



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho

IGUALDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES. EL PARADIGMA DE LA IGUALDAD
CONSTITUCIONAL
TESIS

Que como parte de los requisitos para obtener el grado de
Maestro en Derecho

Presenta:
Ramses Samael Montoya Camarena

Dirigido por:
M. en D. Luis Eusebio Alberto Avendaño González

SINODALES

M. en D. Luis Eusebio Alberto Avendaño González
Presidente

Dra. Gabriela Nieto Castillo
Secretario

Dr. Gerardo Porfirio Hernández Aguilar
Vocal

M. en D. Bernardo García Camino
Suplente

M. en D. Javier Rascado Pérez
Suplente

Nombre y Firma
Director de la Facultad

Dra. Gabriela Nieto Castillo

Firma

Firma

Firma

Firma

Firma

Nombre y Firma

Director de Investigación y
Posgrado

Dr. Irineo Torres Pacheco

Centro Universitario
Querétaro, Qro.
Agosto de 2012
México

Nombre del tesista:

Ramses Samael Montoya Camarena.

Nombre del Director de Tesis (temático-metodológico):

Maestro Luis Eusebio Avendaño González.

Título del proyecto:

IGUALDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES. EL PARADIGMA DE LA
IGUALDAD CONSTITUCIONAL.

Tipo de Investigación:

Básica.

Lugar donde se realiza la investigación:

Santiago de Querétaro, Qro.

Dedicatoria

*A Danna Camila,
jamás abandones tus sueños.*

*A David Guido,
admiro tu grandeza.*

Resumen: La presente investigación se desarrolla desde una visión en que la discusión del capital axiológico inmanente al Derecho tiene un peso importante para la delimitación del objeto de estudio. La identidad que prevalece en el trabajo refleja una dimensión teórica entorno al constitucionalismo. Básicamente el texto se divide en tres apartados: a) un recorrido teórico-filosófico de la comprensión contemporánea de los derechos fundamentales, que sirve de plataforma promotora para la incorporación confluyente de un debate sobre sus contornos, contenido, aplicación, mecanismos de defensa y construcción. b) la teoría constitucional, desde una explicación histórica que permite identificar los contrastes entre el positivismo y naturalismo en la formación del fenómeno denominado constitucionalización del Derecho, cuyo ideal es someter el poder público a la razón, instrumentando como condicionante el amplio catálogo de principios, valores y derechos garantizados en la Constitución; asimismo, por el estrecho vínculo subyacente en el tema también se aborda la conexión entre racionalidad, argumentación jurídica e interpretación constitucional, que ante su dimensión valorativa se representan coextensas en la indeterminación de los principios jurídicos sobre los que se pronuncian en la práctica jurídica intensamente judicializada. c) Igualdad, se apertura un modesto espacio explicativo sobre el principio jurídico occidental de mayor complejidad configurativa, que dada su naturaleza y transcendencia justifica una aspiración deseable y exigible del modelo democrático en el país; del que además pende la legitimidad de un Estado inserto en los postulados teóricos del constitucionalismo. La última parte de la investigación presenta, enlazado con su análisis preliminar, una colisión fuerte entre diversos derechos y el principio de igualdad previstos en la Constitución mexicana, argumentando que la relevancia del problema evidencia la infidelidad teórica entre el cuerpo normativo garante de los derechos; proponiendo que el protagonismo judicial construya desde el control convencional una verdadera guía garante de la igualdad.

Abstract: This research develops from a point of view that discussion of the axiological capital immanent to the right has a significant weight for the delimitation of the object of study. The identity that prevails in the work reflects a theoretical dimension environment to constitutionalism. The text is basically divided into three sections: to) a teorico-filosofico tour of the contemporary comprehension of fundamental rights, that serves real estate platform for mainstreaming confluent of a debate on its contours, content, application, construction and defense mechanisms. (b) the constitutional theory, from a historical explanation that identifies the contrasts between positivism and naturalism in the formation of the so-called phenomenon of constitutionalisation of the right, whose ideal is to submit the public power to reason, implemented as a determinant for the extensive catalogue of principles, values and rights guaranteed in the Constitution; also, because of the narrow underlying link in the topic also discusses the connection between rationality, legal argumentation and constitutional interpretation, that in its evaluative dimension are rendered coextensas in the indeterminacy of legal principles on which are pronounced in the intensely judicializada legal practice. (c) equality, is opening a modest explanatory space over the Western legal principle of configurative complexity, which given their nature and significance justifies a desirable and enforceable aspiration of the democratic model in the country; which also hangs the legitimacy of a State embedded in the theoretical tenets of constitutionalism. The last part of the research presented, bound with its preliminary analysis, a strong collision between various rights and the principle of equality laid down in the Mexican Constitution, arguing that the relevance of the problem demonstrates theoretical infidelity between normative guarantor of rights; proposing that the judicial role construct from the conventional control guide a true guarantor of equality.

ÍNDICE.

Introducción	VI
CAPITULO I	
1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	
1.1 Evolución de los derechos fundamentales en el plano internacional	1
1.1.1 La Ilustración y los derechos fundamentales	2
1.1.2 La Declaración de independencia de Estados Unidos de Norteamérica	4
1.1.3 La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano	5
1.1.4 Constitución Francesa de 1791	7
1.1.5 Constitución Francesa de 1793	8
1.2 Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo mexicano	10
1.2.1 Constitución de 1824	10
1.2.2 Las Siete Leyes Constitucionales	16
1.2.3 Reformas constitucionales de 1847	20
1.2.4 Constitución de 1857	22
1.2.5 La Constitución de 1917	25
1.3 Teoría de los derechos fundamentales	28
1.3.1 Los fundamentos de los derechos fundamentales	29
1.3.1.1 Fundamento en la igualdad	31
1.3.1.2 Fundamento en la democracia	33
1.3.1.3 Fundamento en la paz	35
1.3.1.4 Fundamento en la tutela del más débil	35
1.3.2 Elementos de los derechos fundamentales	42
1.3.2.1 Universalidad	42
1.3.2.2 Titularidad	46
1.3.2.2.1 Ciudadanía	46
1.3.2.2.2 Capacidad de obrar	49
1.3.2.2.3 Titularidad de los derechos en la Constitución Mexicana	50
1.3.2.2.3.1 Derechos asignados a todas las personas	50
1.3.2.2.3.2 Derechos asignados a los ciudadanos	51
1.3.2.2.3.3 Derechos asignados a las personas colectivas	52

1.3.2.3	Historicidad	53
1.3.2.4	Especificidad	54
1.3.3	Teorías sobre los derechos fundamentales	55
1.3.3.1	Teoría liberal	55
1.3.3.2	Teoría institucional	59
1.3.3.3	Teoría axiológica	59
1.3.3.4	Teoría democrática-funcional	60
1.3.3.5	Teoría del Estado social	60
1.3.4	Clasificación de los derechos fundamentales	61
1.4	Cambio de paradigma estadual	66
1.4.1	Estado jurisdiccional	66
1.4.2	Estado de derecho	70
1.4.3	Estado constitucional	76

CAPITULO II

2. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

2.1	Teoría General de la Constitución	83
2.1.1	Identificación de la conceptualización: Constitución	86
2.1.2	La Constitución como factor de cambio	90
2.1.3	La esencia normativa de la Constitución	92
2.1.4	Paradigma constitucional	96
2.1.4.1	Tipos de constitucionalismo	99
2.1.4.1.1	Constitucionalismo teórico	100
2.1.4.1.2	Constitucionalismo ideológico	102
2.1.4.1.3	Constitucionalismo metodológico	102
2.1.4.1.3.1	Constitucionalismo metodológico: desde los principios	103
2.1.4.2	Condiciones de una Constitución constitucionalizada	104
2.1.4.2.1	Constitución rígida	104
2.1.4.2.2	Garantía jurisdiccional de la Constitución	105
2.1.4.2.3	Fuerza vinculante de la Constitución	105
2.1.4.2.4	Sobreinterpretación de la Constitución	106
2.1.4.2.5	Aplicación directa de las normas constitucionales	107
2.1.4.2.6	La interpretación conforme de las leyes	107
2.1.4.2.7	Influencia constitucional en relaciones políticas	108

2.1.5. La teoría constitucional del constitucionalismo moderno	109
2.1.5.1 La moral en la teoría constitucional moderna	114
2.1.5.2 Reflexión de los principios en el constitucionalismo	116
2.1.5.2.1 El principio contramayoritario	119
2.1.5.3 El derecho desde el constitucionalismo	120
2.2 Justicia constitucional en México	123
2.2.1 Modelo de la Constitución procedimental	124
2.2.2 Modelo de la Constitución de detalle	130
2.2.3 Justicia constitucional y democracia	140
2.2.3.1 Dos dimensiones de la justicia democrática	142
2.2.3.1.1 El autogobierno colectivo	142
2.2.3.1.2 Institucionalización de la oposición	144

CAPITULO III

3. HACIA UNA IGUALDAD CONSTITUCIONAL

3.1 Principio de igualdad	147
3.1.1 Igualdad y diferencia	150
3.1.1.1 Anotaciones: igualdad y diferencia	151
3.1.2 La relación entre igualdad y no discriminación	152
3.1.3 Igualdad formal	155
3.1.4 Igualdad sustancial	157
3.2 Principio de no discriminación	158
3.2.1 Principio de daño de la discriminación	160
3.2.1.1 La exclusión	163
3.2.2 Efecto protector frente a la discriminación	165
3.2.3 Democracia, discurso de inclusión	167
3.2.4 Fuentes del derecho a la no discriminación	168
3.3 Interpretación constitucional	170
3.3.1 Modelos de la Constitución	173
3.3.1.1 Modelo axiológico de Constitución como orden	177
3.3.1.2 Modelo descriptivo de Constitución como orden	178
3.3.1.3 Modelo descriptivo de Constitución como norma	180
3.3.1.4 Modelo axiológico de Constitución como norma	181
3.3.2 Interpretación a partir de los modelos de la Constitución	182

3.3.2.1 Interpretación en el modelo axiológico de Constitución como orden	183
3.3.2.2 Interpretación en el modelo descriptivo de Constitución como orden	184
3.3.2.3 Interpretación en el modelo descriptivo de la Constitución como norma	186
3.3.2.4 Interpretación en el modelo axiológico de la Constitución como norma	190
3.3.3 Consideraciones finales	196
3.3.3.1 Legislativo <i>versus</i> Tribunal Constitucional: El debate	204
3.3.3.2 Principio de interpretación conforme a la Constitución	206
3.4 Presunción de constitucionalidad de las leyes	209
3.4.1 Justificación del principio de presunción constitucional de las leyes	212
3.6 Criterios o casos particulares	215
3.6.1 Los derechos en el paradigma democrático	217
3.6.2 El elemento axiológico en la teoría de los derechos	219
3.6.3 La validez normativa (la constitucional incluida)	222
3.6.4 Antinomias constitucionales y colisión de principios	228
a) La naturaleza de las normas constitucionales <i>in concreto</i>	228
b) Los efectos de las normas constitucionales confrontadas	235
3.6.5 Problemática teórica de las normas constitucionales en colisión	240
a) La presunción de su legitimidad por ser constitucionales	241
b) El tamiz del órgano revisor de la Constitución	242
3.6.6 La interpretación desde el control de convencionalidad	244
a) La interpretación convencional desde el diseño axiológico-normativo de la constitucionalidad	246
b) El bloque de constitucionalidad	247
c) La colisión de principios: igualdad <i>versus</i> tutela no jurisdiccional especializada en derechos humanos	248
Argumento a) La ilegitimidad normativa de meta-atruciones	250
Argumento b) El escrutinio intenso a la norma constitucional	251
Argumento c) La validez normativa en el Estado constitucional democrático	252
Argumento d) Objetivo filosófico particular de los derechos fundamentales	253
Argumento e) La eficacia directa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos	253
Argumento f) La naturaleza de los organismos protectores de derechos humanos	254
Argumento g) La paradoja del Poder Judicial Federal	256
Interpretación (propuesta) desde un control convencional	257

d) La colisión de principios: igualdad versus seguridad pública	268
Argumento a) La igualdad condición de la paz	269
Argumento b) El sesgo legislativo	272
Argumento c) La discriminación constitucional	274
Argumento d) Ineficacia jurisdiccional impuesta	276
Argumento e) La in-división de poderes	278
Argumento f) La igualdad y su parámetro comparativo	279
Argumento g) Dignidad humana y no discriminación	281
Interpretación (propuesta) desde un control convencional	283
Conclusiones	289
Bibliografía	298

INTRODUCCIÓN.

¿Por qué la igualdad constitucional?

La interrogante inicial tiene el reto de enfrentar con nitidez la cuidadosa lectura del texto constitucional en el cual se advierten estrechas veredas normativas, en las que la Constitución no es capaz de asegurar la igualdad, ni con su sola estela triunfal de supremacía. Sobre la igualdad hay un ejemplar de aportaciones filosóficas, políticas, sociológicas y económicas preocupadas por sus distintos matices: igualdad de derechos, igualdad de la ley, igualdad ante la ley, igualdad formal, igualdad política, igualdad material, igualdad frente a las diferencias sean estas religiosas, culturales, sociales, de género de capacidades, étnica, de preferencias sexuales, entre otras.

El objeto de la investigación no busca proporcionar un repaso exhaustivo de la literatura existente entorno al tema de la igualdad, sino examinar el marco teórico contemporáneo desde el cual se exige propiciar que la igualdad sea un principio eficaz en nuestra Carta Magna, los problemas que ello produce y la propuesta de una alternativa que además de diseminar a las normas infraconstitucionales un ejemplo de la igualdad constitucional, pueda poner en movimiento la nueva operación que el paradigma de los derechos humanos ha moldeado en México, es probablemente la ambición, que busca asomarse a un horizonte próximo que es mejor conquistar ahora, qué mejor, a través del principio de la igualdad, antes de que en la derrota al desafío se hagan fugaces otros valores constitucionales.

El debate ético de las condiciones sociales se ha defendido en Latinoamérica con intenso fervor, para estructurar presupuestos de una igualdad real y no líquida. Lo más importante es que dicho principio por sí mismo no dice nada, requiere invariablemente que su contenido cuente con el respaldo suficiente del poder público para ampliar el marco referencial del desarrollo para las personas en su vida cotidiana. La igualdad es incompatible con lo efímero, porque en opinión de Dworkin es un valor absoluto. Ciertamente resulta que no hay —y probablemente nunca habrá— una convención atemporal de su significado, pero al menos si hay un arraigado consenso de que no se trata de un planteamiento alternativo y menos en un país democrático.

En las discusiones filosóficas contemporáneas la igualdad es algo realmente deseable, dirían los igualitaristas como Bobbio, Dworkin, Rawls, Cohen, Laporta, que una sociedad es justa conforme a la equivalente métrica en que la condición y derechos de una persona sean iguales; su centrada preocupación es que la igualdad nuestros días sea un referente necesario para la sociedad, por razones morales deseables dichos igualitaristas deontológicos encuentran que en la persecución de la igualdad siempre se obtendrán mejores resultados.

Lo realmente conmovedor es que a pesar de la ética normativa que le es intrínseca al Estado constitucional democrático no se priorice el nivel cualitativo de una Constitución que prescinde de la igualdad. Un marco normativo constitucional que contribuye a la desigualdad, francamente es absurdo, porque se opone con inflexión a la racionalidad, ese sentido de análisis maduro que enfoca con precisión los alcances que una concepción del poder liberal y democrático debiera sostener política y jurídicamente ha sido especialmente descuidado.

Un descuido de esa magnitud no es ni decente en el papel que juega el tiempo de los derechos fundamentales, pues la transversalidad de los derechos intenta garantizar la integridad de la igualdad, máxime encontrándose su abierta hostilidad dentro de la Constitución. Considerando que los derechos fundamentales son auténticas piezas imprescindibles que han sido históricamente conquistadas e implantadas como medidas de racionalización del poder.

El paradigma de los derechos busca en los tiempos modernos que sea restaurada su importancia y ante su aceptación, sean reflejados en todos los actos del poder público, incluyendo la modificación de normas de la Constitución. Son directrices conquistadas para las personas, para darle sentido y rumbo a la sociedad que habitan, son remedio terapéutico cuando las adversidades se han extendido lesionándoles y mayormente son el progreso al acceso legítimo de mejores condiciones de vida; son el significado mismo del impulso al enfrentamiento democrático cuando alguno de ellos ha sido reducido a la insignificancia.

Los estándares de los derechos fundamentales, no pueden desarrollarse prescindiendo de la igualdad. No se trata de un ideal apropiado que puede

suministrarse arbitrariamente, por el contrario, su construcción histórica reclama un basamento ineluctable que define distintos componentes de forma singular, que concrete un tipo de relación entre las personas entre sí y entre éstas y el poder público, con mayor intensidad debe garantizarse la última mencionada.

La igualdad para los derechos fundamentales es un valor constitucional necesario y un valor deseable que sirve para construir sociedades más justas, como precondition del equilibrio, armonía y desarrollo de una nación. El equilibrio interno para México no despegará teniendo al texto normativo degradándose a sí mismo por fatigarse de perseguir la igualdad, a lo cual solo se añadiría un elemento de problemática adicional al sistema jurídico mexicano.

La presencia de la eficacia para la igualdad constitucional además de un deseo normativo es un factor determinante para una sociedad justa y para que el texto constitucional tome el papel relevante que le corresponde. Para lo cual un extenso apartado se dedica a observar que la época de oro del control judicial tiene una misión prevalente y urgente en México.

Sin arcaica periferia es momento para que el Tribunal Constitucional se centre en la cuestión del control convencional sobre normas constitucionales, tema que no solo es complejo sino también posible ante las evoluciones teóricas que se atraviesan. La interpretación de diseño axiológico-normativo y el papel de los juzgadores constitucionales son altamente trascendentes en la emergente configuración del Derecho Internacional de Derechos Humanos.

En la planicie argumentativa se recorre una propuesta que insistentemente exige una igualdad constitucional real, en las próximas páginas además de la estructura teórica que soporta la investigación subyace un canon que incisivamente prefiere agotar los mecanismos dados por la democracia para que el conflicto al interior de la Constitución, no solo se proporcione coherencia o fidelidad teórica al paradigma en que se establece, sino más allá busca poner en crisis al derecho constitucional, cuando sus carencias normativas obstaculizan el desarrollo negando la igualdad.

CAPITULO I

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En los últimos años México ha comenzado a construir una cultura democrática atinente al respeto de los derechos humanos, explicando que la normatividad de estos es complicada en sí misma, no obstante, en la actualidad se realiza una significativa difusión de los medios y mecanismos de defensa de dichos derechos, lo cual justamente constituye un avance para edificar una sociedad que no sea condenada al uso del poder arbitrariamente.

La relevancia de los derechos fundamentales es precisamente piedra angular de la democracia, pues los mismos implican el estricto apego al marco constitucional de la actuación de los poderes públicos, en congruencia con ese argumento los principios constitucionales justificarían un arraigado postulado de igualdad en las relaciones que norma.

Tal es la afirmación debido al hecho de que la evolución de los derechos humanos no ha sido tarea fácil, pues han ido identificándose a lo largo de décadas entregadas por completo a su importancia, es por ello, que esa inclusión se analiza en el presente capítulo de manera descriptiva, tan solo para recordar la inserción que los mismos han tenido en el desarrollo de nuestro sistema jurídico y con mayor precisión en la protección constitucional que los iusfundamentales han alcanzado por la preeminencia justificadora entorno a la actividad del Estado; análisis que complementario a la evolución en México, no pasará por alto aunque sea brevemente las ideas subyacentes a su historia debido a que su tratamiento es altamente complejo.

1.1 EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PLANO INTERNACIONAL.

La historia de los derechos humanos se remonta de una u otra forma a los siglos XVIII y XIX con las tendencias ideológicas y movimientos revolucionarios norteamericano y francés, que tuvieron un impacto en el planteamiento de las sociedades democráticas modernas.

Pues desde aquellos momentos el derecho natural clásico se distinguió como una parte fundamental de la persona, pues le permitía como ser humano

ser libre debido a su racionalidad e inteligencia¹; mientras que el derecho natural moderno entendió la naturaleza del hombre como algo inmerso en la propia historia, lo cual variaba con la precedida concepción porque el hombre destinatario de ese derecho, se ajustaba a los cambios que la naturaleza misma le presenta; en esa lógica el hombre pasa de un estado natural al estado civil, mediante el llamado contrato social; es lo que se llama una transformación social para desarrollarse en el mismo entorno de sus semejantes bajo reglas establecidas ó en su caso por el sentido mismo de supervivencia de la especie; como quiera que sea el derecho natural marca una pauta importantísima para el estudio de la evolución de los derechos humanos, ya que demuestra la serie de pactos entre individuos en comunidad, donde el hombre se percata de los derechos que por naturaleza le pertenecen; por esa razón es preciso continuar con la racionalidad que el derecho tuvo y como consecuencia la positivización de tales postulados.

1.1.1 LA ILUSTRACIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La ilustración se refiere al período de la revolución científica y filosófica desarrollado en el siglo XVIII en el cual se proponía la búsqueda del progreso material y moral del ser humano; pues en aquel entonces surgieron valores de gran importancia como la preservación de la seguridad que el Estado debía proporcionar a los ciudadanos, la libertad política y social, la igualdad material en la sociedad², es decir, una gama de instituciones comenzaron a verse relacionadas de modo directo con el derecho, pues en realidad se trataba de normar las conductas del individuo en importancia a los derechos que debía recibir.

De modo que la ilustración fue una expresión característica para el desarrollo en la historia de la humanidad, dando una época de civilización, cultura y avance en terrenos olvidados, y no fue excepción el relativo a la influencia evolutiva de los derechos humanos.

