citados, conculca sus derechos públicos individuales. Por tanto el concepto de violación debe ser un verdadero silogismo,

³⁰⁸ INTERÉS LEGÍTIMO. SU EXISTENCIA INDICIARIA E INICIAL PARA EFECTOS DE DETERMINAR LA ADMISIÓN DE UNA DEMANDA DE AMPARO, ACTIVA LAS FACULTADES DEL JUEZ PARA ANALIZAR PROVISIONALMENTE LAS RELACIONES JURÍDICAS EN QUE SE ALEGA LA EXISTENCIA DEL ACTO RECLAMADO. Tesis 1ª. CXXIII/2013 (10ª), Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, p. 559

³⁰⁹ INTERÉS LEGÍTIMO. EN PRINCIPIO, LA FALTA DE ESTE NO ES MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO QUE CONDUZCA A DESECHAR LA DEMANDA CUANDO LOS PADRES, EN REPRESENTACIÓN DE SU HIJO MENOR DE EDAD, ACUDEN A COMBATIR ACTOS DE AUTORIDAD DIRIGIDOS A AFECTAR LOS PREDIOS DE UN TERCERO, DE CUYO USO SE BENEFICIAN POR ALGÚN TÍTULO LÍCITO, Y SE RELACIONAN CON LA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES SENSIBLES PARA DETERMINADOS DERECHOS CONSTITUCIONALES. 1ª./J.44/2013 (10ª), Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXII, julio de 2013, Tomo 1, p. 311

siendo la premisa mayor, los preceptos constitucionales que se estiman infringidos; la premisa menor, los actos reclamados y la conclusión la contrariedad entre ambas premisas. Los conceptos de violación son todos los argumentos que contenga cualquier parte de la demanda de amparo que tiendan a demostrar la inconstitucionalidad de la ley o acto de autoridad que se reclama en la demanda, estableciendo mediante una relación razonada la contravención de tales actos a los preceptos constitucionales que contienen los derechos públicos subjetivos.³¹⁰

Citando a Ignacio Burgoa Orihuela, podemos decir, empleando una terminología filosófica, que el concepto de violación es el razonamiento comparativo ente una situación ontológica o real (la producida por los actos reclamados) y un estado deontológico o legal declara una disparidad, discrepancia o no correspondencia entre ambos elementos de la comparación. En otras palabras, el concepto de violación se traduce, en puridad lógica, en un verdadero silogismo, siendo la premisa mayor los preceptos constitucionales que se estimen contravenidos, la premisa menor los actos reclamados y la conclusión, la contrariedad entre ambas premisas.³¹¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación define los conceptos de violación como los razonamientos lógicos y jurídicos que tienden a demostrar la contravención del acto, resolución o ley reclamados a los preceptos constitucionales que se estimen transgredidos, aunque no aparezcan en el capítulo relativo a la demanda, sino que se será causa suficiente que en alguna parte del escrito se exprese con claridad la causa de pedir, señalándose cual es la lesión o agravio que el quejoso estima le causan aquellos y los motivos que originaron ese agravio para que el Juez de amparo deba estudiarlo.³¹²

³¹⁰ CHAVEZ CASTILLO, Raúl, Breve Diccionario de Amparo, 3ª edición, Editorial Porrúa, México 2014, pp. 27-28.

³¹¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, El Juicio de Amparo, Editorial Porrúa, México 1968, p. 648.

³¹² CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR, Registro:191384. Novena época. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XII, Agosto de 2000. Materia(s): Común. Tesis: P./J. 68/2000. Página:38; CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO, Registro:185425. Novena época. Instancia: Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XVI, Diciembre de 2002. Materia(s): Común. Tesis: 1ª./J. 81/2002. Página:61.; CAUSA DE PEDIR EN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. ALCANCES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SEGUNDA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (APÉNDICE 1917-2000, TOMO VI, MATERIA COMÚN, TESIS 109, PÁGINA 86), Registro:186809. Novena época. Instancia: Tribunales colegiados de Circuito. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XV, Junio de 2002. Materia(s): Común. Tesis:XVII.5o. J./2 Página:446.

10.2.3. Clasificación de los agravios y conceptos de violación.- La jurisprudencia ha generado la clasificación de los conceptos de violación y de los conceptos de agravio:

- Fundados: Aquellos argumentos expuestos por el quejoso en su demanda de amparo que acreditan la contravención de los actos reclamados a la Ley Suprema, por lo cual tales actos resultan inconstitucionales y ameritan la protección de la Justicia Federal. La Jurisprudencia indica que, deben de contener cualquier razonamiento que, aunque no se apegue estrictamente a la forma de un silogismo lógico jurídico, tenga por finalidad señalar cual es la lesión o agravio que se estima que causa el acto reclamado.³¹³ Siempre que el concepto de violación de la demanda resulte fundado, su efecto jurídico será la concesión del amparo al quejoso o agraviado.

- Infundados: Son aquellas argumentaciones vertidas por el quejoso en su demanda de amparo en contra de los actos reclamados en ella, pero que realizado su estudio en la sentencia de amparo resultan ineficaces para concederle la protección federal, toda vez que no se acreditan las violaciones que afirma cometió la autoridad responsable con los actos que se atribuyen. El poder Judicial Federal ha estimado en sus criterios jurisprudenciales que, son infundados, cuando con los argumentos de carácter jurídico que se invocan en ellos, no se demuestra que los fundamentos del acto reclamado sean violatorios de derechos fundamentales, o bien cuando en ellos no se concreta propiamente una violación, respecto de algún precepto de la ley.³¹⁴

- Inoperantes: Son aquellas argumentaciones expresadas por el quejoso en su demanda de amparo, que no combaten o controvierten jurídicamente los razonamientos que la autoridad responsable expresó para fundar el acto reclamado, razón por la cual, el tribunal de amparo se encuentra impedido para analizar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto que se reclama.³¹⁵ La Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que es factible que pueda ocurrir que los conceptos de violación sean fundados, pero inoperantes, por que se atacan con ellos deficiencias del acto reclamado de tal manera, que resultan intrascendentes, ya que,

³¹³ CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR, Registro:191384. Novena época. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XII, Agosto de 2000. Materia(s): Común. Tesis: P./J. 68/2000 Página:38.

³¹⁴ CONCEPTOS DE VIOLACION INFUNDADOS, Registro:231142. Octava época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. I. Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1988. Materia(s): Común. Tesis: P./J. 68/2000 Página:186; CONCEPTOS DE VIOLACION INFUNDADOS, Registro:269534. Sexta época. Instancia: Tercera Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Cuarta Parte. CXXII. Materia(s): Común. Tesis: Página:52.

³¹⁵ CHAVEZ CASTILLO, Raúl, Breve Diccionario de Amparo, 3ª edición, Editorial Porrúa, México 2014, p. 27-28.

aunque fuesen subsanadas, el acto se mantendría en pie, por lo cual debe negarse el amparo.³¹⁶

- Inatendibles: De acuerdo a la actividad jurisdiccional y jurisprudencial del Poder Judicial Federal, los conceptos de violación inatendibles son aquellos argumentos tendientes a demostrar la inconstitucionalidad del acto reclamado en los que, independientemente que sean fundados o infundados, ha operado una especie de preclusión del derecho para expresarlos, ya sea por que no se prepararon haciéndose valer en recurso ordinario antes las instancias naturales, o bien, por que ya se hicieron valer en otro diverso juicio de amparo resuelto por sentencia ejecutoriada.³¹⁷

- Insuficientes: De acuerdo a la actividad jurisprudencial, estos se definen como aquellos argumentos tendientes a demostrar que el acto reclamado es inconstitucional, pero que, aún cuando fueran fundados, no son suficientes para conceder el amparo, en virtud de que existen otras consideraciones y motivos que sustentan constitucionalmente el acto referido y, por ende, deviene innecesario estudiarlos, pues de cualquier manera subsistirá, es decir, que son aquellos que no atacan en su totalidad las consideraciones en las que se basa el acto reclamado para subsistir jurídicamente.³¹⁸

- Ineficaces: El Primer Tribunal Colegiado del Tercer Circuito, los definió como aquellos razonamientos jurídicos tendientes a demostrar la inconstitucionalidad del acto reclamado, pero que, por atacar cuestiones colaterales o ajenas a las

³¹⁶ DEL ARENAL MARTINEZ, Vicente Roberto, La técnica en el juicio de amparo, Editorial Flores, México 2015, p. 319-322.