La tendencia de esa época respecto del derecho se centró en el racionalismo, el cual pretendía crear un ordenamiento completo y congruente,

¹Hervada, Javier, *Cuatro lecciones de derecho natural*, ed. 3ra. España, Ed. Eunsa, 1993, p. 35.

²Peces-Barba, Gregorio, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Dykinson, 1979, p. 25.

lo cual da justamente la necesidad de positivizar los mandatos de comportamiento encausado a la generación del orden social y respeto de los fines como seguridad, libertad e igualdad; sin negar el hecho de que los derechos humanos contienen una fuerte influencia en la tendencia naturalista ya que se entienden como una concepción de exigencias morales que tiene prioridad al derecho positivo, incluso que constituyen la legitimidad de éste, y que sirven como criterios de justicia para la limitación del actuar del poder público.

Pero para la generación de esos derechos, antes existió la necesidad de transitar del estado de naturaleza al contrato social, lo que involucra encontrar un punto armónico para la convivencia de los seres humanos, de modo que se vincule a todos por igual y el cual no constituya una limitante para los derechos, concluyendo Hobbes que el Estado cumple tales expectativas y además es el único facultado para crear las normas, es decir, la ley, por tanto, los mandatos del Estado no podrían ser desobedecidos aunque el hombre tenga una libertad extrema³.

Pasando luego a la llegada de Locke, filósofo racionalista que entiende a los derechos como no absolutos, pues la ley natural se identifica con la razón; ya que el estado de naturaleza es un estado de perfecta libertad en regulación de las propias acciones y en el de los propios bienes y de la propia persona, como se tenga por oportuno dentro de los límites de la naturaleza, sin pedir licencia o dispensa a la voluntad de otro hombre, y es también un estado de igualdad, en el que todos los poderes y jurisdicciones son recíprocos, no pudiendo ninguno más que otro, y esto porque el estado de naturaleza tiene una ley que lo gobierna, la cual obliga a todos; y la razón, que es esta ley, enseña a todo hombre que la interroga que, siendo todos iguales e independientes, ninguno debe ofender a otro en su vida, salud, libertad y propiedad.

Lo que explica el autor es que el hombre es un ser libre (como derecho natural) que solo está limitado por el principio de cooperación para la convivencia en sociedad, esto quiere decir que los derechos no son absolutos,

³Hobbes, Thomas, *Leviatán*, ed. 3ra., México, Ed. FCE, 1992, p. 108.

sino hallan limitantes en otros derechos, de los cuales los miembros de la sociedad también gozan.

Incluso Locke considera que además de la libertad e igualdad del hombre, éste busca un lugar donde desarrolle plenamente sus aspiraciones individuales, reconociendo de ese modo la propiedad como otro derecho natural del hombre.

Sin embargo es con la llegada de Jacobo Rousseau que se plantea una comprensión política de los derechos humanos, explicando que la problemática surge a partir justamente del reconocimiento del derecho de propiedad, pues se engendran desigualdades que culminan en conflictos sociales, la cual se genera a su vez por la distinción de los individuos conforme al lugar que ocupan en sociedad; circunstancia que imputa al Estado mayor responsabilidad en esa protección de los derechos del hombre.

1.1.2 LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.

En el año de 1776 en los Estados Unidos de Norteamérica comenzó a producirse una declaración de suma importancia en el pueblo de Virginia, pues constituyó uno de los documentos de mayor relevancia que influenciado del iusnaturalismo racionalista delineo en muchos aspectos la evolución de los derechos tratados.

Entre los elementos torales se encuentra el hecho de que considera a los hombres con derechos adquiridos por naturaleza y que el Estado se organiza por los pactos celebrados entre dicha raza (contrato social); asimismo se limita el poder público con la división de poderes y la teoría de la representación; de igual modo se busca la libertad y tolerancia religiosa, así como reconocer garantías de seguridad jurídica a las personas que tuvieran instaurado en su contra un proceso criminal.

Surgiendo así el cuatro de julio del mismo año la Declaración de Independencia del país vecino del norte, reconociéndose así mismas las trece colonias como Estados libres e independientes de la Corona Inglesa; tomando en consideración que el once de julio de 1776 el Congreso nombró un "Comité de los Cinco", formado por John Adams, Benjamín Franklin, Thomas Jefferson, Robert Livingston y Roger Sherman, quienes luego de debatir las líneas que

habría de seguir la declaración incorporaron a la misma el derecho de autogobierno, que implica la garantía de un sistema de derechos como los relativos a la vida, libertad y búsqueda de la felicidad.

Lo que entonces sucedió fue un avance para la limitación a los abusos del poder, concretamente al ejercido por la Corona Inglesa sobre los Estados Unidos de América, incorporando al texto los reconocidos derechos naturales que antes se han referido.

1.1.3 LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO.

La Declaración tratada en este apartado constituyó un significativo avance en el pueblo francés, quien luego de sufrir desigualdades sociales y crisis económica arrastraron a ciertas clases sociales a la insurrección lo cual precisamente condujo al pueblo a poner fin al régimen opresor mediante una revolución violenta con altos contenidos ideológicos, pues contiene aspiraciones de libertades individuales.

Lo precedido permite destacar que dicha Revolución francesa fue un divisor histórico de amplia importancia para el reconocimiento de los derechos humanos de modo universal; pues tras su discurso naturalista se alude justamente a derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, sin perder de vista que esos derechos también guardaban una correlación de deberes que hacían funcionar el sistema; como bien lo ilustra Paine al explicar que:

“...Una Declaración de Derechos constituye, por reciprocidad, una Declaración de Deberes. Todo lo que es mi derecho como hombre, es también el derecho de otro hombre y se convierte en mi deber garantizarlo tanto como poseerlo...”⁴

Así es fácil advertir que en congruencia con el desarrollo de los derechos humanos se obligó a la colectividad a responder con ciertos deberes para equilibrar el sistema de garantías.

Por lo tanto, resulta necesario destacar algunos derechos que el texto francés recogió en dicha Declaración, ello con el objeto de visualizar un tanto las evoluciones que han tenido:

⁴Paine, Thomas, *Los Derechos del Hombre*, México, Ed. FCE, 1996, p. 104.

- La igualdad, contenida en el artículo 1, explica que los hombres permanecen libres e iguales en derechos, sin distinciones sociales.
- La libertad, contenida en artículos 4 y 5, básicamente declara que lo no que no esté expresamente prohibido por la norma estará permitido, así el campo de la libertad estará limitado por la propia ley; y entre otras libertades reconocidas se recogen las de expresión, religión e imprenta.
- La seguridad jurídica, generándose el principio de legalidad, recoge las garantías penales en el desarrollo de los procesos jurisdiccionales, reconociendo el principio de presunción de inocencia; incluso desde aquel entonces se recoge el sistema de rendición de cuentas a favor del gobernado en todo que tenga que ver con las cuentas o gestiones públicas.
- La propiedad, como derecho reconocido e inviolable de las posesiones de las personas, para contrarrestar la prepotencia real como único dueño del reino.
- La separación de poderes, se dividió el ejercicio de las funciones del poder evitando la centralización del mismo, para crear un contrapeso al ejercicio del poder, se limita sus funciones.

Visto ello es claro que el texto de la Declaración expresó ideologías innovadoras para su época; por lo cual palmariamente la Declaración Francesa constituyó un progreso jurídico de los derechos humanos positivados, pues de alguna manera contiene una formulación abstracta y racionalista de los derechos humanos como derechos naturales, propone la ruptura con al antiguo régimen, no implica preferencias religiosas, reconoce la necesidad de positivizar los derechos para dotarlos de reconocimiento, entendido éste como sinónimo de respeto por parte de las autoridades y la universalidad de sus enunciados⁵.

Por su parte Norberto Bobbio afirma que:

“...la doctrina de los derechos naturales es la base de las Declaraciones de los derechos de los Estados Unidos de América (a partir de 1776) y de la Francia revolucionaria (a

⁵ Peces-Barba, Gregorio, *op. cit.*, p. 57.

partir de 1789) mediante las cuales se pone de relieve el principio fundamental del Estado Liberal como Estado limitado, cuando el artículo 2 de la Declaración francesa determina que el objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre..."⁶

Como puede apreciarse en realidad si existe una influencia entre los textos franceses y americanos, aunque con la diferencia que en el primero predomina la influencia del derecho romano y en la segunda la influencia del *commonlaw*.

Aun con todo existen afirmaciones que explican que las razones para dichas Declaraciones tuvieron tintes diferentes, pues la Francia planteaba la necesidad de reinventarse rompiendo toda cadena que le amarrara al totalitarismo, creando una nueva fuente de poder que posicionara al individuo y a la comunidad en el centro de decisiones del Estado. Por su parte Estados Unidos tenía el objetivo de que sus trece colonias se alejarán del centralismo ejercido por la Corona inglesa, rechazando su legislación opresiva; de lo cual se deduce que ambos movimientos perseguían ideales de libertad e independencia.

1.1.4 CONSTITUCIÓN FRANCESA DE 1791.

La Constitución francesa en 1791, en el enlace cronológico analizado fue precedida por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, este texto fundamental de la Francia revolucionaria se caracterizó por su ideología liberal, tanto en la libertad política como económica, bajo el famoso fundamento dejar hacer, dejar pasar⁷.

También otra de las aportaciones de trascendencia en dicho texto constitucional fue la soberanía nacional como elemento principal de su ideología liberal y dominación de las clases adineradas, es decir, el Estado monárquico cambió pues el rey ya no es como solía ser, sino que fueron determinados los límites de sus potestades en beneficio del Poder Legislativo, el cual se constituyó como una Asamblea única, permanente,

⁶Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, México, Ed. FCE, 2006, P. 12.

⁷ El fundamento *laisser faire, laisserpaseer*, fue aportada durante la teoría económica política clásica a la que contribuyó Adam Smith, con su obra "La riqueza de las naciones", en la que pretendía explicar que corresponde a la etapa del capitalismo manufacturero la transformación de las naciones a la prosperidad económica; Smith, Adam, *La riqueza de las naciones*, ed. 5ta., México, Ed. FCE, 1988, p. 36.

indisoluble e inviolable, formada por diputados elegidos a través del sufragio censitario, el cual consistía en reconocer derechos de carácter político únicamente a aquellos individuos que se consideraran activos, poseedores de una mínima propiedad, tal discriminación relativa al derecho al voto realza el carácter burgués del texto constitucional, evidenciando el peso de la burguesía en la formación de la voluntad política y las leyes. Entonces se denota la supremacía que materialmente el legislativo ahora tenía sobre el rey, pues éste en ningún momento podía disolver la asamblea.

La Constitución francesa a su vez previno sobre directrices económicas, pues deliberaron todas las actuaciones comerciales y aquellas que tenían relación con la propiedad, lo que dio lugar al alza de precios en los productos de primera necesidad y una nueva visión de la propiedad, que transitaba desde la concepción feudalista hasta la liberal, en donde la propiedad ya era libre, individual, total y no teniendo más límite que el ajeno.

De modo que entre las características destacables de la Constitución francesa de 1791, fue: la división de poderes en la que el rey ocupa el Ejecutivo, el Legislativo ejercido por la Asamblea, y el Judicial ejercido mediante jueces y magistrados, estos últimos que ahora reciben su pago por parte del Estado evitando con ello las justicias señoriales; también aparece la descentralización de la administración con la creación de departamentos; el clero civil jura respetar la Constitución; los ciudadanos poseen derechos políticos, es decir, deciden a quien elegir ó tiene la opción de ser elegidos, solamente tienen que cumplir dos requisitos: ser mayores de veintiún años y pagar una renta.

Sin embargo la avanzada Constitución no contempló el proceso para su reforma, esto involucró que su alta rigidez degradara en la vulneración del mismo texto, siendo que el 10 de agosto de 1792 se puso fin a la citada Carta Magna provocando la disolución de la Asamblea Legislativa, que fue sustituida por la Convención Nacional; ésta última que en principio abolió la monarquía y proclamó la República francesa el 22 de septiembre de 1792, fue la ruptura y creación en las estructuras sociales, políticas, económicas y culturales del régimen francés.

1.1.5 CONSTITUCIÓN FRANCESA DE 1793.

Esta Constitución en realidad nunca entró en vigor por realidades políticas de la época, empero marca la pauta en algunos avances que los derechos humanos tuvieron en ese momento, como son: una expresión con mayor fuerza los derechos de igualdad, mientras que la concepción de la libertad sigue siendo de carácter negativo; el concepto de soberanía nacional recalca que la misma reside en el pueblo siendo indivisible, imprescriptible e inalienable; se incluyen nuevas libertades como el derecho de culto, de reunión y petición; y el derecho de resistencia; tales transformaciones marcan la pauta en Francia hacia el modelo de democracia social, la cual comprende dos postulados, la necesidad de crear una sociedad más igual a través del reconocimiento más amplio de los derechos así como en su ejercicio y alcanzar una sociedad más justa a través de una distribución más equitativa de la riqueza.

De modo que la República democrática y social francesa implica una base múltiple, esto es, la ampliación en el concepto de participación en el poder, principalmente en los sectores sociales más desfavorecidos, asimismo ciertas conquistas en el plano económico, como la abolición total del feudalismo, el reparto de bienes comunales y el establecimiento de los máximos generales en los bienes y salarios.

Cabe destacar que de la misma manera se incorporaron innovaciones como la elección por sufragio universal para los miembros del Legislativo, los referendos municipales previos a la aprobación de las leyes, el reconocimiento del derecho al trabajo, a la asistencia estatal y a la instrucción de los ciudadanos, a pesar de ser la Constitución más progresista no tuvo aplicación por circunstancias políticas.

Como hasta ahora se analizó los derechos humanos a lo largo de etapas históricas de cierta relevancia jurídica, explican la evolución del hombre, pues estos quedan a merced del desarrollo que el ser humano tenga, y lo que se ha tratado de explicar es que los derechos humanos son categorías constitucionales, es decir son libertades fundamentales que son amparadas por esa carta garantizadora positivada en principios jurídicos de altos contenidos axiológicos, que surgen como respuestas históricas a problemas sociales de convivencia ó diferentes necesidades humanas.

1.2 EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO.

La percepción de los derechos fundamentales en México se confunde con las –hace poco-- mal llamadas garantías individuales, puesto que la doctrina, jurisprudencia y práctica misma han proliferado el mismo significado para derechos y garantías, lo cual ha dado lugar a múltiples interpretaciones equivocadas; sin embargo, bajo esa óptica indistintiva se han desarrollado en el constitucionalismo mexicano, por ello, da la pauta a abordar el tema con esa consideración.

Tal confusión terminológica se produjo con el artículo 16 de la Declaración francesa de Derecho del Hombre, que decía que toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, no tiene Constitución; es decir, se concibió la garantía de los derechos como el reconocimiento de los mismos, lo que dio lugar a la positivización de los mismos en los textos constitucionales. Pues surgieron en respuesta a la soberanía como fuerza limitada en sí, que existe para una finalidad principal o exclusiva, justamente la de generar una ley positiva estatal que garantice los derechos de los individuos en cuanto tales, en condiciones de igualdad; de esa gama analítica de razonamiento se deduce que los doctrinarios al estudiar el listado de derechos bajo la denominación positiva de garantías, utilizaron ambas palabras como sinónimos.

Vale también la pena apuntar que las expresiones derechos humanos y derechos fundamentales suelen utilizarse indistintamente, sin embargo herramientas propias de la teoría del derecho aluden que los primeros corresponden a una visión extrasistémica pues no encuentran su fundamento en el sistema jurídico ya que pertenecen al ámbito de la moral, por lo tanto es un elemento que se presupone en la existencia misma del ser humano, ajeno al derecho positivo, mientras que los segundos tienen un soporte juridificado, pues por un lado, implica la idea de derechos con fundamento y por el otro al proceso de positivización de aquellos en el texto constitucional; empero no puede pasar desapercibido que en ambos casos influyen cargas valorativas y democráticas para la eficacia o continua producción y respeto de estos.

1.2.1 CONSTITUCIÓN DE 1824.

Resulta conveniente en principio avocar directamente el tratamiento que la Ley Fundamental de 1824 dio a los derechos fundamentales, sin soslayar el hecho de que previo a su promulgación existió la Constitución de Cádiz 1812 expedida por España y que tuvo vigencia en nuestro país durante el dominio colonial, aun con todo y que se comparta la idea de que el constitucionalismo mexicano inicia a partir de consolidarse la independencia, como lo explica Rabasa:

“...Constituciones mexicanas se inician con el Acta Constitutiva de 1824, donde hay un desprendimiento total de todo tipo de legislación extranjera y el ejercicio absoluto de la soberanía y de la autodeterminación, elementos indispensables para poder reconocer como auténtica Constitución...”⁸

La emisión de la Constitución de 1812 se origina como efecto del movimiento de Independencia que vivió España frente a los conatos de dominación que Francia ejercía al intentar implantar como gobernante al hermano de Napoleón Bonaparte –José-- de ahí que el sentimiento español se bifurcó una para rechazar la invasión francesa y otro en la exponenciación del movimiento liberal para derrocar las instituciones políticas y sociales del antiguo régimen.

Es importante hacer notar que Napoleón contaba con el apoyo de súbditos españoles que se encontraban decepcionados con el gobierno de Carlos IV, a los cuales despectivamente se les llamó “afrancesados”, así que el hecho de que dichos personajes encontraban una España fragmentada y en crisis político-institucional, fue el detonante para que estos se unieran al emperador en la búsqueda de la mejora institucional y nacional de España.

Napoleón cedió a su hermano José la dominación de España mediante el Estatuto de Bayona⁹, tal documento que emergió de la invasión napoleónica

⁸ Rabasa, Emilio, *Historia de las Constituciones Mexicanas*, México, IJ-UNAM, 2004, p. 2.

⁹ Dicho Estatuto no ha sido considerado como el primer texto constitucional español en el territorio novohispano pues al expedirse por un órgano representativo minoritario se cuestiona con justa razón si residió en dicho documento la soberanía nacional, e incluso se crítica que su origen fue afrancesado, tal como lo explica Villarroya al decir: “En el presente estudio prescindiremos del examen de la constitución de Bayona de 1808, por su origen afra(n)cesado, por la huella prácticamente nula que ha dejado en nuestro constitucionalismo y porque su vigencia resultó dudosísima, y en todo caso, muy limitada en el tiempo y espacio”. Tomás Villarroya, Joaquín, *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 10.

trató de legitimar al hermano de Napoleón en la traslación de la hegemonía política, empero tras las renunciaciones de Bayona, en la que el monarca Fernando VII (que había sido designado rey tras el motín de Aranjuez) devolvió la corona a su padre Carlos IV, éste último que consintió dar el trono a Napoleón para que éste posteriormente proclamara rey a su hermano José I. Dicha carta constitucional de Bayona no hizo distinción especial para el reconocimiento de los derechos del hombre, pues estos estuvieron regulados de manera dispersa refiriéndoles como libertades, así como el respecto a la religión católica y la propiedad.

Asimismo apareció un sistema de protección de los derechos en el Estatuto de Bayona, el cual se conformó por cuatro órganos estatales, los cuales en última instancia se encontraban subordinados al rey, pues no desplegarían una tutela eficaz en la salvaguarda de aquellos, ya que en su lugar encontraban límites insalvables al quedar sujeta su actuación a una participación consultiva frente al monarca, el cual no fue más que el reflejo del carácter autoritario del sistema constitucional que imponía el imperio napoleónico. Aun así tal modalidad de control jurídico para las autoridades públicas dentro del marco constitucional, constituyó una forma de supremacía constitucional al buscar mecanismos para la tutela de los reconocidos derechos, con independencia que los principales órganos encargados de ese control (Senado y Cortes) en realidad solo desempeñaban una función consultiva con el monarca.

Es necesario puntualizar que igual que de efímero fue el reinado de José Bonaparte, también lo fue el Estatuto de Bayona, inclusive hay quienes afirman que su eficacia fue nula, porque la misma prescribía su entrada en vigor de forma paulatina una vez que el rey expidiera una serie de decretos, lo cual nunca se llegó a materializar.

Posteriormente surge la Constitución de 1812, justamente en la ciudad de Cádiz, y fue en ese lugar dado que luego de múltiples controversias políticas y sociales en España, aquel constituía la ciudad idónea para la celebración de las Cortes, pues en ella se respiraba una atmósfera liberal propicia para el desarrollo de tales Cortes y la elaboración de la Ley Suprema.

Tal Constitución se identifica como el instrumento de fundición de la identidad nacional española, en la cual los españoles eran los titulares de los

derechos que consagraba por la sola condición de su ciudadanía, esto es, la Constitución preveía una serie de derechos individuales teniendo como fundamento de dicho reconocimiento la adscripción nacional en tanto ciudadanos de España; era tan sencillo como afirmar que la Nación fue la base sobre la cual se reconocen los derechos individuales.

Con la Constitución de Cádiz en España se instauró un nuevo orden político e institucional, así como la inauguración de un constitucionalismo liberal, e incluso la supremacía de la nación soberana frente al poder de la monarquía que quedaba limitada por los mandatos de esa Ley Fundamental.

Se resalta en esa Constitución el hecho de que reguló los derechos del hombre de un modo asistemático o disperso, pues en realidad procuró con mayor énfasis acotar minuciosamente la actividad del poder público, es decir, trató de regular de forma exhaustiva la parte orgánica de la ley fundamental – aunque no propiamente con ese distintivo- por ello es que poco se ocupó de las libertades públicas y derechos del hombre; sin embargo, salta a la luz la circunstancia de que los referidos derechos contenían en aquel entonces una fuerte influencia del iusnaturalismo racionalista.

No obstante tras el derrocamiento de las tropas francesas invasoras, Napoleón obligado estuvo para reconocer a Fernando VII como rey de España, monarca que desconoció la Constitución de las Cortes de Cádiz al argumentar que dicha ley era copia fiel de la Constitución francesa de 1791, esto quiere decir que distaba por mucho de la realidad político-ideológica de España.

Ahora pasando a la Constitución de 1824 es imperioso recordar que durante el siglo XIX la Nueva España tuvo la ruptura con el régimen de dominación impuesto por la Corona Española, en la que influyeron enormemente las abdicaciones de Carlos IV y Fernando VII al ceder los derechos de la Corona a José Bonaparte como antes se explicó.

De igual manera la ruptura con el régimen también encuentra fundamento en la situación de exclusión del estrato social denominado *criollos*, que eran los hijos de españoles peninsulares y americanos; pues se fue generando en ese grupo un fuerte resentimiento contra los peninsulares e incluso contra los ordenamientos jurídicos que los eliminaba de la participación social, económica y política, pues tenían vedada la posibilidad de acceder a puestos gubernativos.

No debe olvidarse que el criollo normalmente era un individuo de mayor instrucción académica que los peninsulares, por esa razón los criollos se encontraban insatisfechos en la posición a la que se les había relegado durante tantos años, era un arsenal filosófico de ideas liberales con el propósito de encontrar una pronta salida a las arbitrarias limitaciones de la autoridad.

De ahí que durante la invasión francesa en España los criollos incitaron a la posibilidad de desencadenarse de tales limitaciones, pues buscaban la separación absoluta del dominio de la Corona Española. Por su parte los criollos buscaban la soberanía nacional en sentido restringido pues solamente en un cuerpo político constituido recaería esa soberanía y no en la masa popular, no obstante el movimiento insurgente propiciado por los criollos se va desplazando paulatinamente a las masas populares como campesinos, indígenas, mestizos, artesanos, por mencionar algunos.

Luego el 18 de agosto de 1811 López Rayón convoca a la llamada “Junta de Zitácuaro”, la que Tena Ramírez equipara a una imitación de las juntas formadas en España durante la invasión francesa¹⁰, la cual se realizó con la aspiración de otorgarse una Constitución durante el movimiento de independencia; siendo que en 1812 el mismo personaje elaboró un documento llamado “Elementos constitucionales” que señalaba los principios básicos que habría de contener una ley fundamental, en términos concretos trataba el tema de la independencia, soberanía y apartamiento del sistema absolutista del rey; el caso es que en ese texto se reconocieron derechos tales como la libertad personal, prohibición de la tortura y esclavitud, explicándolos simplemente como derechos del hombre, aunque tales elementos constitucionales nunca pasaron al plano de la vigencia normativa.

A continuación surge el escrito de Morelos conocido como “Sentimientos de la Nación”, el cual contenía una significativa influencia de los “Elementos constitucionales” de Rayón; algo característico del documento tratado es la finalidad de independizarse de España como lo prescribió el punto 1 del citado documento. Y de manera concreta los Sentimientos de la Nación sí reconoce algunos derechos, como la prohibición de la esclavitud y discriminación de casta, la igualdad, la protección de la propiedad y el derecho de la intimidad (al

¹⁰Tena, Ramírez Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2002*, México, Ed. Porrúa, 2002, p. 23.

explicar el artículo 17 que se respetaría la casa como un asilo sagrado) e igualmente la prohibición de la tortura.

Después se celebra el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana o conocido como Constitución de Apatzingán de 1814, que fue propuesto por la intelectualidad criolla, pues durante el debate constituyente el protagonismo es asumido por la raza criolla, quienes adoptan las decisiones políticas fundamentales.

En esta Constitución se existió --aunque de manera informal-- la regulación de ciertas libertades individuales, tales como la igualdad, seguridad, propiedad y libertad de los ciudadanos, en la que se establecía una visión utilitarista para la población, pues buscaba instituir la felicidad del pueblo mediante el goce de los derechos, ello para justificar la existencia del Estado como promotor de los derechos.

Entre esos derechos de corte individual los denominaba de diversa manera como lo fue respecto de la seguridad, al llamarlo garantía social que tenía como base el principio de legalidad, esto se traducía en subordinar la actuación de las autoridades al marco normativo que justamente era con el afán de conceder a los ciudadanos una certeza legal, era un andamiaje constitucional en el que el legislativo tenía preeminencia.

Igualmente se establecieron principios traducidos en derechos, como el principio de inocencia, el derecho a una defensa durante el procedimiento penal, la inviolabilidad del domicilio, la propiedad y como excepción la expropiación de la misma solo por causa de necesidad pública; además el derecho a la educación, la libre manifestación de ideas en la que solo hallaba limitante la fe católica, tranquilidad pública y el honor de los ciudadanos. Como puede apreciarse en dicho texto sí existió un reconocimiento de los derechos los cuales fueron ampliándose a lo largo de los movimientos constitucionales.

Luego al instalarse el movimiento del Congreso Constituyente del 24 de febrero de 1822 impulsado por Agustín Iturbide para crear una Constitución que fuese el acta fundacional del Estado mexicano, el mismo se vio mermado porque el emperador lo disolvió, empero se reinstaló el 31 de octubre del mismo año, en el cual el Constituyente declaró la nulidad del régimen iturbidista.

Hasta el 5 de noviembre de 1823 se expidió el Acta Constitutiva de la Federación y la Constitución Federal de 1824, lo cual a decir de Rabasa, eran textos que tenían partes idénticas, de modo que en su conjunto estructuraban un todo orgánico-constitucional que se conoce como la Constitución de 1824¹¹.

Es preciso hacer notar que durante el segundo Congreso Constituyente se designó a Miguel Ramos Arizpe para que presidiese la Comisión de Constitución, personaje que apresuró a los diputados para aprobar el Acta Constitutiva de la Federación el 31 de enero de 1824; la cual reconocía la forma de gobierno federal. Pasando luego al 2 de abril del citado año cuando inició el debate sobre el proyecto de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, cuyas discusiones se centraron ante todo sobre determinar si la forma de gobierno sería centralista o federalista.

Debido al intenso debate entre liberales y conservadores poco se dijo respecto de los derechos humanos propiamente, no obstante, hubo anilinas que delinearon algunos derechos, como la libertad de imprenta que durante la discusión suscitada el 6 de mayo de 1824, los diputados Osoreo y Crescencio Rejón defendieron que esa facultad no fuera exclusiva de regulación por parte de la Federación, sino también de las entidades federativas¹².

Sin embargo, la regulación de los derechos fundamentales en tal Carta Fundamental más bien fue dispersa y difusa, pues aunque se incluyeron dentro de las decisiones políticas fundamentales, en lugar de una argumentación filosófica se aprecia una seria y larga discusión respecto de la articulación del sistema federal, tan es así que el diputado Portugal en sesión del 11 de mayo de 1824 arguyó que la protección de los derechos del hombre estaba estrechamente vinculada con la forma de gobierno federal, que protegía a los individuos de los poderes generales, pues constituía en sí una garantía individual de los ciudadanos (al caso del derecho de imprenta)¹³.

1.2.2 LAS SIETE LEYES CONSTITUCIONALES.

El presunto triunfo de la Constitución de 1824 de liberales sobre conservadores, en realidad dejó insatisfecho a un sinnúmero de actores

¹¹Rabasa, Emilio, *Historia de las Constituciones Mexicanas, op. cit.*, p. 16.

¹² SCJN, *La noción de los derechos en la historia del Constitucionalismo Mexicano*, México, Ed. SCJN, 2009, p. 106.

¹³ *Ibidem*, p. 110.

políticos de corte centralista, lo que produjo que dicho sector enardeciera y buscara la oportunidad de revertir la forma de gobierno federalista implantada por aquella Constitución.

Es destacable aquí el hecho de que durante la vicepresidencia de Gómez Farías esté impulsado una serie de reformas liberales que prácticamente tenían como objeto limitar el poder militar y eclesiástico¹⁴, esta serie de reformas trajo una disidencia entre los liberales, creándose así los llamados radicales o jacobinos y los moderados; los primeros consideraban que debían realizarse los cambios de manera inmediata, mientras que los segundos pensaban que tales modificaciones debían ser paulatinamente.

En esa situación los moderados acudieron a Santa Anna para retomar el poder presidencial del gobierno de Gómez Farías que conllevara la anulación de la legislación compatible con la ideología de los liberales, dando lugar a que el dictador cooptara el Congreso y mandara cerrar las puertas del parlamento. Y en efecto Antonio López de Santa Anna expulsó al vicepresidente en turno argumentando las prácticas anticonstitucionales de éste, y por tanto anuló su legislación.

Dando así lugar a la instalación de la VI Legislatura en 1835, la cual el 2 de mayo de esa anualidad emitió una ley para realizar reformas a la Constitución de 1824, so pretexto de la búsqueda del bienestar nacional.

Si bien la ley con la que pretendieron legitimar la actuación del Congreso era inconstitucional, ello no importó para que el poder Constituyente investido de facultades extra-constitucionales modificara la Carta Magna vigente al momento, y estableciera la forma de gobierno centralista que tanto habían añorado los conservadores. Promulgando el 15 de diciembre de 1835 la Constitución de las Siete Leyes dando inicio a otra etapa constitucional de México.

¹⁴ Tal como lo ilustra Javier Espinoza de los Montero: "...el Presidente empezó a dictar una serie de disposiciones que tendieron a limitar el poder militar y el de la Iglesia católica, sobre todo a esta última al quitarle diversas competencias que durante largo tiempo estuvieron dentro de su ámbito y se las atribuyó el gobierno civil, entre las que se encuentran las relativas a la educación; la prohibición de sepultar los cadáveres en las iglesias; la prohibición a los sacerdotes de incitar a los feligreses en las misas a la subversión del régimen; además se señaló que el clero no debía inmiscuirse en cuestiones políticas [...]. Con estas medidas tiene lugar a lo que se conoce como la "prerreforma", la cual intentaba una separación entre los poderes espiritual y el civil, restándole atribuciones al primero y sumándoselas al segundo...", *Ibidem*, p. 111.

Pasando al t3pico central, los derechos humanos contrastados en las Sietes Leyes, tuvieron en principio el reconocimiento general para todos los habitantes de la Rep3blica, ante la sola condicionante de respetar la religi3n cat3lica y el marco normativo vigente; siendo que justamente en la llamada Primer Ley se consignaron derechos tales como: no ser apresado sino por mandato de juez competente que lo emitiera por escrito y firmado; la prohibici3n de que ning3n individuo fuese detenido por autoridad pol3tica por m3s de tres d3as; la protecci3n al derecho de propiedad y el procedimiento en caso de expropiaci3n por causa de utilidad p3blica; la inviolabilidad del domicilio y papeles, a menos que existiera autorizaci3n por alg3n 3rgano jurisdiccional; prohibici3n a enjuiciar por tribunales especiales; la libertad de tr3nsito, expresi3n e imprenta; as3 como el reconocimiento del sufragio para los cargos de elecci3n popular; haciendo la distinci3n que los llam3 derechos del hombre.

La emisi3n de las Siete Leyes con la instauraci3n de un sistema centralista, devolvi3 al clero y a la milicia los privilegios que le hab3an sido arrebatados por los liberales lo cual increment3 la problem3tica social e institucional dentro del pa3s. Tal es el caso de las entidades federativas, en esa 3poca constitucionalmente llamadas Departamentos, reclamaron su autonom3a originando movimientos separatistas como lo sucedido en Texas que bajo el argumento del repudio al centralismo exigi3 su independenciam, empero en tal movimiento tambi3n se aprecia el trasfondo internacional en el que Estados Unidos buscaba la extensi3n territorial.

Tras la Declaraci3n del Pueblo de Texas, el dictador Santa Anna trat3 de evitar la separaci3n de Texas, sin embargo su ej3rcito fue derrotado y 3l hecho prisionero; ante la condicionante de liberarlo al firmar los Tratados de Velasco, documento en el cual reconoc3a la independenciam del Estado de Texas.

Tambi3n en 1840 aparece el movimiento independista de Yucat3n, entidad que a todas luces se negaba rotundamente al sistema centralista, por lo cual, propone erigirse como una Rep3blica Federal, expidi3ndose el texto constitucional de 1841 en la que influy3 la cardinal participaci3n de Crescencio Rej3n.

En ese contexto el pa3s pasaba por un clima ideol3gico de conflictos, lo que hizo a los conservadores reformar las Siete Leyes Constitucionales, siendo

que el 28 de septiembre de 1841 Santa Anna, decidió proclamar las Bases de Tacubaya, en el cual desconocían a los poderes, excepto el Judicial para posibilitar la realización de las reformas de las citadas leyes. Así el 10 de diciembre de aquel año se convocó al Constituyente, en el cual se vieron favorecidos los liberales, lo que para el dictador presentaba la obstaculización de continuar con el sistema centralista, entonces audazmente dicho personaje hizo jurar las Bases de Tacubaya, par no discutir otra cosa más que la Constitución.

Dado el momento para discutir los puntos de la Comisión de Constitución igualmente se generaron conflictos entre liberales y conservadores, precisamente sobre la discusión del reestablecimiento del sistema federalista ó por su parte, la continuación del centralista, situación que desembocó en levantamientos de inconformidad como lo ocurrido en Huejotzingo, Puebla, que básicamente se proponía desconocer al Congreso para formar una Junta de Notables; derivado de que Santa Anna en una maniobra política abandonó la presidencia, la misma fue encargada a Nicolás Bravo quien finalmente disolvería el Congreso, y mediante decreto creara aquella Junta de Notables, que se instaló el 6 de enero de 1843¹⁵; la que expidió las Bases Orgánicas de la República Mexicana, en las cuales se reiteraba la forma de gobierno central.

Tratándose de los derechos humanos, hubo discusiones en la formulación de los proyectos de Constitución que demuestran ya una argumentación filosófica de corte naturalista, que si bien tales elementos discutidos no llegaron a tener vigencia, dan a conocer el empleo por primera vez del término garantías individuales, para referirse a los derechos del hombre, como se aprecia en la expresión "...La Constitución declara a todos los habitantes de la República el goce perpetuo de los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad..." y a continuación enlistaba principios tales como prohibición a la esclavitud, fundar la actuación de la autoridad, libertad de expresión, libertad de tránsito, que las detenciones ó aprehensiones habrían de emitirse por escrito por autoridad competente, prohibición del tormento como sanción, asimismo reconocía derechos dentro

¹⁵ *Ibidem*, p. 119.

del proceso penal como el derecho de audiencia, el conocimiento del motivo de acusación y nombre del acusador, la inviolabilidad de la propiedad, y la restricción de practicar cateos en los domicilios.

Como efectivamente se aprecia se hizo alusión a los derechos del hombre --tendencia naturalista-- de entre los cuales destacaron las libertades, la igualdad, la seguridad jurídica y la propiedad, que en sí constituían el pilar del constitucionalismo liberal; e igualmente se atribuía a tales garantías --respetabilidad de los derechos-- la condición de inviolables so pena de carácter penal, en tal caso se aprecia un avance por juridificar los derechos humanos en los avatares constitucionales.

1.2.3 REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1847.

Las reformas antes tratadas aunque de algún modo constituyeron un avance de los derechos también tuvo su lado opresor, pues en algunos puntos restringió a los mismos (como la imposición de tribunales especiales que no se subordinaban al marco jurídico ó el reestablecimiento de la pena de muerte), en la ambición desmedida de Santa Anna por establecer un gobierno monárquico.

Mientras que las circunstancias que atravesaba el país no eran optimas, pues la guerra del país vecino por su tendencia expansionista provocó la deslegitimación del régimen centralista, de modo que nuevamente se instaló el Congreso Constituyente, en la que el tema central fue reestablecer la vigencia de la Constitución de 1824, siendo que solo una minoría optó por realizar unos cambios a la misma, sin embargo, debido a los conflictos bélicos suscitados se acordó que luego de pasado el momento de guerra se realizarían las reformas convenientes.

En las discusiones del Congreso se presentó el dictamen que acompañaba el voto particular de Otero, en el cual presentó las razones por las cuales debería reestablecerse el sistema de gobierno federal así como la institucionalización de un mecanismo de protección de los derechos fundamentales (juicio de amparo) al explicar que la Constitución no solo debía organizar a los poderes públicos, sino a la par establecer mecanismos eficaces para la conservación de los derechos naturales ya positivados en la Carta Magna, a los cuales también denominó Garantías Individuales, pues el hecho

de solamente enlistar derechos hacia a la Ley Fundamental era una mera formula teórica.

Aportación de Otero que persuadió a los Constituyentes, llevando incluso al establecimiento jurídico del juicio de amparo, como medio de aseguramiento efectivo de los derechos reconocidos, de modo que el 22 de mayo de 1847 se publicó el Acta de Reformas.

Pero como es cotidiano en la historia mexicana, de nuevo las tropas del ejército americano invadieron el territorio lo cual produjo que el Congreso Constituyente se esparciera, y en aquella época aparece Don Manuel de la Peña y Peña quien ayudó al gobierno nacional en dichas circunstancias, pero tal apoyo fue mediante la firma del Tratado Guadalupe Hidalgo con el que se daría final al conflicto armado con Estados Unidos y la cesión de gran parte del territorio nacional.

Sucedió igualmente que la población de México estaba ya exhausta de tan continuos levantamientos para convertirlo en una monarquía, sin embargo, Santa Anna nuevamente en escena puso en marcha una serie de reformas de carácter centralista que tendían a la eliminación del federalismo, como por ejemplo disminuir potestades conferidas a los gobernadores de los Estados, pero su régimen dictatorial cansó a la clase liberalista que terminó en el movimiento del Plan de Ayutla para derrocar al citado dictador, pues consideraban a éste un opositor de las libertades públicas.

El levantamiento de Ayutla con Juan Álvarez a la cabeza logró derrocar a Santa Anna, dando lugar a que el primero convocara a una Junta de Representantes en la ciudad de Cuernavaca, para elegir al nuevo Presidente interino, siendo que él mismo resultó electo, aunque su presidencia fue corta pues una serie de circunstancias le hicieron dimitir el cargo a favor de Comonfort quien asumió el cargo de Presidente sustituto.

Durante la administración de Ignacio Comonfort comenzó a cosecharse un movimiento de reforma, entre las cuales destacó el arrebato de los inmuebles al clero, así como el fin de los fueros eclesiásticos y militares en materia civil; y nuevamente la instauración de otro Constituyente que inició sus sesiones en 1856 para dar otro texto constitucional al Estado Mexicano, mientras que esas discusiones determinaban el destino constitucional del país, se creó el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, el que se

autodeterminaba provisional porque solamente tendría vigencia hasta en tanto se sancionará la nueva Constitución, el cual sin importar lo efímero de su vigencia contempló una serie de derechos en pro de los ciudadanos mexicanos, como en el plano internacional la reciprocidad en el disfrute de los derechos civiles entre las naciones, también en la sección quinta llamada Garantías Individuales --que constituye un precedente a la parte dogmática constitucional-- garantizaba la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad, e incluso el fortalecimiento del principio de legalidad, al someter la actuación de las autoridades a lo que proscriba la ley.

1.2.4 CONSTITUCIÓN DE 1857.

Erigido el nuevo Constituyente los liberales ganaron primacía respecto a los conservadores, teniendo como portavoz a Ponciano Arriaga, quien fuera designado Presidente del Congreso y de la Comisión de Constitución, a la que por obvias razones se le encomendó formular el proyecto de Constitución, el cual al momento de presentarse dignificó la cercanía sustanciosa en materia de derechos humanos en una influencia iusnaturalista, al clasificarles como derechos imprescriptibles por nacer justamente en la naturaleza humana.

Incluso entre acaloradas discusiones, se dejó percibir que los anteriores textos constitucionales fueron precarios en materia de derechos, al explicar por ejemplo que la Constitución de 1824 reconoció algunos principios como la libertad y derechos del hombre, y restringiendo de alguna manera al Ejecutivo; sin embargo, en lo general fueron incompletos porque no limitaban de un modo preciso la esfera de actuación de las autoridades.

Dentro de los debates de 1856-1857, el Constituyente seguía la idea del contrato social, al explicar que el hombre es un ser libre y social, que al unificarse en sociedad sacrifica un grado de su libertad individual para asegurar a los demás una armónica convivencia; por lo tanto, el derecho a la libertad debe ser consagrado en la Constitución.

En una participación de Vallarta, éste estimó errónea la redacción del artículo 1º, porque consideraba que no era el pueblo si no sus representantes quienes reconocen los derechos del hombre, y cree que sólo pudiera usarse el nombre del pueblo, en el caso de que realmente la Constitución fuera ratificada

por el pueblo, como sucedió en Estados Unidos¹⁶, siguiendo a esto una refutación del diputado Mata, el que aseveró que Congreso de aquel momento tenía aptos poderes para constituir la nación, por lo tanto, le estaba permitido hablar en nombre del pueblo.

La Constitución de 1857 se firmó por los Constituyentes y el Presidente Ignacio Comonfort el 5 de febrero de aquel año; texto en el que se habían integrado las instituciones del constitucionalismo decimonónico, como el establecimiento de la forma de gobierno federalista, libertad religiosa, tolerancia de cultos, modificación del juicio de amparo (como mecanismo de garantía para la efectividad de los derechos reconocidos), el establecimiento de derechos individuales y sociales.