³¹⁷ CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INATENDIBLES. LO SON AQUELLOS QUE ALEGAN VIOLACIONES COMETIDAS DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA, CUANDO SE RECLAMA LA SENTENCIA DEFINITIVA DICTADA EN EL JUICIO PENAL, Registro:186325. Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XVI. Agosto de 2004. Materia(s): Común. Tesis: VI. 1o.P. J. 38 Página:1016; CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INATENDIBLES LOS ESGRIMIDOS EN LA NUEVA DEMANDA DE AMPARO QUE FUERON ANALIZADOS Y CALIFICADOS EN UN JUICIO DE GARANTÍAS PREVIO, Registro:188865. Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XIV. Septiembre de 2001. Materia(s): Común. Tesis: XXI.3o. J/3 Página:1141.

³¹⁸ CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. RESULTAN INOPERANTES POR INSUFICIENTES SI NO ATACAN TODOS LOS ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN EL SENTIDO DE LA SENTENCIA COMBATIDA, Registro:178786. Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXI. Abril de 2005. Materia(s): Común. Tesis: IV.3º.A. J/4. Página:1138; CONCEPTOS DE VIOLACION QUE OMITEN COMBATIR ALGUNAS CONSIDERACIONES EN QUE SE APOYA EL ACTO RECLAMADO. SON INSUFICIENTES, Registro:394672. Octava época. Instancia: Tribunales colegiados de Circuito. Jurisprudencia. Fuente: Apéndice de 199. Tomo VI, Parte TCC. Materia(s): Común. Tesis: 716. Página:482.

consideraciones centrales que sustentan el acto reclamado, no es dable conceder el amparo.³¹⁹

10.3. Apariencia del buen derecho, medidas precautorias.- En el caso de la suspensión del acto reclamado, se establece un sistema equilibrado que permita que la medida cautelar cumpla cabalmente con su finalidad protectora, pero que cuente con mecanismos que eviten y corrijan los abusos que desvían su objetivo natural. Para tal efecto se privilegia la ponderación que deban realizar los jueces entre la apariencia del buen derecho y la no afectación al interés social. En efecto, se dispone expresamente en el artículo 128 de la Ley de Amparo, como elemento a considerar por parte de los jueces para el otorgamiento de la suspensión la apariencia de buen derecho, requisito éste reconocido por la Suprema Corte y que se considera uno de los avances más importantes en la evolución del juicio de amparo en las últimas décadas. Con ello se pretende lograr que la medida cautelar sea eficaz pero que por otro lado no sea afecte el interés social, caso en el cual se deberá negar la suspensión. Asimismo, debe referirse que se lleve a cabo una revisión puntual de los supuestos que en términos de la ley se actualiza la afectación al interés social, ello con el propósito de dar mayor certeza a las partes en el juicio de amparo así como parámetros al juez para resolver sobre la suspensión. Por otro lado se prevén elementos mínimos formales y sustantivos que deben cumplir las resoluciones suspensionales, lo que facilita su control a través de los recursos que se prevén en la Nueva Ley de Amparo. Así mismo, se faculta al órgano jurisdiccional para solicitar documentos y ordenar las diligencias que considere conveniente para resolver sobre la suspensión definitiva. Sin perjuicio de lo anterior, en los casos en que se consideró necesario o conveniente, se precisaron los efectos de la medida suspensiva para evitar confusiones. Esto es lo que ocurre en la materia penal, en la cual se establecen los distintos efectos de la suspensión dependiendo de la etapa procedimental. Debe destacarse que se buscó un sistema que, sin menoscabo de la eficaz persecución de los delitos, permitiera que el amparo cumpliera con su finalidad protectora y tuviera plena vigencia el principio de presunción de inocencia. Por ello se prevé que la suspensión definitiva pueda concederse excepcionalmente y de acuerdo a las circunstancias del caso, incluso tratándose de delitos que la ley señala como graves.³²⁰

³¹⁹ Registro:203189. Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. III. Febrero de 1996. Materia(s): Común. Tesis: III.1º.A.7 Página:396.

³²⁰ INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE LA LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Y SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, LEY ÓRGANICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL, LEY ÓRGANICA DEL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LEY ÓRGANICA DE LA PROCURADURÍA

La Suprema Corte se ha pronunciado interpretando el artículo 148 de la ley de amparo, en el sentido de que dicho artículo establece que en los juicios de amparo en que se reclame una norma general (ya sea autoaplicativa o con motivo de su primer acto de aplicación) la suspensión se otorgará “para impedir los efectos y consecuencias de la norma en la esfera jurídica del quejoso”, lo cual no significa que en todos los casos en que se señale como acto reclamado una norma general debe concederse la suspensión para esos efectos, pues para ello deben cumplirse previamente los requisitos de procedibilidad de la medida cautelar, entre ellos: a) la exigencia de que el quejoso debe resentir una afectación a su interés jurídico o legítimo, aspecto que debe estar acreditado indiciariamente para efectos de la suspensión provisional, y en grado probatorio mayor, para la suspensión definitiva; y b) también debe realizarse la ponderación entre la apariencia del buen derecho y el interés social de la norma, o si regula disposiciones de orden público.³²¹

En diversa tesis de jurisprudencia, la corte se ha pronunciado interpretando los artículos 107, fracción X de la Constitución y 125, 128 y del 131 al 158 de la ley de amparo, en el sentido de que el análisis de la suspensión deben distinguirse diversos temas de estudio escalonado como son: i) los requisitos de su procedencia que, en su conjunto, tendrán como resultado determinar si la medida cautelar debe o no concederse; ii) los efectos de dicha medida que consisten en la precisión detallada de lo que las autoridades deben hacer o abstenerse de realizar; iii) las medidas o garantías que, en su caso, se pidan al quejoso para que los efectos de la suspensión continúen; y, iv) las previsiones que el juzgador tome para que no se abuse de los efectos de la suspensión. Respecto al primer tema, fuera de los casos en que proceda de oficio o de las regulaciones especiales, podrá otorgarse la suspensión de los actos reclamados, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos de procedencia en el orden que se señalan: 1) La petición de parte; 2) La existencia del acto reclamado, que en el caso de la suspensión provisional se presume con base en las manifestaciones o afirmaciones que el quejoso formule bajo protesta de decir verdad en su demanda, y para la definitiva requiere que se haya aceptado su existencia, o bien, prueba de ella; 3) La naturaleza del acto reclamado esto es, que el acto reclamado sea susceptible de ser suspendido conforme a su naturaleza, análisis en el cual debe tomarse en cuenta la clasificación que la Suprema Corte ha formulado respecto de los que admiten suspensión y los que no (actos consumados, negativos,

GENERAL DE LA REPÚBLICA, Salón de Sesiones de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, México, Distrito Federal, a 15 de febrero de 2011, http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2011/02/asun_2735356_20110215_1297791384.pdf, Exposición de motivos.

³²¹ SUSPENSIÓN DEL AMPARO. SUS EFECTOS CUANDO SE RECLAMAN NORMAS GENERALES, PREVIO CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PROCEDIBILIDAD. Tesis 1ª./J.80/2004 Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XX, Octubre de 2004, Novena Época, p. 264

futuros y inciertos, etc.); 4) El quejoso debe resentir una afectación a su interés jurídico o legítimo, aspecto que debe estar acreditado indiciariamente para efectos de la suspensión provisional y, en un grado probatorio mayor, para la suspensión definitiva; y 5) La ponderación entre la apariencia del buen derecho y el interés social o las disposiciones de orden público en los términos desarrollados por la Corte en su actividad jurisprudencial.³²²

10.4 Prosecución judicial.- Conforme a este principio el juicio de amparo debe revestir en su trámite o desarrollo el carácter de un proceso judicial verdadero y real, con todas las etapas o formas jurídicas del procedimiento jurisdiccional, como la demanda, su contestación, ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas, periodo de alegatos y el dictado de sentencia.³²³ El artículo 107 constitucional establece que el juicio de amparo se seguirá conforme a un procedimiento que se ajuste a las formas de Derecho Procesal, por lo que presupone que en su tramitación se suscita una controversia entablada entre el promotor del amparo y la autoridad responsable, como partes responsables, como partes principales del juicio, en el que cada cual defiende sus respectivas pretensiones. En específico el primer párrafo del artículo 107 incluye este principio de prosecución judicial, al señalar que las controversias por resolver en el juicio de amparo, “deben sujetarse al procedimiento y formas del orden jurídico que determine la ley reglamentaria”.³²⁴

10.5 Reparación del Daño.- La reparación constituye, tal vez, el aspecto que ha alcanzado el mayor grado de desarrollo dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La reparación tiene por finalidad colocar a la víctima de una violación en una posición más o menos similar a la que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho ilícito internacional. En este sentido, así como la reparación es la consecuencia directa de la responsabilidad, también puede existir de varias formas y maneras. El concepto de Reparación Integral derivado del artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³²⁵ abarca la acreditación de daños en la esfera material e inmaterial y, el conocimiento de medidas tales como a) la investigación de los hechos; b) la restitución de derechos, bienes y libertades; c) la

³²² SUSPENSIÓN A PETICIÓN DE PARTE. REQUISITOS DE PROCEDENCIA CONFORME A LA LEY DE AMPARO, VIGENTE A PARTIR DE 3 DE ABRIL DE 2013. Tesis XXVII. 3º J/2 (10ª) Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 10, septiembre de 2014, Tomo II, Décima Época, p. 2347

³²³ ESPINOSA BARRAGAN, Manuel Bernardo, Juicio de Amparo, Editorial Oxford, México 2000, p. 38.

³²⁴ DEL ARENAL MARTINEZ, Vicente Roberto, La técnica en el juicio de amparo, Editorial Flores, México 2015, pp. 170-171

³²⁵ El artículo 63.1 de la CADH dispone que “cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

rehabilitación física psicológica o social; d) la satisfacción, mediante, actos en beneficio de las víctimas; e) las garantías de no repetición de las violaciones, y f) la indemnización compensatoria por el daño material e inmaterial. Se han elaborado diversas iniciativas que desarrollan el concepto de reparación del daño en la legislación mexicana, a través de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, la ley de Reparaciones, la Ley de Víctimas, la Ley de Amparo, etc. El 9 de enero de 2013 fue promulgada la Ley General de Víctimas la cual reglamenta el tercer párrafo del artículo 17º, y el artículo 20º. Apartado C de la Constitución. De acuerdo con el artículo primero de esta ley, “obliga a las autoridades de los tres ámbitos de gobiernos, y de los tres poderes constitucionales, así como a cualquier oficina, dependencias, organismo o institución pública o privada que vele por la protección de las víctimas, a proporcionar ayuda asistencia o reparación integral. En su artículo 2º señala entre los objetivos de la ley, *inter alia*. “reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial el derecho a la asistencia, protección, atención, verdad, justicia, reparación integral, restitución de sus derechos violados, debida diligencia, no repetición y todos los demás derechos consagrados en ella, en la Constitución, en los tratados internacionales de derechos humanos de los que el estado mexicano es parte y demás instrumentos de derechos humanos.”

Como se ha mencionado previamente, en el contexto mexicano, el 6 de julio de 2011, se publicó la denominada reforma constitucional en materia de derechos humanos. Dicha reforma reconoce los derechos humanos recogidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, así como garantiza su interpretación a la luz de dichos instrumentos y favoreciendo la mayor protección a la persona. Además, establece que las obligaciones de las autoridades mexicanas en materia de derechos humanos deberán cumplirse a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos. Asimismo, dispone que el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley, entre otras importantes modificaciones. Por su parte, mediante decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente 912/2010 de 14 de junio de 2011, dispuso, entre otros, que las sentencias de la Corte Interamericana son obligatorias y su jurisprudencia orientadora a nivel nacional. De la misma forma todos los jueces deben ejercer un control difuso de constitucionalidad *ex officio*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1º de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y que esa disposición “recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado”³²⁶, e “incluso una concepción general de derecho.”³²⁷

³²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de

En años recientes la comunidad internacional ha promovido la reformulación del alcance de la reparación del daño tradicional, a través de la compensación económica hacia el concepto de la reparación integral, el cual configura un remedio más amplio para reparar los daños de las víctimas a las violaciones de derechos humanos.³²⁸

Un precedente fundamental en la materia de la reparación integral constituye la Resolución de las Naciones Unidas de 2005 sobre los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Dicha resolución dispone que “conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva (...) en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición” (Principio No. 18).³²⁹

El artículo 63.1p. de la CADH establece que cuando se determine que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención Americana, la Corte Interamericana dispondrá que: 1) se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados; 2) dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, y 3) el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Cada una de estas cláusulas es en sí misma una potestad para la Corte Interamericana de Derechos Humanos para resarcir a las víctimas no solo en el goce de sus derechos sino también para modificar las consecuencias producidas por la violación, ya sea en la víctima o

mayo de 2001. Serie C No. 77, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_77_esp.pdf, Serie C No. 77, párr. 62, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de mayo de 2010, (excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf, supra nota 5 párr. 227.

³²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 21 de julio de 1989 (reparaciones y costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf, supra nota 5, párr. 25.

³²⁸ SHELTON, Dinah, *Remedies in International Human Rights Laws*, 2ª ed. USA, Oxford, University Press, 2010.

³²⁹ AGONU. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/147. 16 de diciembre de 2005.

atraes de cualquier medida o situación que provocó la afectación. Adicionalmente a lo anterior, se dispone la posibilidad de otorgar el pago de una justa indemnización. Por tanto la compensación económica es solo un elemento de la reparación integral.³³⁰ A la luz de los artículos 1.1º. y 2º. De la Convención Americana de Derechos Humanos podríamos considerar que a la norma del artículo 63.1º. también le atienden las obligaciones de respeto y garantía contempladas en el artículo 1.1º y con el deber de adoptar medidas adecuadas en el derecho interno, según el artículo 2 de la misma.

10.6 Sentencia. En virtud del rancio principio de relatividad, las sentencias dictadas en los juicios de amparo deben abstenerse de hacer declaraciones generales en cuanto a la inconstitucionalidad de la ley o acto que se reclama y concretarse a otorgar la protección de la justicia federal únicamente a quien la pidió, y solo respecto del caso específico que se plateo en la demanda de garantías.³³¹ Este principio resulta incoherente e incluso contradictorio con lo propuesto por el derecho y por la doctrina internacional e incluso contrario a la Ley suprema del País³³² y al texto de la nueva ley de amparo, con respecto a la corriente neoconstitucionalista y en el contexto de una democracia constitucional, al tenor del derecho internacional de los derechos humanos, en concordancia a lo expuesto en este trabajo de investigación.