Aun con todo y que constituyó un avance en dentro del país como documento constitucional, el mismo fue condenado a tener una marginal observancia, pues fue desconocida por el Presidente Comonfort, quien inducido por la facción conservadora daría un golpe de Estado; y al que Benito Juárez no se adhirió, por lo cual fue encarcelado junto con otros liberales.

A pesar de eso, el grupo que influyó en Comonfort para realizar aquel levantamiento lo desconoció, y tal circunstancia llevó al mencionado Presidente a liberar a Juárez. Lo que sucede en aquella época es que hubo dos gobiernos simultáneos, el de Juárez y el Zuloaga, conflicto que marcó el inicio a la Guerra de Reforma o de los Tres Años, que conllevaría al gobierno de Juárez ha establecer la capital de la República temporalmente en el puerto de Veracruz, en donde justamente expediría las Leyes de Reforma; conflicto que finalmente llevaría a la línea liberal juarista a derrotar las fuerzas conservadoras de Zuloaga.

Con posterioridad, otro grupo conservador encabezado por el príncipe europeo Maximiliano de Habsburgo llegó al país para instaurar el Segundo Imperio Mexicano para combatir a los liberales juaristas; sin embargo, la contradicción del mencionado Emperador se originó en que los conservadores se veían afectados por la imposibilidad de mantener el status quo, porque éste desplegó una política liberal y un conjunto de disposiciones de carácter liberal y anticlerical.

¹⁶ *Ibidem*, p. 137.

No pasa inadvertido que el efímero imperio de Maximiliano terminó con su muerte, pero ello no basta para evitar reconocérsele que éste concedió el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano en 1865, el que contenía novedosas disposiciones en materia de derechos humanos como el reconocimiento de la igualdad ante la ley, la seguridad personal, la propiedad, la libertad de culto y la libertad de imprenta, cuyo goce de derechos se extendía a todos los habitantes de la República, lo cual pone en contraste el sentido lógicamente liberal del Emperador.

Luego instalados de nueva cuenta los Poderes de la Unión en la ciudad de México, Benito Juárez convocó a elección de representantes para reformar la Constitución de 1857, para reforzar el autoritarismo del Ejecutivo; tal propuesta se desvaneció entre los liberales porque se realizó contraviniendo el procedimiento que preveía la Carta Magna; pero aun con ese fracaso el Presidente llevó a cabo otras reformas al margen constitucional, las que se ciñeron a crear los Estados de Campeche y Coahuila, éste último para separarlo de Nuevo León; situación que para los historiadores resultó paradójica, ya que el liberal que con tanto ahínco luchó por la observancia de la Ley Fundamental, a fin de cuentas la desconoció para el uso arbitrario del poder.

Ese escenario derivó en varias rebeliones en contra de Juárez, la más importante la de Noria en noviembre de 1871, encabezada por Porfirio Díaz quien acusó al Presidente de reelegirse indefinidamente, utilizar una noble Cámara de Diputados y obediente Corte de Justicia; aunque Díaz no ganó la batalla, tampoco Juárez culminó su periodo presidencial al morir el 18 de junio de 1872. En su lugar quedó Sebastián Lerdo de Tejada, quien de inmediato convocó a elecciones para Presidente de la República, de las cuales resultó electo él mismo para el periodo 1872-1876, así al concluir su periodo intentó reelegirse pero Porfirio Díaz nuevamente en la escena histórica proclamó el Plan de Tuxtepec, en el que se desconocía a Lerdo como Presidente.

Luego de avatares políticos por la lucha al ascenso al Poder Ejecutivo, es que Porfirio Díaz resulta electo para ejercer el periodo constitucional de 1877-1880; al término de su administración cede su lugar a Manuel González, para generar la oportunidad de que Díaz regresara en 1884, detentando el cargo de Titular del Ejecutivo hasta el 25 de mayo de 1911; periodo en el que

ejerció una política dictatorial durante el cual reiteradamente desconoció la Constitución de 1857.

Hasta que surgió el movimiento maderista, en el que se proclamó el Plan de San Luis Potosí el 5 de octubre de 1910; el cual provocó la insurrección de grandes masas populares que generaron el movimiento revolucionario, logrando derrocar el prolongado gobierno de Díaz; dando lugar a que Madero ocupe la presidencia, pero éste pronto fue aprehendido porque se le desconoció el carácter de Presidente al desatender los problemas sociales; entrando en su lugar Victoriano Huerta.

Ello dio como resultado que Venustiano Carranza, entonces gobernador de Coahuila desconociera a Huerta, para emprenderse ahora una revolución constitucionalista, la que buscaba reestablecer el orden constitucional que había fracturado Huerta; el triunfo se consumó el 13 de agosto de 1914 en Teoloyucan, con la entrega de la capital y la rendición del ejército huertista. Dando pie a que Carranza convocara a un Congreso Constituyente por decreto de septiembre de 1916, pero no para establecer un pacto fundacional, sino para reformar la Constitución de 1857.

1.2.5 LA CONSTITUCIÓN DE 1917.

El 31 de enero de 1917 se firmó y protestó la Constitución, que fue promulgada el 5 de febrero del mismo año, la cual contiene los principios vertebrados desde la Constitución de 1857, que al menos trataron de fungir como base de las instituciones sociales.

Cabe explicar que Carranza durante las discusiones para dar origen a la Constitución de 1917 hacía énfasis en que los derechos contemplados en el precedido texto constitucional solamente se basó en simples abstracciones que hicieron inaccesible la pretensión de satisfacción de los derechos humanos; pero también diferencia el concepto de garantías para hacer referencia que estas son los mecanismos procesales de carácter jurisdiccional para efectivizar los derechos reconocidos en la Constitución, tal como el juicio de amparo¹⁷.

El proyecto carrancista fue presentado a discusión, el relativo al artículo 1º, que señalaba: “En la República Mexicana, todo individuo gozará de las

¹⁷ *Ibidem*, p. 149.

garantías que otorga la Constitución, las que no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

Durante los debates el diputado Rafael Martínez aclara la distinción entre los vocablos derecho y garantía; pues para tal representante lo que el proyecto denominaba garantías no era otra cosa que los derechos, que para él estaba mal empleado porque la palabra refiere a protección y con la simple enunciación de los mismos en la parte dogmática no se llega a alcanzar tal objetivo, pero que, en todo caso, el reconocimiento de los derechos implicaba una cierta seguridad debido a que al individuo no se le podía despojar del goce de ese derecho.

Mientras que para el asambleísta Martínez de Escobar, las constituciones tienen por objeto reconocer los derechos, a los cuales se les asigna el nombre de garantías individuales, pero a su parecer lo correcto sería denominarlas garantías constitucionales; pues al englobarlos de esa manera se aludían tanto a derechos individuales como sociales; pues en lo general se reconocen los derechos, se limita al poder público, se organizan y estructuran los poderes, y produce un mecanismo para efectivizar esos derechos. Y también consideró tautológico el declarar que un Estado reconocía los derechos naturales del hombre y constituían el objeto de las instituciones sociales, pues se percibía como un gran discurso retórico, tachando la redacción de ese artículo como “perfumada”¹⁸.

Por su parte también aparece la tendencia positivista, encabezada por el diputado Macías quien pretendió hacer una teoría de las garantías individuales, pues explicaba que la Constitución de 1857 cometió el error de utilizar la expresión de derechos naturales, pues era en realidad una categoría ambigua y que además no se establecía cuales eran dichos derechos, lo que generó lo que intentó evitar, es decir, que todas las personas consideraran que no había más derechos que los que la Constitución establecía¹⁹.

El Constituyente Macías conjeturó que el derecho por excelencia era la vida, y luego la libertad; dando de allí la pauta para la derivación de los demás derechos humanos consagrados en el texto fundamental; empleando desde

¹⁸ *Ibidem*, p. 155.

¹⁹ *Idem*.

entonces el vocablo derecho fundamental; a final de cuentas triunfó una concepción positivista, excluyendo el término derechos naturales al considerarlo demasiado ambiguo.

Y no pasa desapercibido que a partir de aquellos debates --de aproximadamente cien años de discusión y análisis—el paradigma estatal juega un papel predominante en la nueva consideración de los derechos fundamentales, pues tales exigencias ahora legitiman el actuar del poder público; sin embargo, resultaría maratónico siquiera pretender estructurar el análisis a partir de aquellas fechas; por lo cual basta decir que los derechos fundamentales son ofertados por su instauración en el ordenamiento constitucional mexicano, pues la Constitución explica que derechos son universalmente dirigidos a todos; inclusive los derechos fundamentales pueden encontrarse dispersados en el texto constitucional y los que directamente incidan de su operatividad por el origen de su fuente.

La Constitución es la norma básica que articula el ordenamiento jurídico, que sirve de referencia para la domesticación del poder de creación normativa, llámese un modelo de constituciones abiertas según Zagreblesky que dice:

“...Constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competencia para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática, ya no pueden pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger, es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir...”²⁰

Por lo tanto, la Ley Suprema es rectora para los contenidos de derechos fundamentales, y también es integradora del resto de ordenamientos jurídicos que en materia de derechos fundamentales se incorporan al sistema jurídico mexicano.

²⁰Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, p. 14.

1.3 TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Los derechos fundamentales desde una visión rigurosamente jurídica, son entendidos como aquellos que están consagrados en la Constitución, es decir, en el texto que se considera supremo dentro de un sistema jurídico determinado; por ese sólo hecho y porque el propio texto constitucional los dota de un estatuto jurídico privilegiado²¹; empero además no puede olvidarse que los derechos fundamentales constituyen también conquistas obtenidas a través de la historia, por razones sociológicas, económicas y políticas, que los han situado dentro del texto constitucional, inclusive es necesario explicar que los iusfundamentales en su explicación procuran responder a varias cuestiones como:

El primero consiste en la dogmática jurídica, en la cual se estudian los derechos fundamentales estatuidos en un texto constitucional o en algún tratado internacional de derechos humanos, que pretende dar respuesta al cuestionamiento de ¿cuales son esos derechos fundamentales?; en el segundo nivel se aborda desde la teoría de la justicia o la filosofía política que procura dilucidar la corrección de que ciertos valores sean recogidos por el derecho positivo en cuanto derechos fundamentales así como la necesidad de incorporar como derechos nuevas expectativas o aspiraciones de las personas en lo individual ó en lo colectivo, tratando de dar respuesta a la pregunta ¿cuáles deben ser (o es justo que sean) los derechos fundamentales?; el siguiente nivel se ubica en la teoría del derecho, la que tiene por objeto edificar un sistema de conceptos que permita comprender ¿qué son los derechos fundamentales?; y el último nivel de disquisición incumbe a la sociología jurídica, al tratar de analizar ¿qué derechos y por qué esos derechos son fundamentales?, así como el grado de eficacia que esos derechos deberían de tener y en la realidad tienen e incluso los factores que inciden en esa eficacia²²; para responder respecto de la efectividad de los derechos fundamentales, Ferrajoli explica:

“...respuestas empíricas susceptibles de argumentarse como verdaderas, no ya con referencia a las normas que confieren derechos en un determinado ordenamiento, sino a

²¹Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, ed. 3ra., México, Ed. Porrúa, 2009, p. 2.

²²Ferrajoli, Luigi, *El fundamento de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2001., p. 289-291.

lo que, de hecho, ocurre o ha ocurrido en el mismo. A las luchas sociales y a los procesos políticos a través de los cuales tales derechos han sido, primero, afirmados y reivindicados, y luego, conquistados y consagrados como fundamentales en las leyes o en las Constituciones. A las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales de su implementación. Al grado, en fin, de tutela efectiva que, de hecho, les otorga el concreto funcionamiento del ordenamiento objeto de estudio...²³

Ese abanico de consideraciones complementan el estudio que de los derechos fundamentales trata de verterse, obviando la circunstancia que a final de cuentas la eficacia de esos derechos, tiene trazado un nivel estrechamente vinculativo respecto al grado de justiciabilidad que a estos se otorgue por parte de los órganos encargados de administrar justicia, que pone en evidencia uno de los puntos torales del endeble mecanismo para la legitimación democrática de esos organismos que constituye uno de los planteamientos relativos a la exclusión que la Ley Suprema genera en contra de los entendidos derechos.

1.3.1 LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

El análisis de los cuatro niveles de explicación del fundamento de los iusfundamentales, sirve de complemento para aterrizar su comprensión, pues por una parte dentro de la dogmática jurídica la justificación para calificar a un derecho como fundamental encuentra su fundamento en la consagración de que de sí hace el texto constitucional; respecto de la teoría de la justicia o filosofía política, tendrá su fundamento en las razones ó en la justificación racional de ese derecho; el tercer nivel equivalente a la teoría del derecho un derecho fundamental encuentra su justificación para ser considerado como tal por reunir las características que se establecen en la definición teórica de los derechos; y el último nivel, la fundamentalidad del derecho radica en la medida en que se haya realizado en la práctica o haya tenido alguna relevancia histórica²⁴.

Para Ferrajoli, abordar los derechos fundamentales desde una justificación en que la interrogante prevalezca sobre el *qué derechos son fundamentales*, pueden trazarse dos respuesta dependiendo el sentido que él interprete le dé, esto es, sí se pretende explicar *cuáles son* se concluye en una

²³ *Idem*.

²⁴ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, *op. cit.*, p. 4.

respuesta iuspositivista que son derechos fundamentales, según el ordenamiento italiano la libertad personal, la libertad de expresión, de reunión, de asociación, derechos a la salud, a la educación y a la seguridad social establecidos en la Constitución de ese país. Mientras que al responder *cuáles deben ser*, la respuesta es tipo axiológico o --según el autor-- si se prefiere iusnaturalista, entre los que se deben considerar fundamentales el derecho a la vida, la libertad de conciencia, libertades civiles, los derechos a la subsistencia, sobre los cuales se asegura la dignidad humana, la igualdad, la paz u otros valores ético-políticos, que permitan atribuirles la características de fundamentales. Haciendo la aclaración que las respuestas según el orden pertenecen a la dogmática jurídica positiva y la filosofía política ó de la justicia²⁵.

Los filósofos de la política, entre ellos Ferrajoli sostiene que es posible identificar cuatro criterios axiológicos que responden a la pregunta de qué derechos deben ser (o es justo que sean) fundamentales; estos criterios son la igualdad, la democracia, la paz y el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil²⁶. Coligado con ello puede afirmarse que los derechos fundamentales son considerados en esa categoría, en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna; aunado a ello Garzón identifica por bienes básicos aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral²⁷; aunque dicha interpretación en realidad está condicionada no por un ámbito jurídico exclusivo, sino que además participan factores sociológicos que inciden de modo directo en el plan de vida del individuo, esto es, ciertos factores condicionan la posibilidad de siquiera acceder a aquellos otros mecanismos que permitan entonces traspasar a la otra categoría para en efecto extenderse la posibilidad de lograr un plan de vida, hablando de esto, se encuentra el vencimiento a problemáticas sociales como el desempleo.

²⁵Ferrajoli, Luigi, *El fundamento de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 289 y 290.

²⁶*Ibidem*, pp. 314 y ss.

²⁷Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 531.

De ese modo, lo que en realidad se trata de justificar para que los derechos fundamentales sean considerados de esa manera, es al menos garantizar la protección de los intereses más vitales a los cuales todo individuo debe tener acceso, sin tomar en consideración relatividades como el origen étnico, nacionalidad, nivel económico de vida, por mencionar algunos, es decir, esa protección se generaliza instaurada en valores que irradian hacia la no discriminación; así encontramos que, existen aspiraciones sociales que habrán de ser respaldadas por la fuerza del sistema jurídico, para entonces lograr la eficacia de los derechos fundamentales, como en supralíneas pudo dibujarse una de las aspiraciones que ahogan a la sociedad mexicana.

Desde la base axiológica tomada por Ferrajoli, conviene diseccionar justamente los fundamentos de los derechos fundamentales según los cuatro criterios abordados por el autor, pues constituyen parte medular de la explicación brindada por él mismo, como a continuación se observa.

1.3.1.1 FUNDAMENTO EN LA IGUALDAD.

El primer nexo abordado es entre derechos y la igualdad jurídica, entendida ésta como la igual titularidad de situaciones jurídicas, proveniente de su atribución a la clase de sujetos entre los que es predicada en forma de reglas generales y abstractas, a lo cual Ferrajoli llama *normas téticas*, mientras que la desigualdad jurídica, desde la titularidad por parte de cada sujeto, según la distintas y singulares situaciones, la llama *normas hipotéticas*²⁸; las primeras constituyen la igualdad, mientras que las últimas refieren a la desigualdad.

Y lo anterior lo explica en el sentido de que hay igualdad ante la ley en la medida en ser titulares de la mismas situaciones que ésta dispone de forma universal, sean libertades, poderes, obligaciones o prohibiciones; así pues, distingue dos dimensiones, *igualdad en los derechos e igualdad en los deberes*.

No por lo dicho, debe pasar imprevisto que los derechos en los que se ha afirmado la igualdad, son aquellos que garantizando las diferencias personales y reduciendo las desigualdades materiales, aseguran el (igual) valor o la (igual) dignidad de las personas. Pues por un lado los derechos de libertad

²⁸Ferrajoli, Luigi, *El fundamento de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 329.

respetan las propias identidades y diferencias, mientras que los sociales, equivalen de alguna manera a la garantía de reducir las desigualdades económicas, asegurando a todos los mínimos vitales²⁹.

De ese modo la situación del multiculturalismo paradójicamente se ve beneficiada, pues al garantizar igual valor y dignidad de todas las personas, cualquiera que sean sus diferencias culturales y étnicas, equivalente indefectiblemente a la garantía mínima de la igualdad social y previas coordinaciones jurídicas para lograr la convivencia civil, en tanto que forman el *presupuesto material del ejercicio de todos los demás derechos*. En términos de Ferrajoli:

“...En otras palabras, porque su satisfacción se basa en la dignidad de la persona y porque, en fin, los niveles mínimos de subsistencia que garantizan constituyen, justamente, la principal condición de ese sentido de pertenencia y solidaridad social en el que se basan la cohesión y los vínculos pre-políticos invocados como esenciales por las teorías comunitarias...”³⁰

Asimismo distingue la antinomia regresiva entre derechos universales y ciudadanía, destinada --según el autor-- a tornarse explosiva con el crecimiento de las desigualdades y las presiones migratorias, pues el verdadero problema que identifica es la necesidad de poner en marcha la superación de esa antinomia, bajo un diseño universalista del derecho constitucional e internacional en el que eviten hacer exclusiones dentro de las propias cartas constitucionales, pero el debate político al respecto se opone a dar coherencia a las cartas constitucionales.

Ferrajoli asume que se trata de una petición de principio, el hecho de establecer instituciones internacionales idóneas para garantizar la igualdad de todos los seres humanos en los derechos de la persona, contra los intereses políticos y económicos que se oponen a la misma, explicando dicho tratadista que esa responsabilidad política se ve oculta entre el pesimismo y el realismo, entre lo que no se quiere realizar, y entonces al no realizarse se vuelve irrealizable. Finalmente su realización depende únicamente de la política, tanto de la voluntad de las fuerzas económicas y militares más fuertes, y otro tanto, de las luchas políticas y sociales de las masas hoy discriminadas; las cuales

²⁹Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 73-96.

³⁰Ferrajoli, Luigi, *El fundamento de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 338.

serán escuchadas siempre que reciban el apoyo de las naciones democráticas que en realidad estén logrando esos avances³¹.

1.3.1.2 FUNDAMENTO EN LA DEMOCRACIA.

Su fundamento intrínseco refiere a que en tanto los derechos fundamentales son sancionados con rango constitucional, imponen límites y vínculos a la legislación, y ello produce que esos límites se le apliquen a las instituciones representativas. Dado que las normas constitucionales al estar supraordenadas a las ordinarias, condicionan su validez.

Para hacer una distinción más profiláctica, recordemos que la democracia formal está formada por los derechos secundarios o de autonomía y articulada en dos formas: quien y como de la decisión; por su parte la democracia civil y la democracia política fundadas, una sobre los derechos civiles y la otra sobre los derechos políticos; siguiendo la democracia sustancial determinada por los derechos primarios o sustanciales y articulada en las dimensiones relativas al que de las decisiones; de la democracia liberal y la democracia social, basadas en los derechos de libertad y los derechos sociales, distinción objetivada según Ferrajoli³².

Basta decir que la distinción del mismo autor entre democracia formal y democracia sustancial, radica en que la primera se proyecta sobre el quien y el cómo se decide, y la segunda refiere a que es lo decidible o lo no decidible.

El quid de éste criterio axiológico radica en que acertadamente Ferrajoli explica:

“...que los derechos fundamentales establecidos por una constitución rígida imponen, guste o no, límites y vínculos sustanciales, más o menos apremiantes según el grado de rigidez, a la democracia política tal como se expresa en las decisiones de las mayorías contingentes [...] es la presencia de un núcleo de contenidos indisponibles...”³³

Haciendo la debida distinción que no puede prescindirse de los derechos políticos para hablar de democracia, ya que a final de cuentas ésta es eminentemente política, pues como Bovero indica:

³¹ *Ibidem*, p. 337.

³² *Ibidem*, pp. 339 y 340.

³³ *Ibidem*, p. 342.