10.6.1. Sentencia *erga omnes* o *ultra partes*. La tutela Jurisdiccional de los derechos colectivos representa un cambio de paradigma en el proceso. En las acciones colectivas la cosa juzgada tiene efectos erga omnes o ultra partes, alcanzando la protección de los derechos dondequiera que por la misma causa, hayan sido violados

³³⁰ El artículo 68.2o. de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

³³¹ DEL ARENAL MARTINEZ, Vicente Roberto, La técnica en el juicio de amparo, Editorial Flores, México 2015, p. 175.

³³² DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA, Registro 2008935 Tesis Jurisprudencia. Materia(s): Común. Décima época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 17 abril de 2015, Tomo I. Tesis: 1a./J. 29/2015 (10a.), p. 240; 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, Registro 2006224 Tesis Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional. Décima época. Instancia: Pleno. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 5, abril de 2014, Tomo I. Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), p. 202.

o estén siendo vulnerados con independencia de cuantos sean los afectados materialmente.

Barbosa Moreira, autor citado por Gidi, dice al referirse a los derechos indivisibles que “la satisfacción de uno solo implica por fuerza la satisfacción de todos, asimismo con la lesión de uno constituye ipso facto la lesión de toda la colectividad”. En otras palabras la decisión judicial afectara la esfera jurídica de todos los miembros de la colectividad, quienes son los verdaderos y únicos titulares del derecho en litigio. Gidi señala que “si en las acciones colectivas no se autorizara la extensión de la inmutabilidad de lo juzgado a terceros, se multiplicarían innecesariamente acciones semejantes, con el mismo objetivo, con partes diferentes, pero con la misma causa de pedir y pretensiones. Esto empeoraría aún mas el sistema judicial y haría inviable la efectiva prevención o reparación del daño, sin hablar de las decisiones contradictorias por todo el país...”³³³

Ada Pellegrini igualmente dice que “es de la propia índole de las acciones colectivas la extensión de lo juzgado ultra partes o erga omnes”. Y concluye la procesalista sosteniendo que, en efecto, si con posterioridad al dictado de la sentencia, cualquier interesado tuviera que acudir a solicitar la tutela de su derecho, de nada hubiera servido la acción colectiva. En los procedimientos colectivos, las personas somos un mero pretexto, porque el derecho regula conductas humanas, de tal suerte que al referirse a derechos colectivos, su carácter supraindividual implica necesariamente una decisión respecto del derecho mismo que se estima está siendo vulnerado. La sentencia no es que no este ampliando sus efectos a personas que no litigaron, la sentencia esta protegiendo el derecho vulnerado, sea quienes sean y cuantos sean sus titulares.

Fernando García Sais plantea, que la sentencia erga omnes lo único que hace es extender sus efectos naturalmente sobre el derecho afectado, reponiéndolo o indemnizando en función del mismo a sus titulares. Es una cuestión de proporcionalidad. La sentencia tendrá la magnitud del derecho violado. De esta forma habrá que distinguir del derecho colectivo en juego. Si se trata de derechos difusos y colectivos en estricto sentido, que son de naturaleza indivisible y cuya titularidad es una colectividad de personas, determinable o indeterminada, pero relacionadas entre si por cuestiones de hecho o de derecho, estaremos frente una sentencia que naturalmente abarca al derecho vulnerado, sea quien sea su titular. En el caso de los derechos individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquellos de naturaleza individual de los que sean titulares los miembros de una colectividad y que, debido a su origen común, pueden reclamarse en una acción colectiva, los efectos de la sentencia abarcarán a esa colectividad. Tratándose de derechos difusos y

³³³ GIDI, ANTONIO. Cosa Juzgada en Acciones Colectivas, pp. 261, 263, en GARCIA, SAIS, Fernando, Influencia de la Legitimación procesal y de la representación adecuada sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 144.

colectivos, ello se deja ver muy claramente en las sentencias que ordenan un dejar de hacer. En las sentencias de condena, la determinación es mas difícil. Si se ordena que determinada entidad repare un daño y siendo ello imposible a través de una indemnización por naturaleza (devolviendo las cosas al estado que guardaban) deberá indemnizar por equivalente (daños y perjuicios). Y claro esta que lo ideal seria que cada uno de los sujetos afectados en sus derechos colectivos recibiera el monto correspondiente. Sin embargo, dada la eventual posibilidad de que no sea así, o de que, por ejemplo en el caso de acciones colectivas provenientes de derechos individuales algún miembro del grupo no acuda a tramitar su pago, ese dinero se irá al Fondo que en el ordenamiento se prevé respecto a las acciones colectivas. Sin embargo también en los de condena, habrá una determinación respecto de los actos o hechos que generaron el daño, prohibiéndose su repetición a efecto de salvaguardar el derecho colectivo de todos.

Respecto de las sentencias desfavorables, sus efectos también son generales. Pues si el juez ya determinó que no hubo violación al derecho colectivo objeto del litigio, no lo hay para nadie. Sin embargo, el tema plantea el problema de la ausencia de adecuada representación, pues los “terceros extraños” argumentarán que nunca tuvieron oportunidad de defender el derecho del cual son titulares.³³⁴

10.6.1.1. Opt-in/Opt-out.- En base a lo establecido por la doctrina internacional y en concordancia a lo dispuesto por la constitución y por los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en conexión con el principio *pro homine* y de aplicación de la ley mas favorable, con el objetivo principal de permitir que los integrantes del grupo puedan acercarse a la jurisdicción y optar por entrar (*opt-in*), o seguir formando parte del grupo o excluirse (*opt-out*)³³⁵ con el propósito de iniciar una acción diferente, considerando que la sentencia no favorece la protección de los derechos humanos que se demanden. Proponemos que estos sistemas se entiendan como: 1) Un sistema de *opt-in* (es decir, la posibilidad de que usuarios individuales que forman parte de la clase representada se personen en el procedimiento para acumular su acción individual a la iniciada por los representantes, con el objeto de tener su propia asistencia jurídica y su propia estrategia procesal); 2) Un sistema de *opt-out* (es decir, la posibilidad de que los referidos usuarios individuales manifiesten ante el tribunal, mediante mecanismos ágiles de personación, su voluntad de quedar

³³⁴GARCIA, SAIS, Fernando, Influencia de la Legitimación procesal y de la representación adecuada sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, pp. 144-148.

³³⁵ El sistema italiano prevé que luego de que ha sido notificada la acción, otros posibles afectados puedan registrarse para conformar el grupo demandante. El Consejo de Justicia del Reino Unido presento un informe según el cual las acciones colectivas deben basarse en el sistema *opt-out* con el fin de garantizar una alta tasa de participación de los afectados, similar a lo que se presenta en Australia, los Países Bajos, Portugal y los Estados Unidos. En *Improving Access to Justice Through Collective Actions. Executive summary*, pp. 11 a 76.

excluidos de la acción iniciada, para no verse afectados por la sentencia que se dicte por considerarla imperfecta para el caso concreto, considerando los principios aplicables al juicio de constitucionalidad y la debida ponderación de derechos humanos con el fin de garantizar el acceso a la justicia).³³⁶

10.6.2. Cosa Juzgada.- La cosa juzgada en las acciones colectivas en defensa de intereses y derechos colectivos y difusos opera erga omnes y ultra partes, atentos a las siguientes posibilidades terminales: Si la reclamación fue estimada procedente, la sentencia extenderá sus efectos, para beneficiarse de la cosa juzgada, a todos los miembros del grupo. Con esto, cualquier individuo podría solicitar una indemnización, en virtud de la de la habilitación otorgada en la sentencia colectiva. Sin embargo, si bien en la reforma se establece (art. 594 CFPC) que los afectados podrán adherirse voluntariamente a la colectividad durante la substanciación del proceso y hasta 18 meses posteriores a que la sentencia haya causado estado o, en su caso el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada, se les obliga a probar el daño causado. Si la reclamación fue estimada improcedente, y hubo adecuada representación, la sentencia habrá juzgado de manera definitiva la cuestión, operando la cosa juzgada respecto del infundado reclamo. Subsistirá empero, la posibilidad de que de manera individual el que se estime afectado por el acto o hecho lo ataque a través de una acción individual. Lo que ya no se puede volver a tramitar es la pretensión grupal, pues esa ya se juzgo. Sin embargo, si la reclamación fue estimada improcedente, y no hubo adecuada representación que haya trascendido al resultado, la sentencia no debería ser cosa juzgada y se deberá proponer la misma acción. La cosa juzgada tiene efectos erga omnes y ultra partes, alcanzando la protección de los derechos dondequiera que, por la misma causa, hayan sido violados o estén siendo vulnerados con independencia de cuantos sean los afectos materialmente. Barbosa Moreira dice “la satisfacción de uno solo implica por fuerza la satisfacción de todos, asimismo como lesión de uno constituye *ipso facto* la lesión de toda la colectividad”.³³⁷

En otras palabras la decisión judicial afectara la esfera jurídica de todos los miembros de la colectividad, quienes son los verdaderos y únicos titulares de los derechos en litigio.³³⁸

³³⁶ Las normas procesales de Dinamarca y Noruega que entraron en vigor en 2008, estipulan el empleo combinado del modelo *opt-in* y *opt-out*, sin embargo, en circunstancias especiales, los tribunales pueden establecer el empleo del sistema de *opto ut*, con el fin de garantizar el acceso a la justicia.

³³⁷ GARCIA, SAIS, Fernando, Influencia de la Legitimación procesal y de la representación adecuada sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, pp. 143-144.

³³⁸ GIDI, ANTONIO. Cosa Juzgada en Acciones Colectivas. P. 261 y ss, en GARCIA, SAIS, Fernando, Influencia de la Legitimación procesal y de la representación adecuada sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, p. 144.

10.6.3. No obligatoriedad de sentencias desfavorables.- Para efectos del juicio de amparo y toda vez que no se ha avanzado mucho en los detalles que no se han contemplado en la regulación vigente de las acciones colectivas, se sugiere aplicar el principio *pro homine* y aplicar el derecho mas favorable, en el caso de la inadecuada representación para efectos de la regla de la falta de vinculatoriedad de los efectos de la cosa juzgada respecto de todos los miembros de la colectividad o grupo y se sugiere que el grupo se encuentre en posibilidad de iniciar otra acción con idéntica pretensión, en caso de que la sentencia hubiera sido desfavorable, sin tener que acreditar la inadecuada representación. Suponiendo que el criterio que se quiere seguir es el dispuesto por la normatividad vigente que regula las acciones colectivas, las sentencias en materia de acciones colectivas valen tanto en pro como en contra, tanto si se estima procedente como improcedente. Por lo tanto, la sentencia tendrá efectos de cosa juzgada y vinculará a todos los miembros de la colectividad o grupo excepto cuando se acredite plenamente que existió inadecuada representación de dicha colectividad o grupo que haya trascendido al resultado del juicio. En dicho supuesto podría iniciarse otra acción con idéntica pretensión en el plazo de 2 años contados desde el conocimiento de los hechos, actos u omisiones que hayan causado la inadecuada representación y que estos hayan trascendido al resultado del juicio. Por una parte se refiere al concepto de ineptitud de la parte actora para hacer valer un derecho en la medida que tal falta de aptitud se refleje en la sentencia. Si durante el juicio ninguno de los interesados se percató de que había condiciones para la sustitución si el legitimado procesal por falta de aptitud, idoneidad o por negligencia (tanto del legitimado como del asesor legal), sería conveniente que tras el dictado de la sentencia, se subsanara la deficiencia. Así, si existía una prueba que no se señaló y que sería razonable haberla señalado, habrá ineptitud. Sino se precisa de manera cierta la colectividad afectada ni se dan parámetros que permitan determinarla, o si no se identifica de manera clara cuál es el interés o derecho colectivo que se pretende proteger, habrá ineptitud. Al referirnos al carácter indisponible de los derechos colectivos, mencionamos que la actividad procesal del actor se puede revisar aspectos tales como, *inter alia*, la redacción, la argumentación jurídica, la precisión del tipo de derecho colectivo puesto en riesgo o dañado, la identificación de las cuestiones comunes, la identificación de los elementos probatorios que conducirán a cerciorarse de que efectivamente hay una afectación y, por último, la petición de la mejor solución para proteger el derecho o interés afectado. Sobre estos elementos se puede determinar si la calidad del trabajo realizado por el legitimado y su asesor jurídico profesional fue adecuada. No se exige perfección, solo adecuación, siguiendo el precedente citado por Klonoff de *Hansberry v. Lee*. La adecuación se logra realizando un trabajo jurídico procesal apegado que considere el estado de la ciencia jurídica, los criterios jurisprudenciales, el conocimiento del hecho o acto que vulnera el derecho colectivo, las pruebas ofrecidas, etc., de forma similar a lo que acontece con las llamadas “obligaciones de medios” en las que el profesional no se compromete a lograr un resultado determinado sino a poner todo de su parte para que ello se dé (*lex artis*). La doctrina ha señalado algunos indicadores de falta de aptitud, idoneidad o negligencia, de los que podemos señalar la insuficiencia de pruebas, una mala instrucción en el proceso, la aparición de nuevos documentos que eran ignorados o

retenidos por un tercero o por el demandado, el avance científico (*estate of the art*), el cambio de circunstancias que dieron origen al fallo, el trastocamiento de los juicios de valor políticos o morales, el error grosero y arbitrario (por ejemplo en la precisión de las cuestiones de hecho o de derecho), la desatención del orden público, y todo lo que sea una ostensible violación del derecho de defensa”. Luego entonces, no puede extenderse los efectos de la cosa juzgada en los casos que la reclamación fue estimada improcedente por no haber existido una adecuada representación y que dicha ausencia haya trascendido al resultado. En dicho caso, se podrá proponer una adecuada representación y que dicha ausencia haya trascendido al resultado. En dicho caso se podrá proponer la misma acción con idéntica pretensión. Se propone que sea un nuevo juicio con la misma pretensión en aplicación del principio de la no obligatoriedad de la sentencia desfavorable (*secundum eventum litis*), tantas veces como sea necesario de acuerdo con los principios que inspiran los juicios colectivos, respetando el debido proceso en toda su magnitud.³³⁹

10.6.4. Efectos de las sentencias de amparo.- Etimológicamente, la palabra sentencia proviene del latín, *sententia*, que significa máxima, pensamiento corto, decisión. “Es la resolución que pronuncia el juez o tribunal para resolver el fondo del litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminación normal del proceso”.³⁴⁰ La expresión “sentencia” deriva del vocablo latino “*sententia*” y si acepción común significa: “Dictamen o parecer que uno tiene o sigue”. En otra de sus acepciones, la palabra “sentencia” significa la “decisión de cualquier controversia”. La significación gramatical de “sentencia” y de “sentencia definitiva” constituye una buena base para tener un concepto de sentencia definitiva, que es el acto jurisdiccional por el que se resuelve la controversia planteada, al finalizar el juicio, declarando, condenando o absolviendo. La sentencia definitiva de amparo “es el acto jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los Tribunales de Circuito o del Juez de Distrito, por el que una vez terminada la tramitación de la controversia planteada sobre la violación de derechos fundamentales o sobre la invasión competencial, entre Federación y Estado, se resuelve si se concede, se niega o se sobresee el amparo solicitado por el quejoso contra el acto reclamado por la autoridad responsable.”³⁴¹

Por no ser materia específica del presente trabajo de investigación únicamente vamos a mencionar la clasificación de las sentencias, conforme a lo dispuesto por la ley aplicable, estas pueden ser:

- Estimatorias: las que conceden y desestimatorias (las que niegan el amparo al quejoso).