"...una cracia, esto es, una forma de poder (de régimen político, una forma de gobierno), definida respecto a las otras cracias por un cierto conjunto de reglas, de competencia y de procedimiento, para la adopción de decisiones colectivas..."³⁴

Por lo que vistos los derechos fundamentales desde una perspectiva de la democracia constitucional, el poder del pueblo en la adopción o acoplamiento de decisiones colectivas, es un poder limitado³⁵, por los derechos fundamentales sancionados en el texto constitucional, ya que estos no pueden ser suprimidos, limitados, confrontados --entre instituciones o políticas públicas perseguidas-- o derogados, porque se hallan fuera de las decisiones democráticas desde el punto de vista de su disponibilidad, pero en el interior de la misma como parámetros de decisión. Lo que es forma de la democracia se vuelve sustancia, es decir, límite y vínculo de contenido, cuando ella se protege de sí misma³⁶, pues sin la subordinación de los poderes políticos supremos a límites la democracia misma puede dejar de ser elemental y enfrentar un choque de coesencialidad axiológica³⁷, ya que no siempre la mayoría en realidad decide lo mejor.

Se habla de que los derechos fundamentales son para el pueblo, eso significa que son previos al principio de mayoría, pues buscan inmunidades, poderes, expectativas y necesidades que se garanticen para todos en lo general y abstracto. Ello implica que la democracia formal y la democracia sustancial deben coexistir en un mismo hilo conductor, ya que actualmente los derechos tienen preeminencia sobre los poderes, pues representa una legitimación formal del poder confiada a los derechos secundarios de autonomía política, y en cuanto a los contenidos a los que el ejercicio del poder queda vinculado y funcionalizado, confiados a su vez, junto a una legitimación sustancial, al respeto de los derechos primarios de libertad y sociales. Entonces democracia formal es el *poder de todos*, y la democracia sustancial, por conducto de los derechos primarios, es el *contra poder de todos*³⁸, a final de cuentas traducidos en límites, vínculos y garantías para todos. Es a final de cuentas una relación estructural que componen la legitimación del poder, la

³⁴ Bovero, Michelangelo, *Derechos fundamentales y democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 241.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Ferrajoli, Luigi, *El fundamento de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 344.

³⁷ *Ibidem*, p. 345.

³⁸ *Ibidem*, p. 346.

democracia (formal y sustancial) y derechos, que aparecen complementarios y armoniosamente integrados.

1.3.1.3 FUNDAMENTO EN LA PAZ.

Éste criterio tiene su central argumento en que el derecho y el Estado son instrumentos de la paz y de la tutela de la vida, pues la paz constituye la estructura esencial que el ser humano crea artificialmente para la garantía de la preservación de la vida, y la cual por consiguiente, es condición indispensable para la paz; lo cual en caso de ruptura según Hobbes produce conflicto social para proclamar el derecho de resistencia³⁹.

Ya que la paz tiene por fundamento la garantía de los derechos fundamentales de todos los humanos, ingresando al catálogo Ferrajoli la creación de garantías jurídicas efectivizadas por instituciones bien estructuradas, como el Tribunal internacional sobre crímenes contra la humanidad. Advirtiéndose que la implicación recíproca entre paz y tutela de los derechos fundamentales supone que ninguna tutela de esos derechos puede activarse en caso de guerra, pues ésta a grandes rasgos admite la negación del derecho y los derechos, violaciones en masa del derecho a la vida, son efectos destructivos contra el derecho, y por tanto en su generalidad contra los iusfundamentales⁴⁰.

En parte del criterio abordado, se encuentra el reconocimiento a la autodeterminación de los pueblos que ha sido un problema de relevancia para el establecimiento de la paz y el reconocimiento de los derechos, incluso tal reconocimiento aparece más como presupuesto para el logro de los fines internacionales, es decir, el respeto a la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, representan el desarrollo económico, social y cultural de los pueblos, para el establecimiento armonioso de una convivencia pacífica entre las naciones.

1.3.1.4 FUNDAMENTO EN LA TUTELA DEL MÁS DÉBIL.

La tutela de los sujetos más débiles, asegura la indisponibilidad e inviolabilidad de las expectativas vitales establecidas como derechos

³⁹ Hobbes, Thomas, *op. cit.*, p. 63.

⁴⁰ Ferrajoli, Luigi, *El fundamento de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 357.

fundamentales, colocándolas al abrigo de las relaciones de fuerza propias del mercado y la política, se formulan derechos en forma rígida y universal⁴¹ para la protección y aseguramiento de desarrollo de los sujetos más débiles.

Se habla de conquistas de derechos como resultado de luchas o revoluciones que luego del ocultamiento de la opresión o discriminación, vienen a proteger ó defender a los sujetos más débiles contra las leyes del más fuerte, han constituido un contrapoder a la negación o a la limitación de poderes⁴².

Sin dejar de lado que la maduración de la conciencia de los derechos así como su percepción destinataria de igualdad, radica en que los derechos fundamentales para la democracia, son construcciones sociales cuyo mantenimiento depende, más allá de las garantías jurídicas, de un cierto grado de consenso en torno a los valores sometidos a ellos.

Asimismo los derechos fundamentales son derechos contra la mayoría⁴³, establecidos dentro del pacto constitucional de convivencia como límites y vínculos (la llamada esfera de la no deducible), para todos los poderes, tanto públicos como privados, pues para ser defendible un derecho debe extraerse de la política, el mercado y cualquier otro poder que le vulnere, pues ni las mayorías pueden reducir los efectos de estos. Es una limitación a la soberanía sin lugar a dudas, pues refiere a los contenidos sustanciales del pacto constitucional, lo que traza los confines entre el respeto a todos los individuos en cuanto a personas, y el debido a sus diferencias culturales, en examen de Ferrajoli:

“...Los derechos fundamentales son siempre leyes del más débil frente a la ley del más fuerte, que bien puede ser la ley expresada por sus mismas culturas, incluidas las que conviven en nuestros propios países occidentales: que protegen al individuo de su propio ambiente cultural e incluso familiar, a la mujer frente al padre o al marido, al menor frente a los padres, a los oprimidos de las prácticas opresivas de sus culturas. [...] Son, en efecto, sólo los individuos, y no las culturas, los sujetos débiles tutelados por los

⁴¹ *Ibidem*, p. 362.

⁴² *Ibidem*, p. 363.

⁴³ *Ibidem*, p. 368.

derechos fundamentales, que estructuralmente siempre son individuales y no colectivos..."⁴⁴

A la precedida descripción de los criterios axiológicos bajo los cuales los derechos fundamentales hallan su fundamento, existe una crítica bastante afinada que sirve para amplificar el contenido del debate discursivo respecto de los citados derechos, misma que formula Vitale al explicar que los criterios le parecen razonables y con un cálculo proposicional correcto, no obstante, la filosofía política moderna de Ferrajoli se encuentra insertada en un valor prioritario de la igualdad, valor que en el fondo absorbe a los otros tres⁴⁵.

Pues claramente es una igualdad de todos pero solo en los derechos fundamentales, ya que el mecanismo de la ley del más débil fortifica para disminuir las enormes desigualdades que pasan de un individuo a otro por el factor meramente accidental del nacimiento, como es la clase social, la ciudadanía, que el Estado de pertenencia sea más rico ó mas pobre⁴⁶.

Mientras que el relativo a la paz contiene la idea de una menor desigualdad global, pues la idea de una redistribución equilibrada de los recursos, la paz o es una paz de imperio --según Vitale-- o es una tregua frágil; y llegando al criterio de la democracia implícitamente promueve una igualdad política, que conlleva un conjunto de instituciones necesarias en materia de derechos de libertad y derechos sociales, sin los cuales la democracia se transformaría en la omnipotencia de la mayoría⁴⁷.

Es oportuno también explicar --aunque en el capítulo anterior se dio cierto tratamiento-- que derechos fundamentales, derechos humanos y garantías individuales no son el mismo concepto, pues estas últimas en realidad son el medio para efectivizar al derecho; entonces una garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo.

Para Ferrajoli, las garantías en primacía serían las obligaciones que derivan de los derechos, entonces pueden existir garantías positivas y negativas, las negativas obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los

⁴⁴ *Ibidem*, p. 369.

⁴⁵ Vitale, Ermanno, "Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales", *Isonomía*, Alicante, núm. 16, Abril 2002. p. 44.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 46.

particulares en el respeto de algún derecho fundamental, mientras que las positivas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho; estos dos tipos de garantías pueden subsumirse en las garantías primarias o sustanciales, que son precisamente las obligaciones ó prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en algún texto normativo; mientras que las garantías secundarias o jurisdiccionales son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción ó declarar la nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos, y por consiguiente vulneren las garantías primarias⁴⁸.

Inclusive el mismo autor señala que en ordenamientos nomodinámicos como aquellos en los que vivimos, la relación entre derechos y garantías es una relación de deber ser, que la teoría enuncia como una implicación no diferente a la que existe entre permitido y no prohibido y que, sin embargo, al igual que ésta, puede ser desatendida, es decir, inactuada o violada por la legislación vigente⁴⁹.

Mientras que en su distinción los iusfundamentales con los derechos humanos, estos últimos son una categoría más amplia y que en la práctica tiene un rigor jurídico laxo; incluso desde una dogmática jurídica los primeros únicamente se reconocen al consagrarse en un texto constitucional o tratado internacional; mientras que los derechos humanos en ocasiones solamente suelen referirse a expectativas que no están previstas claramente dentro de esos ordenamientos; para Pérez Luño basta decir que:

“...Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada...”⁵⁰

⁴⁸Ferrajoli, Luigi, “Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales”, *Isonomía*, Alicante, núm. 29, 2006, pp. 15-31.

⁴⁹Ferrajoli, Luigi, *El fundamento de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 327.

⁵⁰ Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, ed. 4ta., Madrid, Ed. Tecnos, 1991, p. 29.

Vale también la pena adicionar que los derechos humanos contienen además una connotación prescriptiva, es decir, condicionamientos de nivel axiológico que está vinculada al sistema de necesidades del ser humano; dando lugar a que un derecho fundamental sea aquel derecho humano constitucionalizado y que goza de un reforzado abanico de garantías para su efectivización.

El concepto de derecho fundamental, según Bernal Pulido:

"...es una de las nociones más controvertidas en la doctrina constitucional europea de finales del segundo milenio y comienzos del tercero. Este concepto ha sido objeto de un sinnúmero de definiciones, acuñadas a partir de una gran variedad de perspectivas, cada una de las cuales acentúa ciertos rasgos específicos o enfatiza determinados matices o singularidades de esta figura jurídica..."⁵¹

El reconocimiento del derecho fundamental, se positiviza en normas de derecho fundamental, que son significados prescriptivos por medio de los cuales se indica que algo está ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental; esto es, la disposición es un texto normativo que todavía no ha sido dotado de sentido, mientras que la norma sería el resultado de la interpretación del texto, es la atribución del sentido, así permite identificar cuales son las conductas ordenadas, prohibidas o permitidas; lo anterior permite empatar con claridad el contenido mismo del derecho fundamental.

Para Ferrajoli:

"...son derechos fundamentales aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar..."⁵²

Aclarando que derechos subjetivos se refiere a cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones); y el estatus (el nivel de dirección ó imputación del derecho fundamental) se entiende como la condición de un sujeto, prevista por la norma jurídica para la titularidad del derecho. Sin olvidar por su parte en atención al nivel de la dogmática jurídica, que los derechos fundamentales se encuentran previstos en un ordenamiento

⁵¹Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 75.

⁵²Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 291.

supremo, lo que permiten que aquellos participen de la supremacía constitucional, que sean indisponibles para el legislador, requieren de una forma especial de interpretación constitucional así como un reforzados sistema para su protección⁵³.

Aún cuando esas afirmaciones puedan entenderse solamente como mera obligación moral, no escapa a las manos el hecho de que el derecho fundamental nace por una necesidad moral, como lo explica Bovero:

“...Cuando ciertas pretensiones moralmente justificadas llegan a ser reconocidas jurídicamente, y por ello son incorporadas en el derecho objetivo -considerado como un conjunto de normas no puramente morales puesto que son coactivas-, se convierten así en derechos positivos, y como tales parecen ser de manera más adecuada o sólida *derechos*, no ya *simples pretensiones*, que es lo mismo que decir que los derechos no son, o tienden a no ser, pretensiones ineficaces, que podrían no encontrar satisfacción...”⁵⁴

Tal contribución del autor italiano permite vislumbrar que los derechos fundamentales positivados, cuya eficacia se robustece en la posibilidad de accionamiento de una garantía, es un verdadero derecho; sin que para ello sea conflicto el hablar de moral en el derecho, pues hace algunas décadas Habermas explicó que la constante evolución del derecho ha sido llevada de la mano con la emigración de la moral a los textos jurídicos positivos⁵⁵.

Pues de existir el derecho fundamental sin una garantía concreta para su protección, sería solamente una norma jurídica transformada en *iusimperfectum*, ya que al no estar garantizado, no existe, entonces, sólo es un derecho ficticio⁵⁶. Y de lo anterior no hay disenso, pues en efecto para integrar jurídicamente un derecho fundamental, es necesario dotarle de normas que permitan su efectividad, pues la existencia de un iusfundamental sin garantías es una aporía, que vuelve al derecho insuficiente.

Asimismo es pertinente apuntar que la calificación de fundamentales a ciertos derechos, no necesariamente corresponde a que estén constitucionalizados, por la razón de que la constitución es la norma

⁵³Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁴Bovero, Michelangelo, “Tutela supranacional de los derechos fundamentales”, *El lenguaje de los derechos*, Turín, núm. 18, 2001, pp. 7.

⁵⁵Habermas, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, *Isonomía*, Alicante, núm. 5, 1988, pp. 21-45.

⁵⁶Bovero, Michelangelo, “Tutela supranacional de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 8.

fundamental y reglamenta las instituciones fundamentales, sino al contrario, porque los derechos constitucionales son o deberían ser considerados como tales porque son fundamentales⁵⁷, porque incluso podría ocurrir que sean designados fundamentales aun y cuando no hayan sido insertados en el texto constitucional.

Una respuesta que Bovero identifica como inmediata e intuitiva respecto a la fundamentalidad atribuida a los derechos, explica que son tales, los que dan fundamento a un sistema total de convivencia, en caso de ser removidos, lesionados, la convivencia colectiva entra en severa crisis, al grado de disgregar los vínculos sociales; por tal, una constitución moderna *debe* contemplar el catalogo de iusfundamentales, al tiempo que instituya garantías que faciliten la efectividad de los mismos⁵⁸. Aunado al hecho de que sólo así los poderes públicos logran legitimarse sustancialmente.

Para Bobbio los derechos fundamentales, anteriores a los deberes --en la pregunta ¿cuál es el *prius* lógico, cuál el *posterius*?, respecto de derecho y deber-- son aquellos que el individuo como tal puede reivindicar *hacia ó contra ó frente* a la colectividad y el poder que la gobierna: según la visión individualista y artificialista de la convivencia, que es la visión estrictamente moderna, son los derechos que representan las condiciones en base a las cuales el individuo acepta (idealmente) asumir la obligación política de obedecer a las decisiones colectivas. El tiempo de los derechos, es aquél en que ciertas pretensiones del individuo como tal (o mejor, avanzadas por movimientos políticos y corrientes de pensamiento filosófico en nombre, por cuenta y en beneficio del individuo), precisamente esas pretensiones que reivindicaban una validez moral universal, como derechos del hombre, y por lo mismo se presentan ante todo como derechos naturales o morales, se convierten o tienden a convertirse en derechos positivos, jurídicamente reconocidos por el derecho objetivo, más bien, quedan inscritos en la primera parte de esas normas fundamentales, que son justamente las constituciones (modernas), y con ello mismo son protegidos contra los poderes constituidos en tanto derechos inviolables⁵⁹.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 12.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Bobbio, Norberto, *Tiempo de los derechos*, Madrid, Ed. Sistema, 1991, p. 63.

Así se obtiene que para Bobbio, tiene como primer lugar la protección de los derechos fundamentales, y después la institucionalización de la garantía, y siempre a final de cuentas la tutela, en caso de que los titulares de esos derechos se sientan amenazados, violados o transgredidos. Razón suficiente y complementaria para explicar la necesidad de la instrumentalización para la eficacia de los derechos.

1.3.2 ELEMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Los derechos fundamentales en sí contienen una serie de elementos o componentes que le son atribuidos por la esencia de su función, ya que ese abanico de condicionantes responden a estructura intrínseca de los mismos, pero que además les han dado el reconocimiento para su consagración en los textos supremos (constitución ó tratados internacionales), es entonces parte del íntegro estudio de los derechos fundamentales, también analizar dichos elementos que en la historia produjeron su constitucionalización.

1.3.2.1 UNIVERSALIDAD.

Desde la teoría del derecho la universalidad de los derechos fundamentales tiene que ver con la forma de redactar el derecho al momento de positivarlo, pues la condicionante es que el derecho sea dirigido para todas las personas, ya que en caso de hacer una distinción o diferencia para que la titularidad del derecho se adscriba solamente a un grupo determinado, no puede catalogarse como derecho fundamental⁶⁰; como lo reconoce Ferrajoli:

“...los derechos fundamentales --tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y los derechos sociales-- son derechos “universales” (*omnium*), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son sus titulares; mientras los derechos patrimoniales --del derecho de propiedad a los demás derechos reales y también los derechos de crédito-- son derechos singulares (*singuli*), en el sentido asimismo lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos lo demás. Unos son inclusivos y forman la base de la igualdad

⁶⁰Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México, op. cit.*, p. 14.

jurídica. Los otros son exclusivos, es decir, *excludendialios*, y por ello están en la base de la desigualdad jurídica...⁶¹

Por su parte Alexy distingue la universalidad entre los titulares y destinatarios de los derechos, la titularidad consiste en que los derechos humanos son derechos que corresponden a todos los seres humanos con independencia de un título adquisitivo, y los destinatarios (en cuanto a obligados por los derechos) serían no solamente los seres humanos en lo individual sino también los grupos y los Estados; también distingue entre derechos humanos absolutos y relativos, los primeros son los que se pueden oponer frente a todos los seres humanos, a todos los grupos y a todos los Estados, mientras que los restantes son solamente oponibles a un ser humano, un grupo ó un Estado; ejemplo del primero el derecho a la vida, mientras que del segundo el derecho al voto⁶².

Desde una visión de filosofía política, esta característica supone la idea de que todos los habitantes del mundo, sin hacer distinciones por el origen étnico, nacionalidad, o cualquier otra, deben tener un núcleo básico de derechos fundamentales, los cuales deberán ser respetados por el poder público.

La universalidad de los derechos fundamentales, no solamente atribuye aquella extensión de su goce sin distinción para los seres humanos, sino también de ello se deduce su inalienabilidad e indisponibilidad (traducida en su no negociación), pues al ser derechos fundamentales, normativamente son de todos, no son alienables o negociables, sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados, de modo que, a decir de Ferrajoli en caso de intentar tutelar un derecho como fundamental, es preciso sustraerlo, de un lado, al intercambio mercantil, confiriéndolo igualmente mediante su enunciación en forma de una regla general, y de otro, a la arbitrariedad política del legislador ordinario mediante la estipulación de tal regla en una norma constitucional colocada por encima del mismo; lo que el autor denomina esfera de lo

⁶¹Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 45.

⁶²Alexy, Robert, "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 8, 2000, pp. 24-26.

indecible⁶³; asimismo los derechos fundamentales son irrenunciables, pues la titularidad se la asigna el ordenamiento jurídico (texto constitucional ó tratado internacional, hablando de dogmática jurídica), mientras que ya es decisión individual del titular ejercerlo o no, inclusive activar los mecanismos de protección en defensa de los mismos, en caso de haber sufrido afectación alguna.

Los derechos fundamentales constituyen de alguna manera obtenciones ó expansiones en la protección de la esfera del individuo, por lo que ninguna justificación colectiva puede derrotar su exigencia, Dworkin explica que:

“...Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derecho 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...”⁶⁴

Por tal ese argumento sirve para aclarar que los derechos fundamentales son indisponibles para las mayorías parlamentarias, aún y cuando la decisión de estas se refiera a una política pública en pro de la colectividad, los legisladores en momento alguno pueden disponer ó limitar un derecho, pues ninguna política de esa naturaleza justifica racionalmente superar a un derecho fundamental.

Es acertado incluir que el estatus jurídico de supranacionalidad de los derechos fundamentales tiene su formación embrionaria en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 en conjunción con la Carta de la Organización de la Naciones Unidas, pues a partir de ese momento la evolución de los derechos ganó terreno, pues se universalizaron y positivaron, haciéndolos pasar de derechos de los ciudadanos a verdaderos derechos de todos los hombre, o al menos derechos del ciudadano de esa ciudad que no conoce fronteras, porque comprende a toda la humanidad; tan es así, que ese mismo estatus supranacional permite que la protección de los derechos fundamentales se canalice a través de mecanismos internacionales de jurisdicción, destacando que el papel de los tribunales internacionales en

⁶³Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 47.

⁶⁴Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Ed. Ariel Derecho, 2009, p. 37.

derechos humanos en la actualidad ha dado relevancia al intervencionismo humanitario⁶⁵.