³³⁹ GARCIA, SAIS, Fernando, Influencia de la Legitimación procesal y de la representación adecuada sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013, pp. 148-150.

³⁴⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México, 1993, p.2891.

³⁴¹ ARELLANO GARCIA, Carlos, El Juicio de Amparo, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 799.

- Declarativas: las resoluciones que sobreseen el juicio, a pesar de que no pueden ser denominadas sentencias, en sentido escrito para el juicio de amparo, tienen naturaleza declarativa, debido a que se limitan a señalar la existencia de alguna causal de improcedencia que impide analizar el fondo del negocio.³⁴²

Partiendo del supuesto de que legislativamente no existe la figura de los efectos del amparo, para resultados eminentemente prácticos y en concordancia a lo propuesto por Ferre, en cuanto a que la democracia se imponga sobre el control constitucional, se ha determinado que la concesión del amparo puede ser en tres formas: a) de manera lisa y llana, b) para determinados efectos o, c) para efectos pero devolviendo con libertad de jurisdicción. En este sentido las sentencias pueden ser:

- Sentencia lisa y llana: No necesita especificar su efecto y anula completamente el acto reclamado con sus consecuencias; además que esta sentencia se dicta en el caso que el acto reclamado lo sea por violaciones de carácter material, que no dan lugar a una rectificación por parte de la autoridad responsable, lo que podríamos comparar a la nulidad absoluta del acto jurídico que no es susceptible de convalidarse.
- Sentencia para efectos: Inspirada en formas procesales de la casación, creando lo que se ha denominado amparo-casación, respecto del acto reclamado, se utiliza una institución llamada reenvió, del francés *renvoi*, que significa devolución, remisión. El Tribunal de control constitucional ordena la remisión de los autos a la autoridad responsable, para que reponiéndolos al estado que tenían antes de la violación a derechos fundamentales, lo sustancie.³⁴³ Es decir la autoridad responsable que hace las veces de juez de reenvió debe acatar cabalmente las cuestiones decididas en la sentencia dictada con motivo del amparo, toda vez que en estos casos, constituyen una verdadera interpretación, como si se tratara de cumplir un precepto de la ley. La autoridad responsable, cuando acate la sentencia de amparo, que es cosa juzgada, debe dictar una nueva resolución ajustándose a ella y subsanando los errores o violaciones al principio de legalidad y en concordancia con la ley suprema, que afectaron la sentencia que constituyo el acto reclamado en amparo. En este sentido, existen dos tipos de sentencias de amparo: el amparo para determinados efectos y el amparo concedido para efectos, en el que la libertad puede actuar con libertad de jurisdicción.
 - o Sentencia de Amparo para efectos determinados: Se dicta cuando el acto reclamado es contrario a la letra de la ley aplicable al caso, a su interpretación jurídica o a sus principios generales de derecho a falta de ley aplicable, cuando comprendan acciones, excepciones o casos que no

³⁴² BARRERA GARZA, Oscar, Compendio de Amparo, Editorial Mc. Graw Hill Interamericana, México, 2004, p. 334.

³⁴³ PROCEDIMIENTO, VIOLACIONES AL, Registro:210143. Octava época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. 82, Octubre de 1994. Materia(s): Común. Tesis: V.2o. J/107 Página: 45.

hayan sido objeto de análisis, o cuando no las comprendan todas, por omisión o negación expresa. Al concederse el amparo, debemos recordar que la autoridad de control constitucional nunca puede sustituirse en la responsable, pues contravendría el orden imperante en nuestro sistema, por lo que solo debe ordenar que se dicte una nueva resolución o acto, en la que se tome como base los lineamientos expresados en la ejecutoria de amparo.

- Sentencia de amparo para efectos, con plenitud de jurisdicción: Este tipo de sentencia de amparo se concede cuando a juicio del tribunal federal, hubo alguna violación procesal que dejó sin defensa al quejoso, o existe alguna violación de tipo formal, que es objeto de convalidación, y que una vez subsanado el error o la omisión puede dictar otro acto. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la legalidad del procedimiento es una cuestión de orden público, por lo que su estudio es preferente al de las violaciones que se aleguen respecto del fondo del asunto, ya que de resultar procedente alguna violación procesal que se hiciera valer en la demanda de amparo, haría innecesario el análisis de los restantes conceptos de violación que ven en cuanto al fondo del asunto.³⁴⁴

10.7 Definitividad.- La expresión relativa a este principio se ha utilizado en la legislación constitucional y reglamentaria, así como en la jurisprudencia establecida por los tribunales de amparo, para dar a entender que antes de promover el juicio de garantías deben agotarse los recursos o medios de defensa que las leyes ordinarias prevén a fin de combatir el acto de autoridad que se pretende reclamar en la vía constitucional. Este principio fundamental, se consagra en las fracciones III y IV del artículo 107 constitucional, revistiéndolo, por ende, de todas aquellas modalidades jurídicas inherentes a la naturaleza de un precepto de la Ley fundamental, cuales son principalmente, la supremacía respecto de las leyes secundarias y la rigidez frente a la actuación del poder legislativo ordinario. Las excepciones al principio de definitividad son las siguientes:

- I. Los que afectan a personas extrañas al juicio o al procedimiento del cual emanan;
- II. Los que dentro de un juicio su ejecución sea de imposible reparación;
- III. Los administrativos respecto de los cuales, la ley que los rige, exija mayores requisitos que los que prevé la Ley de Amparo, para suspender su ejecución;
- IV. Los que importen una violación a las garantías consagradas en los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 de la Constitución Federal;
- V. Leyes, cuando se impugnan con motivo del primer acto de aplicación;
- VI. Los que importen peligro de la privación de la vida, deportación o destierro o cualquiera de los prohibidos por el artículo 22 constitucional;
- VII. Actos o resoluciones respecto de los cuales, la ley que los rige no prevé la suspensión de su ejecución con la interposición de los recursos o medios de defensa ordinarios que proceden en su contra;

³⁴⁴ DEL ARENAL MARTINEZ, Vicente Roberto, La técnica en el juicio de amparo, Editorial Flores, México 2015, pp. 524-532.

VIII. Los que carezcan de fundamentación;

IX. Aquellos respecto de los cuales los recursos ordinarios o medios de defensa legales, por virtud de los cuales se puede modificar, revocar o nulificar el acto reclamado, se encuentran previstos en un reglamento, y en la ley que este regula no se contempla su existencia.³⁴⁵

10.8 Suplencia de la queja deficiente.- La suplencia de la queja deficiente es una institución jurídica, que faculta al juez de amparo a suplir en la demanda los conceptos de violación, en los que existan errores o imperfección, para subsanarlos y conceder el amparo y protección de la Justicia Federal, al quejoso que solicita el amparo. Juventino V. Castro y Castro explica que se debe distinguir la suplencia de la queja deficiente de la suplencia del error, toda vez que la suplencia del error consiste en citar la garantía constitucional que viola el acto señalado como reclamado por el quejoso, otorgándole el amparo por la garantía que realmente aparezca violada, así como corregir los preceptos de carácter secundario mal invocados. No sucede igual con la queja deficiente, en esta el concepto está completamente omitido o imperfectamente desarrollado o bien la cita de la garantía constitucional violada puede fallar totalmente nos aclara que al suplirse la queja deficiente se construye total o parcialmente el concepto que no aparece en la demanda. La suplencia del error se debe a una imperfección de estilo y la suplencia de la queja deficiente a una imperfección de fondo, también señala que en la suplencia del error existe concepto de violación y en la suplencia de la queja deficiente, falta total o parcialmente y siempre constituye una omisión.³⁴⁶

La Jurisprudencia indica que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, interpretando las normas relativas a esos derechos de conformidad con dichos ordenamientos (principio de interpretación conforme) favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia (principio *pro homine*). Lo anterior, acorde con los principios de interdependencia, indivisibilidad, universalidad y progresividad, de los cuales se advierte que los derechos humanos se interrelacionan y dependen recíprocamente unos de otros y tienen como origen común la dignidad humana, por lo cual no es procedente relegar algunos para conceder prioridad a otros ni puede existir jerarquía entre ellos, lo que significa que todos los derechos humanos deben ser objeto de protección sin distinción alguna, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 103 constitucional. Los artículos 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 25 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos

³⁴⁵DEFINITIVIDAD. EXCEPCIONES A ESE PRINCIPIO EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, Registro 191539 Tesis Aislada. Materia(s): Común. Novena época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XII, Julio de 2000. Tesis: 2ª. LVI/2000. P.156

³⁴⁶ DEL ARENAL MARTINEZ, Vicente Roberto, La técnica en el juicio de amparo, Editorial Flores, México 2015, pp. 176-177.

Humanos, establecen que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes, que la amparen contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución y los instrumentos normativos referidos. Esta suplencia complementa la prevista en la ley de amparo, ya que revela mayores alcances en cuanto al sujeto, al proceder a favor de cualquier persona y no solo en beneficio de determinados individuos, circunstancia que, sin embargo, no torna inoperante el beneficio regulado en dicha ley, pues este reviste una protección mas amplia en cuanto al objeto, debido a que no se limita a violaciones de derechos humanos en materia de constitucionalidad y convencionalidad, sino también de legalidad. Lo anterior deja ver que si bien ambas clases de suplencia pueden concurrir en ciertos casos, en otros puede resultar procedente una u otra, de manera que la contemplada en la ley de amparo sigue teniendo plena eficacia en los supuestos que prevé.³⁴⁷

10.9 Estricto derecho.- El principio de estricto derecho, indica que el juzgador de amparo se limita a resolver sobre los actos reclamados y conceptos de violación hechos valer en la demanda de amparo, sin hacer consideraciones de constitucionalidad o legalidad que no hubiese planteado el quejoso como inconstitucionales o ilegales. Carlos Arellano García señala que a este principio se le llama también principio de congruencia, toda vez que el juzgador del amparo se le obliga a limitar su función jurisdiccional y resolver sobre los actos reclamados y conceptos de violación que se hicieron valer en la demanda respectiva sin hacer consideraciones de inconstitucionalidad o ilegalidad que no haya planteado el quejoso. Este autor señala que cuando ante este principio tiene las siguientes características: es de observancia obligatoria para el órgano jurisdiccional que resuelva el amparo; regula la sentencia de amparo en el sentido de que no podrá suplir deficiencias de la demanda en el caso de que el acto sea inconstitucional o ilegal; se considera que es general pero no absoluto, ya que admite excepciones previstas en la Constitución y en la Ley de Amparo, para que opere la suplencia de la queja deficiente; y cuando no aplica el principio de suplencia de la queja deficiente opera el principio de estricto derecho.

Si bien este principio es congruente con el concepto de un juicio mas no así como un mecanismo de control y defensa de la Constitución, pensando que es un este punto donde se tiene que valorar el futuro del principio antes referido, visto desde la luz la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la cual homologa lo dispuesto en los tratados internacionales en materia de derechos humanos a la constitución y como indica la jurisprudencia la constitución y los tratados internaciones en materia de derechos humanos son la ley suprema, en ese sentido se aplica el principio *pro homine*, lo que significa que es obligación del estado mexicano aplicar la ley mas favorable del universo de normas aplicables, entre las cuales se

³⁴⁷ SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN EL JUICIO DE AMPARO. PROCEDE CUANDO EL JUZGADOR ADVIERTA LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS. Tesis XXVI.1º(VIII Región) J/3 (10ª) Tribunales colegiados de circuito, Semanario Judicial de la federación y su gaceta, libro XVIII, marzo de 2013, tomo 3, Décima Época, p. 1830

comprenden la norma constitucional y lo dispuesto en los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

11. Bibliografía

AGUILÓ REGLA, Josep, Tensiones del Constitucionalismo y concepciones de la constitución, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010.

ALEXY, Robert, en Neoconstitucionalismo(s) edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta-UNAM, Madrid 2009.

ALEXY, Robert, Sobre los Derechos Constitucionales a Protección en Robert Alexy, Derechos Sociales y ponderación, colección dirigida por Ernesto Garzón Valdés, Celestino Pardo, Antonio Pau y Rodolfo Vázquez, Editorial Fontamara, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, México 2010.

ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios constitucionales, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid 1993.

ALEXY, Robert, Una teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

ALVÁREZ, Clara Luz, Internet y derechos fundamentales, Editorial Porrúa, Universidad Panamericana, México 2011.

ARELLANO GARCIA, Carlos, El Juicio de Amparo, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2005.

BADENI, Gregorio, Tratado de libertad de prensa, Editorial Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.

BARRERA GARZA, Oscar, Compendio de Amparo, Editorial Mc. Graw Hill Interamericana, México, 2004.

BAYÓN, Juan Carlos, Democracia y Derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010.

BOBBIO, Norberto, El tiempo de los derechos, Traducción de Rafael de Asís Roig, Editorial Sistema, Madrid 1991.

BOBBIO, Norberto, Igualdad y libertad, Editorial Paidós, Barcelona 1993.

BOVERO, Michelangelo, *"Diritti fondamentali e democrazia nella teoria di Ferrajoli. Un concesso complessivo e un dissenso specifico"*, Teoría Política, XVI, núm. 3, 2000.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, El Juicio de Amparo, Editorial Porrúa, México 1968.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las garantías individuales, 38ª edición, Editorial Porrúa, México, 2005.

CAMPILLO SÁINZ, José, Introducción a la ética profesional del abogado, Editorial Porrúa, México 2005.

COMANDUCCI, Paolo, Forma de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico, en Neoconstitucionalismo(s) edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta-UNAM, Madrid 2009.

CARBONELL, Miguel, y GARCIA JARAMILLO Leonardo, Desafíos y retos del canon neo constitucional, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010.

CARBONELL, Miguel, Neoconstitucionalismo(s), Editorial Trotta-UNAM, Madrid 2009.

CARBONELL, Miguel, La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli, en CARBONELL Miguel, y SALAZAR, Pedro, Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

CARPIZO, Jorge, Derechos humanos y Ombudsman, 3ª edición, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México 2003.

CHAVEZ CASTILLO, Raúl, Breve Diccionario de Amparo, 3ª edición, Editorial Porrúa, México 2014.

CORDÓN MORENO, Faustino “El proceso de amparo constitucional” Editorial La Ley, Madrid, 1992.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El lenguaje de lo derechos, Ensayo estructural para una teoría de los derechos, Editorial Trotta, Madrid 2007.

DEL ARENAL MARTINEZ, Vicente Roberto, La técnica en el juicio de amparo, Editorial Flores, México 2015.

DE PÁRAMO ARGUELLES, Juan Ramón, “Derecho subjetivo”, en El Derecho y la justicia, coordinadores Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Editorial Trotta, Madrid, 2000.

D. FARREL, Martin, ¿Hay derechos comunitarios?, en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, Doxa 17-18 (1995).

DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, Editorial Ariel Derecho, Barcelona 2009.

ESPINOSA BARRAGAN, Manuel Bernardo, Juicio de Amparo, Editorial Oxford, México 2000.

FERRAJOLI, Luigi, Pasado y Futuro del Estado de Derecho en Neoconstitucionalismo(s) edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta-UNAM, Madrid 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, Madrid 1995.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi, Garantismo, Una discusión sobre derecho y democracia, Madrid, Editorial Trotta.

FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías, la ley del mas débil, 2ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Derecho Procesal constitucional, tomo III, 5ª edición, Editorial Porrúa, México, 2006.