Por su parte el fenómeno de la globalización también interviene en la temática del derecho constitucional, y por ende, deviene un impacto colateral respecto a los derechos fundamentales, para Kaplan el fenómeno de que se habla contiene en sí una gama de condiciones, pues explica que el intervencionismo del Estado liberal, el cual se da en salvaguardia de la esencia común a todos los hombres de cualquier condición, a la que se vinculan los derechos civiles y políticos que se reconoce fundamentales, pero también en el mercado libre, y un pluralismo político a través del cual se manifiestan la diversidad y conflictividad de necesidades, deseos, intereses y voluntades, de la sociedad civil; de manera que por su parte define al Estado protector como la forma política específica del Estado moderno, que debe intervenir cada vez más: en lo externo, para garantizar la independencia y seguridad de la nación; en lo interno, para la buena marcha de los asuntos comunes a todos los ciudadanos; entonces trata una combinación interesante de conceptos relativos al Estado, entre los cuales sugiere una especie de equilibrio para evitar la inclinación desbalanceada que genere distinciones irreconciliables⁶⁶, lo cual tiene incidencia directa en los derechos fundamentales, por lo que ve a la división de poderes, mecanismos de control constitucional y limitación de poderes privados. De modo que el Estado debe adaptarse y evolucionar al ser desplazado por instituciones supranacionales en la protección de los iusfundamentales; pues incluso el avance de la democratización plantea problemas y amenaza con peligros a elites dirigentes y grupos dominantes, en cuanto a la existencia y estabilidad, la supremacía y la eficacia de los Estados, la continuidad de las políticas económicas, las condiciones de cohesión y reproducción del sistema político⁶⁷; lo dicho se corrobora solo al analizar lo que sucede en la política mexicana, para con objetividad indagar que algunos o muchos textos legales, son producto de negociaciones triviales que solo involucran en el interés de unos pocos, para la solución de sus conflictos o desregulación de los mismos; como al caso se tratará en otro capítulo, sin

⁶⁵Zolo, Danilo, "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales", *Isonomía*, Alicante, núm. 22, 2006, pp. 35-51.

⁶⁶Kaplan, Marco, *Estado y Globalización*, México, Ed. IJ-UNAM, 2004, p. 172.

⁶⁷*Ibidem*, p. 181.

embargo, regresamos al punto inicial de la indisponibilidad de los derechos fundamentales frente a las amenazas de los grupos elites o mayoritarios.

1.3.2.2 TITULARIDAD.

Tomando en cuenta la definición desde la teoría del derecho que ofrece Ferrajoli, imputa la titularidad de los derechos fundamentales a partir de distintos estatus: persona, ciudadano y capacidad de obrar; el concepto de persona básicamente se concreta en dirigir la asignación del derecho a un ser humano, sin mediar alguna serie confusa de requisitos, por lo tanto, basta ser en lo individual persona humana para obtener esos derechos; sin embargo los dos siguientes estatus sí contienen una cadena de características que conviene analizar; se trata de la ciudadanía y la capacidad de obrar que el citado teórico aborda al explicar el fundamento de los iusfundamentales.

1.3.2.2.1 CIUDADANÍA.

El tema de la ciudadanía sirve para analizar la tensión actual entre la tutela de los derechos subjetivos garantizados por el Estado a sus propios ciudadanos, con exclusión de los extranjeros; el carácter inclusivo y tendencialmente universal de esos derechos; la tutela de las minorías étnico-culturales al interior de los Estados nacionales, y los procesos de globalización que hacen depender cada vez más el disfrute efectivo de esos derechos, en la posibilidad de su protección en instancias jurisdiccionales de plano internacional; de ahí que la ciudadanía sea el trato diferenciado entre un sujeto perteneciente al Estado nacional y un extranjero, pues los titulares ciudadanos de derechos tienen derechos y deberes diferentes a los del extranjero.

La ciudadanía se convierte en una marcada distinción en la titularidad de los derechos fundamentales, pues implican una presión hacia la desigualdad, una desigualdad social positivada, pues en base a ella se siguen manteniendo inaceptables discriminaciones y desigualdades basadas en un accidente tan coyuntural como las conexiones territoriales o los lazos de parentela⁶⁸ con ello Jürgen Habermas explica la producción del “chauvinismo del bienestar” en la medida en que suele mantenerse en buena parte como un intento por frenar los

⁶⁸Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., p. 22.

crecientes flujos migratorios que se están produciendo desde los países del Tercer Mundo hacia los países desarrollados⁶⁹; y tal revolución del traspaso de las fronteras en la que los Estados invadidos niegan los derechos básicos a los inmigrantes, por la calidad de no nacionales, es demeritar la universalidad de los derechos fundamentales, a pesar de ser el Estado el encargado de la protección a esos derechos. Inclusive existen ya las tendencias de que el Estado no imponga la titularidad de los derechos fundamentales en base a la ciudadanía, sino en su lugar provoque la transformación para evitar la categoría discriminatoria que esa determinación en la titularidad le produce.

Hay que recordar que el otorgamiento de la ciudadanía se basa en la existencia de una serie de vínculos prepolíticos como una cultura común, relaciones de sangre, un pasado compartido, entre otras cosas⁷⁰, a nivel político no parece observarse nada de eso en los procesos históricos que desembocan en la creación de los actuales Estados nacionales; y esa realidad se asume porque en la actualidad la identidad nacional se ve minada por factores económicos como también por la tendencia unificadora como sucede en la Unión Europea.

Por su parte Bovero, explica que:

"...los derechos de ciudadanía política, los derechos de participación en el proceso de decisión política, deben ser considerados derechos de la persona, es decir, corresponden ó deberían corresponder a todo individuo en tanto que es persona, en la medida en la cual la persona está sometida a esas decisiones políticas; y no hay ninguna razón válida para excluir a alguno de aquellos que están sometidos de manera estable a un ordenamiento normativo del derecho de participar en la formación de ese mismo ordenamiento..."⁷¹

Lo explicado también encuentra pleno sustento en lo que Habermas destaca:

"...El status de ciudadano fija en especial los derechos democráticos de los que el individuo puede hacer reflexivamente uso para cambiar su situación, posición o condición jurídica material..."⁷²

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México, op. cit.*, p. 24.

⁷¹ Bovero, Michelangelo, "Ciudadanía y derechos fundamentales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 103, enero-abril, 2002, p. 24.

⁷² Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 1998, p. 626.

Ello implica que todos los habitantes adultos de un Estado, sean o no ciudadanos deben tener capacidad jurídica a concurrir a la vida política de ese Estado, concretamente, participando en las formas democráticas que permiten la toma de decisiones. Esto es una forma de adoptar el pluralismo bajo la protección de un ordenamiento constitucional que reconozca en condiciones de igualdad derechos fundamentales para todos, en atención a la consideración que Ferrajoli refleja al explicar que la Constitución es un pacto de convivencia tanto más necesarios y justificados cuanto más heterogéneas y conflictuales son las subjetividades políticas, culturales y sociales que están destinados a garantizar⁷³.

Entendiendo además que la exigencia más importante que proviene hoy de cualquier teoría de la democracia que se congruente con la teoría de los derechos fundamentales --como dice Ferrajoli-- es alcanzar un ordenamiento que rechace finalmente la ciudadanía, suprimiéndola como status privilegiado que conlleva derechos no reconocidos a los no ciudadanos, o, al contrario, instituyendo una ciudadanía universal⁷⁴; aunado a que igualmente como lo expone el autor, vetar el acceso a la condición de miembro de la comunidad constituyente, sujeto de voz y voto en el espacio público, a quienes llegan después y se caracterizan por diferencias vinculadas a determinados grupos sociales (a identidades de origen), privarles del poder de decisión sobre el acuerdo previo, sobre el establecimiento de valores comunes y reglas de juego, sobre el establecimiento de la regla de la ley, del derecho, es incompatible con las exigencias de una democracia plural⁷⁵.

La revelación es que difícil es sostener la universalidad de los derechos y su carácter de protecciones esenciales para todo ser humano, si dichas protecciones son negadas a las personas que se encuentran en la peor situación de todas; son claves tan marcadas de una exclusión social (hablando de ciudadanía) que no permiten el desarrollo de una democracia plural como se pretende. De modo que los países democráticos habrían de generar políticas

⁷³Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México, op. cit.*, p. 26, citando a Ferrajoli en "Qualis sono i diritti fondamentali?", en VITALE Ermanno, (ed.) *Diritto umani e diritti delle minoranze*, Turín, Rosenberg & Sellier, 2000, p. 115.

⁷⁴Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil, op. cit.*, p. 119.

⁷⁵*Idem.*

públicas inclusivas, fieles al discurso de la preeminencia de los derechos fundamentales, su protección y eficacia.

Pues en momento alguno debe olvidarse que los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y de que los principios son mandatos de optimización, lo que genera en sí la idoneidad de que los derechos fundamentales al comprender su función de derechos, les permita que se desarrollen a partir de sí mismos⁷⁶.

Así que la universalidad es correlacionada porque los derechos fundamentales entendidos como principios, desplegarían sus efectos a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, conduciendo una eficacia horizontal frente al poder, y como tal, los derechos fundamentales en esa imputación de titularidad universal se convierten en los principios de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico en su conjunto⁷⁷. Pues a final de cuentas los derechos fundamentales deben ser dotados de validez y contenido normativo.

Y ello se concibe de ese modo, porque los derechos fundamentales están contenidos en el texto constitucional, que es el orden fundamental en sentido cualitativo o sustancial, pues mediante ella se defienden los asuntos fundamentales para la comunidad que regula⁷⁸.

1.3.2.2.2 CAPACIDAD DE OBRAR.

El estatus ahora analizado, se configura en una restricción ó declaración de incapacidad para ejercer un derecho fundamental, dicho claramente, por regla general la Constitución parte de la premisa de que todas las personas, por ese solo hecho, tienen la capacidad necesaria para ser titulares de los derechos fundamentales y de ejercerlos por sí mismos; pero en concreción de supuestos, se puede perder esa capacidad de obrar, sea porque medie una sentencia judicial que declare la pérdida de una persona en su capacidad de ser titular de ciertos derecho, ó de ejercer ciertos derechos.

Aunque ligado va también, el aún no reconocimiento de derechos fundamentales y ejercicio de estos, por no haber alcanzado cierta edad, como

⁷⁶Bernal Pulido, Carlos, *EPÍLOGO A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*, en traducción a Alexy, Robert, Madrid, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, p. 13 y ss.

⁷⁷*Ibidem*, p. 18.

⁷⁸*Ibidem*, p. 31.

por ejemplo la ciudadanía, que solamente a partir de que se alcanza ese otro estatus se puede ser titular de derechos políticos fundamentales, como ejercer el sufragio activo ó pasivo, ó para ocupar algunos cargos públicos.

También existe esa limitante en atención a una pretendida protección a los menores, en tratándose de derechos patrimoniales, al restringir su autonomía de la voluntad lo hace en razón de que se considera que los menores pueden fácilmente ser engañados o defraudados⁷⁹.

Esa capacidad de obrar es una constante evolución extensiva respecto a la titularidad de los derechos fundamentales, como explica Ferrajoli:

“...lo que ha cambiado con el progreso del derecho no han sido los criterios de la personalidad, de la capacidad de obrar y de la ciudadanía, en que se funda la atribución de los derechos fundamentales, sino únicamente el significado extensional de dichos status, de la personalidad, negada a los esclavos en los ordenamientos arcaicos que admitían la esclavitud y ahora extendida, desde hace tiempo, a todos los seres humanos; de la capacidad de obrar, tanto civil como política, largamente negada y hasta hace poco limitada en base al sexo, la religión, la instrucción y la renta, y hoy extendida a todas las personas mayores de edad que no sean enfermos mentales; de la ciudadanía, afirmada como factor de desigualdad y de inclusión con el nacimiento del moderno Estado de derecho, aunque siempre vinculada a sus confines estatalistas como último factor de diferenciación de los seres humanos por un accidente de nacimiento...”⁸⁰

1.3.2.2.3 TITULARIDAD DE LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA.

Siguiendo la metodología ferrajoliana de la titularidad de los derechos fundamentales, conviene partir de la misma para apuntar dicho estudio del régimen constitucional de los derechos en la Constitución Mexicana, en cada una de sus esferas: derechos asignados a todas las personas y los derechos limitados por razón de ciudadanía.

1.3.2.2.3.1 DERECHOS ASIGNADOS A TODAS LAS PERSONAS.

La amplitud constitucional de imputación de derechos fundamentales, normalmente se dirige a su asignación para todas las personas, tanto es que el

⁷⁹Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México, op. cit.*, p. 28.

⁸⁰Ferrajoli, Luigi, *El fundamento de los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 157.

párrafo primero del artículo inicial de la Ley Suprema dispone como regla genérica que los derechos constitucionalmente reconocidos corresponden a “todo individuo”, con independencia de la nacionalidad, territorio, lengua, por mencionar algunas.

De lo cual se deduce que la regla general hace referencia al sujeto titular de los derechos fundamentales, como todos, esto es, sin limitación de requisitos, dado que la simple condición radica en que son dirigidos a la persona humana. Así que únicamente por exclusión sistemática, todos aquellos preceptos que incorporen a la Constitución derechos fundamentales con limitaciones de ciudadanía, no se asignan a todas las personas.

1.3.2.2.3.2 DERECHOS ASIGNADOS A LOS CIUDADANOS.

Por limitación intrínseca al texto constitucional, se reserva ó asigna una serie de derechos sólo a los ciudadanos. Los reservados para los ciudadanos mexicanos se refieren los derechos de sufragio activo y pasivo, que no es otra cosa que la elección de votar y ser votado para acceder a un cargo de representación popular; mientras que entre los derechos asignados se encuentran los de petición y asociación.

Asimismo el texto constitucional incorpora los requisitos para obtener la calidad de ciudadanía en el artículo 34 de dicho Ordenamiento como son: mayoría de dieciocho años de edad, nacionalidad mexicana y modo honesto de vivir⁸¹, mientras que el siguiente numeral 35 enumera las prerrogativas que se suman al conjunto de derechos, como los cuatro antes mencionados en el párrafo que antecede.

Esa categoría de ciudadanía también implica que el poseedor de la misma, cumpla a cabalidad las obligaciones enumeradas en el artículo 36 constitucional. Cabe señalar nuevamente que esa calidad o categoría está determinada supuestamente por un status subjetivo de pertenencia a la comunidad política, pero, objetivamente se traduce en una relación de exclusión Estado-persona humana, pues distingue entre ciudadanos y no

⁸¹ Coincido con la crítica y propuesta de derogación parcial que hace Carbonell, al señalar la imposibilidad de dar contenido a un término ambiguo, como lo es “modo honesto de vivir”, aunado al hecho de que sirve más solamente como un elemento teórico que jurídico, agregando incluso que tiene origen en una reminiscencia histórica. Para una aproximación al tema véase Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México, op. cit.*, p. 105.

ciudadanos --con todo y que ambos son personas-- ello en virtud de que la idea de ciudadanía como condicionante jurídica para el ejercicio de un derecho fundamental, rompe con la característica de universalidad del derecho⁸².

1.3.2.2.3.3 DERECHOS ASIGNADOS A LAS PERSONAS COLECTIVAS.

Como antecedente es necesario ampliar el panorama internacional en este tópico, es decir, en ordenamientos constitucionales de otras naciones como Alemania ó Portugal, se prevé la imputación extensiva de los derechos fundamentales a personas jurídicas ó colectivas; mientras que en otras latitudes como España esa aportación se atribuye al realismo jurídico, esto es, la resolución jurisprudencial de asuntos ha concluido que los personas jurídicas nacionales pueden gozar de los derechos fundamentales que resulten aplicables para ellas.

No ha sido excepción en México aunque de modo diverso el hecho de que la Ley de Amparo permita a tales personas colectivas la instauración de un juicio de garantías, por la violación de éstas, lo que se traduce en la titularidad de derechos fundamentales.

Esa conjunción de factores apunta a que las personas jurídicas ó colectivas son titulares de derechos fundamentales, derechos que se atribuirán de acuerdo con la naturaleza de aquellas, aunque normalmente son titulares de derechos tales como: la igualdad, la libertad, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de asociación, a la información, de petición, libertades económicas y tutela judicial efectiva por mencionar los más comunes.

Es importante no olvidar que la titularidad de los derechos fundamentales está limitada para los personas jurídicas de derecho público, pues en realidad éstas últimas más que derechos se delimitan por competencias o atribuciones actuando en su imperio de poder, pues la notoriedad de los derechos que se habla constituyen una limitación al poder arbitrario, que legitime al que lo ejerce, por tanto, exclusivamente los entes

⁸²Ferrajoli, Luigi, "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global"; en Carbonell, Miguel, *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, ed. 4ta., México, Ed. Porrúa, 2008, pp. 397-409.

públicos gozarán de derechos fundamentales cuando se despojen del imperio de poder y actúen en similares condiciones que cualquier persona.

1.3.2.3 HISTORICIDAD.

Los derechos fundamentales no han sido figurar inmutables o inalterables, es más, ni siquiera se puede afirmar que siempre han estado presentes; los derechos según Bobbio tienen una edad, son producto de su tiempo y de las necesidades concretas que desarrollan las sociedades y los individuos dentro de unas coordenadas espaciales y temporales determinadas⁸³. Los iusfundamentales se han convertido en referencia necesaria de la modernidad, pues constituyen la demostración de la evolución del género humano hacia un estadio de mayor bienestar, son un signo de los tiempos en palabras de Bobbio, pese a que junto al aumento de los preocupaciones y ocupaciones en torno a los derechos, se han producido en los años recientes y se siguen produciendo en la actualidad las más horribles e impensables violaciones a los mismos⁸⁴.

Los derechos fundamentales solo se entienden a través del tiempo, tan es así que la misma incorporación de esos derechos a la Constitución ha sido variante determinante en coordenadas espacio-temporales. En ese contexto los derechos van surgiendo tal como lo permiten las condiciones sociales e ideológicas; las reivindicaciones que dan sustento a los derechos no han existido siempre ni hubieran podido ser imaginadas en otros tiempos; pues inclusive el reconocimiento de ciertos derechos han sido protegidos a partir de descubrimientos científicos que afectan a la humanidad o le benefician.

Por lo tanto el desarrollo de los derechos fundamentales ha sido a lo largo de la historia acumulativa, tratando siempre de que la misma sea evolutiva ó expansiva, ya que los retrocesos acelerados en su reconocimiento son consumaciones que deponen en contra de la democracia.

Ferrajoli señala que:

"...históricamente, todos los derechos fundamentales han sido sancionados, en las diversas cartas constitucionales, como resultado de luchas o revoluciones que, en diferentes momentos, han rasgado el velo de normalidad y naturalidad que ocultaba una

⁸³Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México, op. cit.*, p. 30.

⁸⁴*Idem.*

opresión o discriminación precedente: desde la libertad de conciencia a las otras libertades fundamentales, desde los derechos políticos a los derechos de los trabajadores, desde los derechos de las mujeres a los derechos sociales. Estos derechos han sido siempre conquistados como otras tantas formas de tutela en defensa de sujetos más débiles, contra la ley del más fuerte –iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policiales o judiciales, empleadores, potestades paternas o maritales- que regían en su ausencia...”⁸⁵

De ahí que los derechos fundamentales han sido conquistas a través de las etapas históricas de la humanidad y no realidades caídas del cielo.

1.3.2.4 ESPECIFICIDAD.

La tendencia a la especificación de los derechos fundamentales representa no tanto una ampliación de las posiciones subjetivas abstractamente tutelables, sino una técnica de codificación específica dirigida a concretar históricamente la materia de los derechos de la persona reconocidos en un determinado ordenamiento. Tal técnica se propone, codificar un catálogo de derechos de la persona sin lagunas, en contraposición a otros ordenamientos constitucionales propensos a recabar la tutela de nuevas posiciones subjetivas por la vía jurisprudencial e interpretativa, sobre la base de formulaciones constitucionales esenciales⁸⁶, que bien podría explicarse como el proceso que se ha dado --como dice Bobbio-- en virtud del paso del hombre abstracto al hombre concreto, del individuo considerado solamente como ciudadano al individuo considerado en los distintos roles o estatus que puede tener en la sociedad⁸⁷. Pues a partir del surgimiento de distintos factores sociales, económicos y culturales, en el siglo XX se comienza a hablar de derechos sociales, en particular de los trabajadores y campesinos, así como de grupos minoritarios como los niños, ancianos, personas con alguna capacidad distinta, mujeres, indígenas ó enfermos, por mencionar algunos; entonces se habla de una determinación acotada en que en su calidad de personas en períodos históricos, ellos son portadores de ciertos derechos fundamentales, que surgen como necesidades y expectativas de vida.

⁸⁵Ferrajoli, Luigi, *El fundamento de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 363.

⁸⁶ Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, Ed. IJ-UNAM, 2002, p. 36.

⁸⁷Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, *op. cit.*, p. 32.

La especificación se ha producido sobre todo en el campo de los derechos sociales, en la medida de que la igualdad y la libertad genéricamente expresadas no han sido suficientes para proteger todos los intereses de grandes grupos humanos marginados o que conviven en la sociedad de forma desventajosa; finalmente es una complementariedad lo que explica Ferrajoli, al atribuir tales derechos a la clase más débil, aun y cuando en este apartado no signifique lo mismo, pues la especificación habla ya de una concreción muy delimitada de sujetos de derechos fundamentales.

1.3.3 TEORÍAS SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Los derechos fundamentales se han abordado desde distintas teorías, que para una síntesis metodológica se analizará a partir de las cinco que de alguna manera sirven de parámetro para su estudio. De dichas teorías se permite extraer un complejo y sustancioso análisis de los contenidos de los precitados derechos, pues contienen una diversidad de consecuencias, ya que cada teoría hace énfasis --según su perspectiva-- por la acentuación de la función que los derechos fundamentales cumplen como factor de legitimación del poder del Estado y como instrumento, además para la satisfacción de ciertas necesidades y aspiraciones humanas⁸⁸. De ese modo es que atento a lo perseguido por cada teoría, estas no habrán de confundirse con la temática tratada antes, respecto del fundamento de los derechos fundamentales.

1.3.3.1 TEORÍA LIBERAL.

Esta teoría, considera a los derechos fundamentales como el derecho de libertad que el individuo tiene frente al Estado. Ello quiere decir que el individuo tiene una esfera asegurada propia en la que el Estado, entendido según su experiencia histórica como la mayor amenaza para los derechos, no puede entrar; es un ámbito vital anterior al Estado, no constituido por ninguna norma jurídica, el ordenamiento lo único que puede hacer es reconocer los alcances de esa esfera preexistente y respetarla. Los derechos de libertad se entienden también como normas que distribuyen competencias entre el Estado y los

⁸⁸Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 252.

individuos, señalando taxativamente en que áreas participan y en cuales otras no pueden participar.