FERRER MAC GREGOR, Eduardo, La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado, 4ª. ed. Editorial Porrúa, México, 2006.

FERRES COMELLA, Víctor, El control judicial de la constitucionalidad de la ley, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010.

GARCIA JARAMILLO, Leonardo y CARBONELL Miguel, Desafíos y Retos del Canon Neoconstitucional, en El Canon Neoconstitucional, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, en Derechos Sociales y ponderación, colección dirigida por Ernesto Garzón Valdés, Celestino Pardo, Antonio Pau y Rodolfo Vázquez, Editorial Fontamara, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, México 2010.

GARCIA, SAIS, Fernando, Influencia de la Legitimación procesal y de la representación adecuada sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013.

GARGARELLA, Rodolfo, Las teorías de la justicia después de Rawls, Editorial Paidós, Barcelona, 1999.

GONGORA PIMENTEL, Genaro, El Derecho que tenemos: la justicia que esperamos, “La inconstitucionalidad de los derechos por la descarga de aguas contaminadas”, Editorial Laguna, México, 2000.

GUASTINI, Ricardo, “*Separazione o divisione dei poteri?*”, Teoría Política, XIV, 1998.

HENDRICKS, Aart, “*The Right to health in national and international jurisprudence*”, European Journal of Health law, vol. 5, Holanda, Kluwer Law International, 1998.

ALMAGRO NOSETE, José, “Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo”, en la obra colectivo *El Tribunal Constitucional*, t. I, Madrid, Dirección General de lo Contencioso del Estado-Instituto de Estudios Fiscales 1981.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México, 1993.

KYMLICKA, Will, *Contemporary Political Philosophy*, Claredon Press, Oxford, 1990.

KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural, Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Editorial Paidós, Barcelona 1996.

LIFANTE Isabel, *Poderes Discrecionales*, en *Racionalidad y Derecho*, Alfonso García Figueroa coordinador, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

LARA CHAGOYAN, Roberto, *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del Derecho*, Editorial Fontamara, México, 2004.

NINO, Carlos Santiago (ed), *Rights*, New York University Press 1992.

NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Las crisis del procedimiento de Amparo*, Editorial Porrúa, México 1975.

NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Lecciones de Amparo*, en *Separata*, la Revista de la Universidad Iberoamericana, número 5, México 1973.

OVALLE FAVELA, José, *Las acciones colectivas*, en *Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano*, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013.

OVALLE FAVELA, José. “Las acciones populares”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, Tomo I, *Derecho romano e historia del derecho romano*, UNAM, México, 2006.

PECES BARBA, Gregorio, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Editorial Eudema, Madrid, 1988.

POZZOLO, Susanna, *Reflexiones sobre la Concepción Neoconstitucionalista de la Constitución*, en *El Canon Neoconstitucional*, edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2010.

POZZOLO, Susana, en *Neoconstitucionalismo(s)* edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta-UNAM, Madrid 2009.

PRIETO SANCHIS, Luis, Estudios sobre derechos fundamentales, Editorial Debate, Madrid, 1990.

RAWLS, John, *A theory of Justice*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, traducción Teoría de la Justicia, 2^o edición Fondo de Cultura Económica México 1995.

RAZ, Joseph, “*Right-Based Moralities*”, en J. Waldron, *Theories of Rights*, OUP, Oxford, 1984, en *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de cultura económica Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, México 2008.

SANCHEZ, MORON, Miguel, “Interés legítimo”, Enciclopedia jurídica básica, vol. III, Madrid Civitas, 1995.

SHELTON, Dinah, *Remedies in International Human Rights Laws*, 2^a ed. USA, Oxford, University Press, 2010.

TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, Nueva York, 1978.

TRON PETIT, Jean Claude, ¿Qué hay de los intereses colectivos y su régimen probatorio?, en Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano, Coordinador Xavier Ginebra Serrabou, Editorial Tirant lo Blanch, México 2013.

UGARTE ARTAL, Carolina, Las Naciones Unidas y la educación en derechos humanos, Editorial Eunsa, Barañáin (Navarra) 2004.

VITALE, Ermanno, *Defenderse del Poder. Por una resistencia constitucional*, Traducción de Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vásquez Sánchez, Editorial Trotta, Madrid, 2012.

VON IHERING, Rudolf, *El espíritu del derecho romano*, Editorial Comares, Granada, 1998, Libro II, Tomo IV, Segunda Parte.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos. El tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones y Críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva, Isonomía, Número 39, ITAM, México, octubre de 2013, http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia39/39_6.pdf.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal", de la ponencia presentada en el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (sobre "La protección orgánica de la Constitución"), celebrado los días 2 y 3 de octubre de 2009 en el Teatro Amalia G. De Castillo Ledón, del Centro Cultural Tamaulipas en Ciudad Victoria. El presente trabajo constituye una actualización de la relatoría nacional de México que presentamos con motivo del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal, en el Centro di Studi Giuridici Latino Americano de la Universidad Tor Vergata (Roma, 20-22, mayo 2004); teniendo presente otros trabajos publicados con anterioridad, especialmente, "El amparo colectivo en México", en Castro y Castro Juventino V. (coord.), Estudios en honor de Humberto Román Palacios, México, Porrúa 2005, pp.201-234 y "El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)", Libro Homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco, México, UNAM-IIJ, 2000, pp. 221-234; del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>.

GAMBOA MONTEJANO, Claudia, Las acciones colectivas, análisis de las iniciativas presentadas en la materia, derecho comparado y opiniones especializadas, Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis de la Cámara de Diputados LXI Legislatura, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-08-11.pdf>.

HARTNEY, Micheal, *Some confusions concerning collective rights*, The Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Volume 4, Issue 02, Canada, July 1991, <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=9455074>.

INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE LA LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Y SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, LEY ÓRGANICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL, LEY ÓRGANICA DEL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LEY ÓRGANICA DE LA PROCURADuría GENERAL DE LA REPÚBLICA, Salón de Sesiones de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, México, Distrito Federal, a 15 de febrero de 2011, http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2011/02/asun_2735356_20110215_1297791384.pdf.

Improving Access to Justice Through Collective Actions. Executive summary, [https://www.ucl.ac.uk/laws/judicial-institute/files/Improving Access to Justice through Collective Actions - final report.pdf](https://www.ucl.ac.uk/laws/judicial-institute/files/Improving%20Access%20to%20Justice%20through%20Collective%20Actions%20-%20final%20report.pdf)

OROZCO ENRIQUEZ, Jesús, "Consideraciones sobre los principios y reglas en el derecho electoral mexicano", Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, número 16, revista 342,702, México, 2001, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/16/pr/pr0.pdf>.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, AGONU. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/147. 16 de diciembre de 2005, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>

Déclaration des Droits de l'Homme e du Citoyen de 1789, <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>

Declaración Universal de los Derechos Humanos. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Carta de la Organización de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la organización de las Naciones Unidas, *General Comments 3 regarding the nature of States parties obligations*, 14 de diciembre de 1990, párrafos 1-5 y 8-11, [http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Traduttek/Derechos hum Base/CESCR/00 1 obs grales Cte %20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3](http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Traduttek/Derechos%20hum%20Base/CESCR/00%201%20obs%20grales%20Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3)

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), [https://www.oas.org/dil/esp/tratados B-32 Convencion Americana sobre Derechos Humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

Convención de los Derechos del Niño, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_77_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de mayo de 2010, (excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 21 de julio de 1989 (reparaciones y costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf

FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE IN THE UNITED STATES OF AMERICA, as amended to December 1, 2015, Rule 23, Class Actions; https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

LEY DE AMPARO REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_140714.pdf

SUPREMA CORTE DE JUSTITICA DE LA NACIÓN, Proyecto de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2001, Suprema Corte de Justicia de la Nación.