Esta teoría tiene un vínculo de origen con el iusnaturalismo, en tanto que concibe realidades jurídicas preexistentes al Estado y oponibles al mismo; como Bernal explica:

“...aseguran a la persona una competencia exclusiva para elegir dentro de su órbita más íntima, para escoger, sin intervenciones de lo público, cuáles son los cursos de acción a emprender, hacia dónde moverse, qué pensar, qué decir, qué escribir, en qué creer, y la integridad de sus bienes intangibles más preciados –de su cuerpo, de su imagen, de su honor- y de sus posesiones y pertenencias. Se trata de derechos reaccionales, derechos de defensa o de rechazo de las ingerencias extrañas en los campos privados del individuo...”⁸⁹

Entonces dicha teoría hace énfasis en los derechos de libertad como derecho oponibles al Estado, son derechos-barrera⁹⁰ que el individuo puede hacer valer frente al Estado y que lo pueden defender contra intromisiones de los poderes públicos.

Entonces tal teoría señala como consecuencia para la interpretación de los derechos que: *i)* la libertad que garantizan los derechos es una libertad sin más, puesto que no tiene ningún objetivo o finalidad, ya que no busca fomentar el proceso político-democrático, realizar algún valor o integrar a la comunidad política; *ii)* existe una fuerte limitación frente a las posibles intervenciones del legislador en el ámbito de los derechos, la regulación de los mismos debe ser mesurada, calculable y siempre sujeta a control; y *iii)* el Estado no tiene ninguna obligación de carácter positivo para asegurar el ejercicio de la libertad; los derechos se presentan como derechos de defensa frente a invasiones o reglamentaciones excesivas.

Según Böeckenförde, un defecto de esta teoría es su ceguera frente a los presupuestos sociales que existen para permitir o impedir la realización de la libertad; pues esta teoría no es capaz de explicar la forma en que los derechos fundamentales deben ser protegidos también frente al poder social, es decir, al ubicar a los poderes públicos como la única amenaza para los

⁸⁹Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 254.

⁹⁰Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, *op. cit.*, p. 34.

derechos, la teoría tratada delega en el patíbulo del desinterés otros ámbitos de la sociedad de los que pueden provenir esa amenaza.

Por su parte Carl Schmitt al exponer la teoría, parte de tres puntos elementales: *i)* los derechos fundamentales son derecho de defensa del individuo frente al Estado, o sea, se constituyen como ámbitos en los que el Estado no tiene competencia y en los que, consecuentemente no puede entrar; *ii)* el número de derechos que pueden ser considerados fundamentales es muy bajo, ya que sólo se reconocen como tales aquellos cuyo contenido no depende de la legislación, y *iii)* los derechos están garantizados, frente al legislador, de forma absoluta, lo que significa que el legislador no puede disponer de ellos, toda restricción debe ser del todo excepcional y en cualquier caso mesurada, limitada y sujeta a control.

Schmitt explica que:

"...para tener un concepto utilizable por la ciencia es preciso dejar afirmado que en el Estado burgués de derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que protege el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía medible en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado. Estos derechos fundamentales no son, pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de libertad de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa. Los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del hombre individual libre, y por cierto, derechos que él tiene frente al Estado, esto supone que el hombre, por virtud de su propio derecho natural entra en juego frente al Estado, y mientras haya de hablarse de derechos fundamentales, no puede desecharse por completo la idea de unos derechos del individuo, anteriores y superiores al Estado. Derechos dados al arbitrio de un príncipe absoluto o de una mayoría parlamentaria simple o cualificada no pueden honestamente designarse como derechos fundamentales. Derechos fundamentales en sentido propio son tan sólo los derechos liberales de la persona humana individual. La significación jurídica de su reconocimiento y declaración estriba en que tal reconocimiento significa el reconocimiento del principio fundamental de distribución: una esfera de libertad del

individuo, ilimitada en principio y una posibilidad de injerencia del Estado, limitada en principio, medible y controlable..."⁹¹

Razonable crítica evoca Bernal al explicar que los derechos libertad, al aspirar que sean algo más que meras declaraciones retóricas que habitan los textos constitucionales sin arrojar mayores consecuencias, exigen del Estado prestaciones y actuaciones positivas, y no solamente abstenciones --como de la distribución de competencias se deduce-- ya que se debe considerar el hecho de que las libertades, si no se acompañan de otros derechos, quedan en buena medida huecas⁹². De modo que si junto a las libertades no van conjugados los derechos de participación política y derechos sociales, no se cuenta con elementos suficientes para hacerlas realidad; pues solo en esa medida la libertad se inscribe en el horizonte de sentido que la haga posible al entrelazarse como otros derechos.

Mientras que Rawls defiende la idea de que las libertades básicas tienen un carácter prioritario y que, en consecuencia tienen una situación especial que les concede un peso específico absoluto frente a razones de bien público y frente a valores perfeccionistas; esto significa que tales libertades están fuera de la lógica de la política y del mercado, ya que son prioritarias con respecto a otras razones que pudieran existir como expectativas sociales, como lo dice el propio autor:

"...las libertades políticas igualitarias no pueden negarse a ciertos grupos sociales con el argumento de que gozar de estas libertades les permitiría bloquear las políticas necesarias para la eficiencia de la economía y el crecimiento económico. Tampoco podría justificarse una ley selectiva y discriminatoria (en tiempos de guerra) con el argumento de que sería la manera socialmente menos desventajosa de formar un ejército..."⁹³

Así también el autor sostiene que la regulación de las libertades puede y debe existir, sobre todo para lograr que dichas libertades puedan convivir de la forma más armónica posible; sin embargo, explica que la limitaciones de tales libertades no es aceptable, como se advierte de lo siguiente:

⁹¹ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Ed. Alianza, 1992, p. 169.

⁹² Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 269.

⁹³ Rawls, John, *Las libertades básicas y su prioridad*, México, FCE, 1996, p. 274.

"...debemos distinguir entre su restricción y su regulación. La prioridad de estas libertades no se viola cuando están sólo reguladas, como debe ser, para que se combinen en un esquema y se adapten a ciertas condiciones sociales necesarias para su ejercicio durable. Instituir libertades básicas, así como satisfacer los diversos deseos de los ciudadanos, impone cierta programación y organización social...".⁹⁴

De manera que las libertades en el grueso de esta teoría, son aquellas que asignan la calidad de derechos fundamentales, pues sólo en base de estas, los últimos mencionados encuentran su razón de ser.

1.3.3.2 TEORÍA INSTITUCIONAL.

Para esta teoría los derechos fundamentales ordenan ámbitos vitales objetivos, tendentes a la realización de ciertos fines, los derechos, desde pues reflejan circunstancias vitales, y al regularlas, las asumen y les confieren relevancia normativa⁹⁵.

Base de ésta teoría apertura la acción del legislativo, porque la ley no se considera simplemente una invasión de los derechos, sino que se contempla como un instrumento adecuado de concretización de los mismos, al conformar su contenido, se comienza a distinguir entre leyes que regulan a los derechos⁹⁶. Asimismo el incumplimiento de los derechos fundamentales, vulnerado por particulares ó el propio Estado, deriva en la intervención proteccionista del poder público, ya sea para regularles ó en su caso, sancionar la trasgresión.

1.3.3.3 TEORÍA AXIOLÓGICA.

Para esta teoría los derechos fundamentales reciben su contenido objetivo del fundamento axiológico de la comunidad política en la que se quieren aplicar, son expresión de decisiones axiológicas que la comunidad adopta para sí misma.

En pocas palabras los derechos fundamentales se conciben como expresiones axiológicas, su contenido como derechos basada solo en valores, los cuales deberán sujetarse según la comunidad en que se propicien; por esto

⁹⁴ *Ibidem*, p. 275.

⁹⁵ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 40.

se le crítica que las variaciones valorativas realmente son subjetivas y tienden a mutarse aceleradamente.

A la teoría se le reconoce una especie de elasticidad en la concepción de los derechos, lo que ofrece una posibilidad de solucionar las colisiones de derechos por medio de una jerarquización de valores; aunque en realidad la claridad para fundamentar de manera razonable la optatividad para el orden de valores y el sistema de preferencias aún no tiene una sólida edificación en la que se puede predecir resultados. Aunque no pasa desapercibido que en el terreno de la administración de justicia algunas decisiones han acogido esta teoría, pues delegan la reflexión jurídica en una preeminencia por el estudio moral.

1.3.3.4 TEORÍA DEMOCRÁTICA-FUNCIONAL.

Su punto neurálgico es la función pública y política de los derechos fundamentales, de forma tal que ocupan un lugar preferente aquellos derechos que contienen referencias democráticas como la gama de libertades; que edifican la construcción de proceso de producción democrática del pluralismo⁹⁷.

La interpretación desde esta perspectiva pretende funcionalizar la libertad para el fortalecimiento del proceso democrático, entonces se instrumenta la libertad con un fin, y no como principio.

1.3.3.5 TEORÍA DEL ESTADO SOCIAL.

Esta teoría apunta a la sustitución del espacio vital dominado de soberanía individual por el espacio social de relaciones y prestaciones sociales efectivas, en otras palabras, que el Estado social suplante al Estado liberal, este último que concebía al individuo rodeado de una esfera intransitable por el Estado, por el contrario, el que puntea esta teoría explica que el espacio de la persona debe ser protegido por el Estado y que además contribuya para que el individuo ejerza de manera efectiva su libertad.

Para la interpretación de los derechos fundamentales desde esta teoría, debe tomarse en cuenta que la concreta garantía de los derechos deviene dependiente de los medios financieros con que cuente el Estado. Las

⁹⁷ *Ibidem*, p. 41.

prestaciones a cargo de los poderes públicos tienen un costo y éste tendrá que ser cubierto por vía impositiva, sí los impuestos y los demás ingresos del Estado no son suficientes para cubrir las necesidades financieras, entonces los derechos no podrán ser adecuadamente garantizados; es una supeditación de la efectividad de los iusfundamentales según los recursos económicos; porque en ocasiones se habla de derechos traducidos en prestaciones.

De ese modo el Estado al momento de gastar los ingresos tiene que observar los mandatos constitucionales para priorizar los bienes jurídicos que deben ser protegidos, es una consecuencia de interpretar la Constitución conforme las luchas sociales le han vigorizado en contenido.

Los derechos sociales, son derechos fundamentales parámetro⁹⁸ -- según Peter Häberle-- en la medida en que no configuran posiciones subjetivas concretas, sino que vienen a señalar parámetros de actuación de los poderes públicos, pues constituyen lineamientos de las tareas que deben realizarse en beneficio de la comunidad.

Con ello se pretende unificar al Estado en consonancia con los derechos fundamentales, y no, dejarle abandonado como enemigo de los mismos, porque al poder público le corresponde una serie de actividades positivas que debe realizar para alcanzar los derechos consagrados en la Constitución.

1.3.4 CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La vieja usanza aborda la clasificación de los derechos fundamentales, a partir de la llamada generación de derechos, la cual debe mantenerse así según Carbonell solamente para fines pedagógicos, pues tiene la virtud de que pone de manifiesto que los derechos fundamentales no han aparecido de golpe ni estaban ya contemplados, tal y como hoy en día los conocemos, en las primeras declaraciones de derechos e insertados en los primeros ordenamientos constitucionales, aclarando además que dicha clasificación genera más confusión, particularmente negativa para el estudio de la clase normativa de los derechos sociales, porque en ocasiones su explicación no corresponden en una línea histórica uniforme, que justamente sustente su vocablo teoría de las generaciones⁹⁹.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 43.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 45.

Pasado lo anterior, se aborda la clasificación pretendida desde la teoría del derecho, en la que Atienza explica que para lograr identificarlos como clasificados los derechos fundamentales, debe distinguirse la modalidad activa (asignada al titular del derecho), la modalidad pasiva (asignada al sujeto obligado por el derecho; luego la modalidad activa puede expresarse a partir de los siguientes cuatro conceptos: derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad; mientras que la modalidad pasiva se podría expresar a partir de otros cuatro conceptos: deber, no-derecho, incompetencia y sujeción¹⁰⁰.

De la conjugación de las ocho figuras si se explicase que una persona tiene un derecho, esto se traduce en que el titular está situado en alguno de los cuatro supuestos, mientras que la obligada por un derecho fundamental, también se sitúa en alguna de sus cuatro opciones; combinación que produce situaciones jurídicas diferentes.

Así Atienza desmenuza por un lado los relativos a la modalidad activa y otros relativos a la modalidad pasiva, en el siguiente contexto. Por ejemplo el derecho subjetivo:

- a. Cuando la conducta del sujeto obligado es de carácter positivo (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B debe hacer algo, debe actuar de alguna forma) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B que realice la conducta X es facultativa (es decir, A puede no exigir a B que realice la conducta X a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). Por ejemplo el derecho a la cultura, derecho mismo que obliga al poder público a realizar acciones positivas, pero el titular del derecho no tiene por qué exigir o colaborar con ellos en esas acciones¹⁰¹.
- b. Cuando la conducta del sujeto obligado es de carácter positivo (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B debe hacer algo, como el caso anterior) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es obligatoria (es decir, A está obligado a realizar algún

¹⁰⁰Atienza, Manuel, "Una clasificación de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 4, 1986-1987, p. 31.

¹⁰¹*Ibidem*, p. 37.

comportamiento para que B pueda satisfacer el derecho de A mediante la conducta X). El ejemplo sería el derecho a la educación, pues el Estado debe desplegar conductas positivas (construir escuelas, pagar salario a profesores, entre otras), pero para realizar el derecho puede exigir al titular que también realice una conducta (inscribirse al curso, asistir a clases, pagar una cuota de mantenimiento, por mencionar algunas). Entonces se está en presencia de un derecho-deber, pues se trata de conductas diferentes, cuya interconexión mantienen la existencia de tal derecho¹⁰².

- c. Cuando la conducta del sujeto obligado consiste en un no hacer, en una omisión (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B no haga algo, que no realice determinada conducta) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es facultativa (es decir, A puede no puede exigir a B que se abstenga de realizar la conducta X, omisión a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). Por ejemplo el derecho de propiedad, en donde la conducta de los obligados consiste dentro de una de sus facetas, en no invadir la propiedad del titular del derecho, aunque ese titular puede permitir que otras personas utilicen su propiedad, prestando con ello el consentimiento para que la obligación omisiva que se desprende del derecho deje de existir¹⁰³.
- d. Cuando la conducta del sujeto obligado consiste en un no hacer, en una omisión (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica de B no hacer algo, que no realice determinada conducta) y la conducta de A respecto su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es obligatoria (es decir, A tiene el deber de exigir a B que se abstenga de realizar la conducta X, omisión a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). Por ejemplo el derecho a no ser sometido a tortura, en esta caso el consentimiento del afectado no puede darse, ya que

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ *Ibidem*, pp.37 y 38.

la exigencia de la omisión de torturar es obligatoria para el titular del derecho.

Respecto del concepto de libertad operan las mismas condiciones, empero respecto del concepto potestad se pueden identificar cuatro distintas situaciones:

- a. Potestades de los particulares cuyo ejercicio es facultativo, el ejemplo es el derecho del voto, pues los órganos públicos como sujetos pasivos, serían destinatarios de una norma que establecería su sujeción a la voluntad del titular de la potestad.
- b. Potestades de los particulares cuyo ejercicio es obligatorio; otra vez de ejemplo sirve el voto, en el caso de que la Constitución de un país disponga que ir a votar es obligatorio para quienes cumplan con los requisitos necesarios (es el caso de la Constitución mexicana, según el artículo 36, fracción III)¹⁰⁴.
- c. Potestades de los órganos públicos cuyo ejercicio es facultativo, reconociendo que estos supuestos son en verdad excepcionales ya que las modernas declaraciones de derechos tienen por objeto limitar a los poderes públicos. Por ejemplo en México la facultad del Congreso de la Unión para crear mediante una ley universidades públicas autónomas, pero en caso de hacerlo deberá respetar esa ley el contenido esencial de la autonomía universitaria que señala la fracción VII del artículo 3º, constitucional.
- d. Potestades de los órganos públicos cuyo ejercicio es obligatorio, por ejemplo, proteger la salud de la colectividad, el medio ambiente; son ejercicios de potestades que hacen surgir derechos y deberes para el titular del derecho.

Por su parte la inmunidad se realiza cuando el titular de un derecho se encuentra a salvo de las conductas que puede realizar otro sujeto respecto del objeto de un derecho, es decir, un sujeto A tiene inmunidad frente a B cuando cualquier conducta de B no puede afectar, modificar o alterar el derecho X de

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp.40.

A, ya que respecto de X el sujeto B es incompetente, como por ejemplo la no afectación de forma retroactiva respecto de derechos adquiridos.

En esa estructura lingüística, puede deducirse que una norma de derecho fundamental crea una relación jurídica entre un sujeto activo y un sujeto pasivo, dado que la norma puede conceder al activo un derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad; mientras que al activo le asigna un deber, un no-derecho, sujeción ó incompetencia; es decir, es la conjugación de una compleja cadena de relaciones jurídicas, que a final de cuentas sirven para descomponer las posiciones que asumen el titular y el obligado del derecho fundamental que se trate; lo anterior concibe al tratamiento de una clasificación estructural de los derechos.

Con la aclaración de que los derechos fundamentales identificables en la doctrina, dentro del derecho positivo no tienen la misma suerte, pues sucede que en ocasiones diversas disposiciones pueden contemplarse un mismo derecho, o un artículo legal contemplar una variedad de derechos fundamentales, lo que compone de alguna manera la interrelación de los derechos, pues en esa tesitura unos dependen de otros en cierta medida¹⁰⁵.

¹⁰⁵Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México, op. cit.*, p. 51.

1.4 CAMBIO DE PARADIGMA ESTADUAL.

En repetidas ocasiones diversos teóricos han dicho que a partir de la segunda guerra mundial se está suponiendo --con mejor connotación sería asumiendo-- un cambio de paradigma dentro de la cultura jurídica y política¹⁰⁶, el cual se ha ido construyendo lentamente, pero en los últimos años con mayor densidad; y tal edificación parte con relevancia de la pertinencia de seguir el discurso de los derechos fundamentales, pues con aquella degradación humana iniciada se originó un laboratorio político que engendró la retórica de los derechos y con ello se motivó un paralelismo a la retórica de la democracia. Así es que nace la importancia de que el paradigma estadual reivindique sus interpretaciones y contextualizaciones en mira a los derechos fundamentales sin sustraerles su valor¹⁰⁷.

Entonces, tomando en consideración que el Estado, es una realidad político institucional que ha ido evolucionando a lo largo de los años, hasta llegar a lo que hoy en día se denominan Constituciones democráticas, siguiendo el hilo conductor que propone Fioravanti para lograr una explicación sistemática de tal evolución, la cual en realidad se adecua a la historia de Europa, sin embargo de mucho sirve para ubicar identidad de circunstancias sucedidas en nuestro país.

Proponiendo de esa manera que, el Estado ha circulado por tres diferentes formas: Estado jurisdiccional, Estado de Derecho y --actualmente-- Estado Constitucional, ya que durante cada etapa --por así llamarlo-- el Estado ha sido una realidad territorial institucionalizada que se gobierna en su conjunto, bajo reglas escritas, estas cada vez más disciplinadas y regladas, con la intención de reconducir su objeto hacia una prospectiva común, y que se encarga su ejercicio a los poderes de *imperium*¹⁰⁸. De ahí que para su mejor comprensión sea necesario dividir el estudio en cada una de las formas propuestas de evolución estadual.

1.4.1 ESTADO JURISDICCIONAL.

¹⁰⁶ Aguiló, Josep, "Tener una Constitución, Darse una Constitución y Vivir en Constitución", *Isonomía*, Alicante, núm. 28, Abril 2008, p. 69.

¹⁰⁷ Vitale, Ermanno, "Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales", *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁸ Fioravanti, Maurizio, *El Estado Moderno en Europa, Instituciones y Derecho*, Madrid, Ed. Trotta, 2008, p. 15.

El Estado comienza a componerse a partir de que en un territorio se da un gobierno que despliega funciones tales como: administrar justicia, imponer tributos, defender el propio territorio, tutelar por el orden social y la paz. Explica Fioravanti en ese sentido que el Estado moderno europeo es resultado de la resistencia así como de la colaboración coordinada y equilibrante, entre dos polos: la concentración e institucionalización¹⁰⁹, funciones mismas que determinan la participación del gobierno hacia una especie de bien común.

Asimismo continúa el citado autor exponiendo que el Estado Jurisdiccional tiene tres características sobresalientes:

- Un territorio, entendido en sentido unitario, pero en el cual la unidad está precedida, lógica e históricamente por las partes que lo componen, en el sentido de que quien gobierna el centro está siempre obligado a presuponer la existencia de una densa tropa de sujetos (ciudades, comunidades, entre otras) que no pueden ser consideradas secciones del conjunto.
- Un derecho, es un derecho común que no es jerárquicamente superior respecto de los derechos de las partes y los lugares, sino que está volcado en la racionalización.
- Un gobierno, que no actúa a través de una administración delegada para expresar en todo lugar, tanto en el centro como en cada punto de la periferia, la presencia y fuerza del *imperium*, es a través de la jurisdicción, que permite de manera elástica gobernar una realidad territorial compleja¹¹⁰.

De ese modo es fácil advertir que el Estado llamado jurisdiccional tiene marcadas diferencias con lo que fue el Estado absolutista, pues en el primero existieron funciones estatalizadas legitimadas de *imperium*, como se ha dicho al ejercer la función jurisdiccional, imponer tributos e incluso llamar al ejército para levantarse en armas, mientras que el Estado absoluto en su connotación se entiende como la propensión de que las monarquías subyugaran los poderes de los Consejos, para trabajar solo en cooperación con el monarca, en palabras de Fioravanti:

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 17.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 18.

"...está bien claro que significa absolutismo político: la tendencia de la monarquía a operar, con éxito en algunos casos, con dificultad en otros como en Inglaterra, en sentido monocrático, eliminando cada vez más las distintas formas de reparto del poder que se habían estratificado en el tiempo..."¹¹¹

Además se habla de que la ruptura entre los Estados absolutista y jurisdiccional, se aprecia atento a que éste último tuvo ausencia del principio de la soberanía, traducida en la pretensión de exclusividad de dominio monopolista de los poderes y del derecho mismo; pues ello involucra la capacidad de producir la abrogación íntegra del derecho de los otros, esto es, de la pluralidad de ordenamientos extendidos en el territorio, que el Estado Jurisdiccional racionalizaba y componía unitariamente pero no eliminaba como el Estado absoluto.

Y ese resultado de que el derecho del soberano¹¹² prevalezca sobre cualquier otro derecho, hasta el resultado último de la abrogación, tiene un dilema, pues no siempre tendrá coherencia, en ese caso los jueces pueden integrar lagunas que encuentren en las ordenanzas del soberano eliminando parcialmente la disconformidad entre sí, dando así la necesidad de la codificación, como textos normativos más completos.

Lo dicho permite distinguir que el dominio territorial --propio del Estado Jurisdiccional-- difieren también del Estado absoluto, porque el primero se limitaba con frecuencia a garantizar el equilibrio de las fuerzas y de los ordenamientos del territorio, mientras que el restante contenía una política económica, con una fuerza militar y fiscal reconocida y directamente dependientes del soberano.

Incluso el Estado Jurisdiccional se caracteriza por su virtud de elasticidad, consistente en que en su interior distintas disposiciones y equilibrios entre los polos, bien hacia la herencia medieval, con una relevancia

¹¹¹ *Ibidem*, p. 19.

¹¹² Maurizio Fioravanti, explica que: "...el derecho del soberano, no es sólo como el genéricamente más autorizado, sino que contiene en sí mismo una especie de *fuerza especial y suplementaria* que lo legitima para sustituir los otros derechos, para abrogarlos, y justamente esa "fuerza especial" no es otra cosa que aquello que buscábamos, es decir, la *soberanía*. Y es exactamente lo que no tenían los señores territoriales anteriores al Estado absoluto, ya que su formación aunque autorizada, servía para racionalizar la pluralidad, para aumentar el peso del derecho común, pero no para abrogar en nombre de una presunta calidad superior de su derecho..."; Fioravanti, Maurizio, *El Estado Moderno en Europa, Instituciones y Derecho*, op. cit., p. 21.

prevaleciente del polo de la pluralidad, bien hacia la parte opuesta, hasta casi tocar el nuevo principio-guía de la soberanía, como en los Estados absolutistas¹¹³.

Él mismo autor afirma que durante la fase del Estado Jurisdiccional sí tuvo una constitución, comprendido como el ordenamiento capaz de organizar el proceso de gobierno y las relaciones entre los distintos poderes y los sujetos agentes del territorio, llamada *constitución estamental*¹¹⁴.

La base del texto constitucional referido, fue el pueblo entendido como una realidad histórico-constitucional concreta en la que se asocian, dentro de un territorio dado, una multiplicidad de sujetos colectivos, de ordenes, de ciudades, a través de una serie de pactos, que tienden a preservar la identidad --incluso en sentido jurídico-- de los sujetos singulares pero reconociendo al mismo tiempo la existencia del todo, del pueblo en si.

Para la disquisición precedida, conviene coligar lo dicho por Fioravanti:

"...Este pueblo tiene su propio señor, que puede ser un rey, titular de amplios poderes de *imperium*, pero que por fuerte y potente que sea está destinado a detenerse frente a la existencia de un pueblo que porta una serie de derechos y ordenamientos concatenados entre ellos que, como resultado final, dan la ley fundamental de un territorio que el señor no puede cambiar arbitrariamente a su capricho. Si esto sucediese, el pueblo podría ejercitar, contra el señor o contra el monarca, a través de las asambleas representativas y a través de los propios oficiales y magistrados el derecho de resistencia, no con la finalidad de subvertir el ordenamiento histórico constitucional existente sino, por el contrario, para reafirmarlo, defenderlo en su integridad contra un poder convertido en tirano..."¹¹⁵

Así ese tipo de constitución podría entenderse como una auténtica forma de organización general de las relaciones políticas y sociales, dotada de una racionalidad interna, que ha gobernado la suerte del derecho público por mucho tiempo, sin embargo, tal constitución estamental haya su ruptura en la progresiva evolución del principio de soberanía así como en el reconocimiento de los derechos naturales individuales.

¹¹³ *Ibidem*, p. 24.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 30.

¹¹⁵ *Idem*.

Ya que ahora se asiente la expresión de algo más abstracto, que es la voluntad de los individuos que han salido del estado de naturaleza precisamente reconociendo la autoridad de ese soberano, y en particular autorizándolo a representarlos, de manera que constituyan un pueblo, una forma política ordenada, en la que son posibles los derechos individuales. Por tanto la ruptura fundamental y que da origen a una nueva forma de Estado, se debe al movimiento de revolución, porque su resultado culmina aquel salto que sólo era posible al desplegar completamente la fuerza del principio-guía de la soberanía política, y produce así una ruptura, una Constitución y una nueva forma de Estado.

1.4.2 ESTADO DE DERECHO.

El cambio del Estado Jurisdiccional, que consistía en el protagonismo de la función precisamente de juzgar, halla una redimensión pues el conjunto de la actividad no puede ser solamente considerada como un gobierno territorial, porque se reducía a ser mero aplicador mecánico y uniforme de la supuesta voluntad soberana contenida en ley.

Justamente la redimensión nace a partir del artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, al disponer que la ley es expresión de la voluntad general, lo mismo que decir que, toda la nación es escuchada, representada, para determinar su realidad política. Activándose ello ya sea mediante la democracia directa, cuando el pueblo soberano es protagonista de la deliberación de la ley, o por la democracia representativa, mediante la creación artificial de la representación política a nivel nacional, capaz de expresar la ley como producto de la voluntad general.

Atendiendo a que la ley como nueva forma de Estado, marca la pauta de identidad, pues el orden jurídico contiene --al menos se supone-- la voluntad de la nación soberana. Dando también de modo indirecto una recuperación del poder a los jueces, pues se apropian de la facultad de interpretar dicha ley.

Siguiendo a Fioravanti, explica que esta forma de Estado contiene varias características, entre las principales: el protagonismo de la ley, entendida como la expresión de la voluntad general y de la soberanía de la nación, la ejecución de la ley por conducto de la administración pública, pues se crea la función

administrativa en la operatividad del Estado, es lo que el autor denomina *Estado legislativo y administrativo*¹¹⁶.

También se haya el principio de la igualdad, al sustituir los privilegios a la clase burguesa, para instituirlos en la sociedad como derechos individuales para todos, evitando hacer diferencias en esa imputación de derecho. Puesto que la soberanía emerge en forma limitada, ya que tiene la finalidad exclusiva de generar una ley positiva estatal que garantice los derechos de los individuos bajo la condición de igualdad. Es una marcada dependencia e interrelación existente entre soberanía, derechos individuales y principio de igualdad. Existió una relación del derecho de la ley del Estado y el derecho de los individuos en igualdad de circunstancias.

El Estado de Derecho haya también la características de que en él se asegura la garantía de la libertad individual, que pone freno al poder público, una técnica de división de poderes --que en realidad es la división de funciones para el ejercicio del poder único e indivisible-- para limitar a éste y lograr su domesticación. Existe la aseveración de que para estar en presencia de un Estado de Derecho, éste debe tratarse de una organización política que cree, garantice, y al mismo tiempo, sea fiel observante de ese ordenamiento jurídico que crea y garantiza¹¹⁷. Es la base de afirmar que en el Estado de derecho, la ley creada debe también ser aplicada, pues es producto de la voluntad del pueblo, mediante la idea de la representación política.

Viene a colación que luego de la Revolución francesa surge un nuevo modelo político institucional conocido con el nombre Estado legislativo o de derecho, que deja una fase precedente caracterizada por la convivencia un tanto armónica de distintas fuerzas políticas y ordenamientos, y en la que la función por excelencia era la jurisdiccional pues procuraba dar equilibrio a las funciones del Estado; no obstante tal paradigma surgió en base al principio guía de la soberanía que consistía en el monopolio de la producción legislativa.

De esa manera la majestad soberana radicaría en la ley, y por ello dice Fioravanti:

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 25.

¹¹⁷ Díaz García, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 4ta. ed., Madrid, Ed. Cuadernos para el Diálogo, 1972, p. 13.

“...la función legislativa, se sitúa en el primer puesto entre las funciones, por un motivo que aparece enunciado de manera lapidaria en el artículo 6 de nuestra Declaración de derechos: La ley es expresión de la voluntad general. Lo que equivale a decir, cuando la ley sale a la luz, debemos presumir que en ella está contenida la voluntad general, es decir, la realización del proyecto de la Revolución misma, consistente en la afirmación de una única voluntad, expresión de toda la nación, frente a la multitud de voluntades que antes caracterizaban las realidades políticas territoriales [...] Los Jueces vienen después, y sobre ellos recae la sospecha de que puedan tener la ambición de restaurar el protagonismo perdido aumentando desmesuradamente su poder de interpretar la ley...”¹¹⁸

Entonces claramente se aprecia que durante esa etapa el modelo institucional se basó en el órgano legislativo pues éste se pensaba como el condensador de las expectativas de los ciudadanos mediante la herramienta de la ley como mejor y única opción, amén de que no admitía en ese entonces controles externos la propia producción normativa.

Lo anterior tenía su base en que la sociedad percibía como única garantía el principio de legalidad, pues solo así el ciudadano restringía la arbitrariedad de la administración pública y realización del llamado bien común; pues la norma constitucional organizaba la competencia de los poderes públicos.

Dadas las anteriores premisas del Estado de derecho, podemos deducir que los rasgos esenciales del mismo son: la existencia de los derechos individuales --predominantemente la libertad individual-- la división de las funciones para el ejercicio del poder, el ejercicio de las funciones estatales conforme a la ley, o *principio de legalidad*, del mismo deriva el imperio de la ley¹¹⁹.

Es conveniente explicar que el principio de legalidad, también engloba el de seguridad jurídica, en la manera en como aquellas restricciones que son respetadas por las autoridades ello genera certidumbre en los destinatarios de las normas, mientras que tratándose de normas facultativas, éstas acotan en la medida necesaria y razonable tal atribución, forma en la cual se impide actuar

¹¹⁸Fioravanti, Maurizio, *El Estado Moderno en Europa, Instituciones y Derecho*, *op. cit.*, p. 24.

¹¹⁹Báez Silva, Carlos, “Las decisiones judiciales: entre la motivación y la argumentación”; en Baez, Carlos, Cienfuegos, David y Guerrero, Sergio Arturo (coords.), *Estudios sobre Interpretación y Argumentación Jurídicas*, México, Ed. Laguna, 2009, p. 14.

al poder público de forma arbitraria, en atención a las normas que marcan la pauta de su actuación.

Es posible al explicar al Estado de derecho, como un Estado limitado por el derecho positivo, creado por poderes constituidos en el mismo Estado, siempre y cuando se tenga presente el principio de la soberanía popular y la representación política. Ya que aun cuando el Estado está limitado por un derecho que el mismo crea, compréndase que el órgano legislativo encargado de dotar de obligatoriedad la ley es el que representa directamente al pueblo, y ello significa la expresión de la voluntad popular, como básica representación libremente elegida¹²⁰.

De similar manera, cabe hacer énfasis en la distinción que Luigi Ferrajoli formula respecto al concepto de Estado de derecho, quien explica que en sentido lato designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos, mientras que en sentido fuerte ó sustancial, designa aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además sujetos a la ley, y por ello limitados no sólo en lo relativo a las formas, sino también respecto de los contenidos¹²¹; contenidos como pueden ser principios de división de poderes, de derechos fundamentales, de dignidad humana, por mencionar algunos.

Y aquí es donde Ferrajoli comienza a transitar la vereda importante de su aportación, pues identifica que los dos conceptos abordados corresponden a modelos jurídicos divergentes, que él llama, el modelo *paleo-positivista del Estado legislativo de Derecho ó Estado legal* que surge con el Estado moderno con el monopolio de la producción jurídica y el modelo *neo-iuspositivista del Estado constitucional de derecho ó Estado constitucional* (éste último se abordará en el siguiente subtema) producto del efecto de irradiación agresiva posterior a la Segunda Guerra Mundial¹²².

¹²⁰Díaz García, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática, op. cit.*, p. 31.

¹²¹Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de Derecho"; en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ra. ed., Madrid, Ed. Trotta, 2006, p. 12.

¹²²*Ibidem*, p. 14.

La evidencia en la primera transformación en el Estado legislativo de Derecho¹²³, es decir, en la naturaleza y estructura del Derecho, se genera por la afirmación del monopolio estatal de la producción jurídica y por tanto del principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho válido, contiene tres alteraciones, una corresponde a que en el Derecho premoderno de formación no legislativa, sino jurisprudencial no había unificación del sistema, al contrario existía una diversificación en las fuentes procedentes de distintas instituciones, de las cuales ninguna ostentaba el monopolio de esa producción; algo parecido como la creación normativa del Derecho común que su validez dependía de la intrínseca racionalidad o justicia de contenidos, que hallaba su fundamento en el iusnaturalismo; mientras que el positivismo correspondía a la refundación del Derecho sobre el principio de legalidad como una garantía de seguridad y libertad frente al arbitrario y fungía como criterio de identificación del Derecho válido, con independencia de su valoración como justo, es decir, bastaba que el Derecho fuese puesto por la autoridad legislativa competente para afirmar su fuerza, con lo cual se comienza el Estado legislativo de Derecho¹²⁴.

El siguiente cambio --en la ciencia jurídica-- se aprecia que en el período premoderno la ciencia jurídica, al ser el Derecho no puesto como su objeto sino por tradición y constantemente reelaborado por la sabiduría de los doctrinarios, era una identificación inmediata de hecho con el Derecho. Empero con la afirmación del principio de legalidad expone el autor, la ciencia jurídica deja de ser una ciencia inmediatamente normativa para convertirse en una disciplina tendencialmente cognoscitiva, es decir, explicativa de un objeto, autónomo y separado de ella¹²⁵.

Mientras que el cambio en la jurisdicción, que deja de ser producción eminentemente jurisprudencial o decisoria del Derecho y se somete a la ley y al principio de legalidad como únicas fuentes de legitimación. Ya que ahora no son ya los doctrinarios como productores del Derecho, sino la autoridad revestida de legalidad para crear la norma. Pues el hecho de que la ley sea

¹²³Ferrajoli atribuye que la evolución tratada sufrió tres distintas alteraciones, que dieron como resultado un triple cambio del paradigma *a)* en la naturaleza y estructura del Derecho, *b)* en la naturaleza de la ciencia jurídica y *c)* en la de la jurisdicción. *Idem*.

¹²⁴*Ibidem*, pp. 15-16.

¹²⁵*Idem*.

preestablecida por una autoridad, sirve para transformar el juicio de verificación de lo que ha sido preestablecido por la ley, y ésta sirve supuestamente para dar fundamento a todo el complejo de garantías, en esencia a la seguridad jurídica.

Es oportuno también añadir que el Estado de Derecho, cuenta con una constitución particularmente liberal, que suministró el equilibrio de poderes, la normatividad de los derechos, origen del derecho administrativo como orden jurídico destinado a regular evolutivamente a los poderes públicos y conceder oportunidad a los particulares de recurrir los actos autoritarios, someter algún poder al control del juez ó a la propia ley del soberano.

Luego el modelo del legislador incuestionable entró en crisis aparejado del principio de soberanía, pues ya no era suficiente concebirlo como la voluntad suprema del productor normativo expresado en la ley, sino como la manifestación de diversas voluntades arraigadas en los derechos, y otorgando a la actividad jurisdiccional la posibilidad de vigilar que no aparezca una desviación de la voluntad soberana de normas positivadas que vayan en detrimento de valores constitucionales subyacentes, es como se transita el referido Estado de derecho al constitucional ó democrático, es tener en cuenta las transformaciones de la idea de Constitución histórica entendida como ordenamiento que es conformado, entre otros aspectos, por los diferentes textos constitucionales que han estado vigentes en un determinado momento histórico pero cuyo contenido forma un cuerpo orgánico, expresión de las diferentes expectativas, exigencias sociales, así como de los diversos movimientos políticos que son el vehículo en el que se han condensado y manifestado tales anhelos. Desde esta perspectiva la Constitución rebasa lo meramente normativo, aludiendo a dimensiones culturales¹²⁶, pero tales dimensiones culturales comprenden una fuerte influencia en el cambio del paradigma constitucional del que se viene hablando, pues justifican la reestructuración en el papel que juega la Constitución en estos días.

Pues la eficacia normativa de cualquier Constitución se asegura mediante los mecanismos jurisdiccionales que garantizan su regularidad ó

¹²⁶Häberle, Peter, *Constitución como cultura*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 71 y 72.

uniformidad, pues es necesario juridificar el conflicto entre las leyes y los principios fundamentales que expresan la identidad de la colectividad nacional.

1.4.3 ESTADO CONSTITUCIONAL.

Entrando al estudio es útil recordar que la Declaración francesa hizo aportaciones importantes al constitucionalismo moderno y, en esa idea al Estado constitucional --de cuyo cambio de paradigma se está hablando-- tal como Peter Häberle lo explica bajo las siguientes bases:

- “El carácter escrito de las constituciones.
- Los derechos fundamentales como derechos innatos e imprescriptibles de toda persona.
- Las declaraciones o tablas de derechos en su conjunto, así como también los derechos individuales.
- La idea de codificación y positivación del derecho.
- La doctrina del Poder Constituyente del pueblo, siguiendo las ideas de Sieyés.
- El concepto de ley como expresión de la voluntad generada en el sentido de Rosseau, junto con el procedimiento legislativo, que en palabras de García de Enterría, lo llama la “legalización general del ejercicio del poder, de cuya idea se va a nutrir todo el nuevo derecho público europeo”¹²⁷.

Precisamente aquí Ferrajoli desde su reflexión indica que se actualiza --en otra etapa-- la subordinación de la legalidad misma a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez; de modo que aparece una nueva manera de condicionar la validez de la ley no sólo a la forma de su producción, sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales, dado que en el paradigma *paleo-iuspositivista* la vigencia de las normas se había dissociado de la justicia, aún tras el contraste con las normas constitucionales¹²⁸.

Para el tratadista italiano, la ciencia jurídica al tiempo muta el estatuto epistemológico, a la que la posible divergencia entre Constitución y legislación

¹²⁷ Carbonell, Miguel (Coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, Voz: Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789, México, Ed. Porrúa y UNAM, 2002, p. 123.

¹²⁸ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”; en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 18.

confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto; ello quiere decir que, en el Estado constitucional de Derecho la Constitución no impone exclusivamente la formalidad para la generación normativa sino que a la par limita, prohíbe y obliga al productor legislativo, con el componente elemental de los derechos de libertad, derechos sociales, no trasgresión de principios, pues de modo contrario, la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas¹²⁹.

Lo que caracteriza al Estado constitucional actual es precisamente la presencia en él de muchos elementos mezclados entre sí, que han caracterizado la existencia del Estado moderno en distintas épocas, no sólo del Estado de derecho sino también del Estado jurisdiccional, pues en el Estado constitucional está presente su vocación pluralista, como también el papel protagonista de la jurisdicción, indispensable para el equilibrio del conjunto.

Puede considerársele hasta como un resultado del conjunto en el que confluye y se precipita toda la experiencia del Estado moderno, en sus distintos aspectos en su búsqueda de un centro y de una ley como expresión de unidad nacional, pero también con su amplia tradición pluralista, radicada en los muchos siglos anteriores a la revolución, conectada siempre con un papel activo, no de mera aplicación, de la jurisprudencia.

En tanto que por efecto directo la jurisdicción se altera, puesto que la ley aplicable sólo será aquella constitucionalmente válida, cuya aplicabilidad se determina mediante un juicio sobre la norma en la que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad cuando no sea posible adecuarla a los postulados de la Constitución. A razón de ésta variación se aprecia --para el autor-- una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, el primero el señalamiento de antinomias y lagunas, y, el segundo, la superación de estas por medio de las garantías existentes ó la proyección de las faltantes.

Esta situación transforma a la soberanía en la voz de los derechos, pues produce un pluralismo político, dejando a un lado el positivismo exacerbado, envolviendo ahora un positivización de la moral ó valores axiológicos; estos

¹²⁹ *Idem.*

últimos utilizados como instrumentos en la limitación del poder público, es decir, los derechos humanos no pueden ser trasgredidos, y por ello se dota a los jueces de medios de protección que garanticen el llenado de contenidos de esos derechos, esto es, la supresión del derecho por máximas indiscutibles llamados derechos.

Se dice que el neoconstitucionalismo es el producto de la unión de lo mejor de los dos tradicionales modelos de constitucionalismo francés y norteamericano, pues del primero se recoge el extenso listado de derechos, y del segundo los mecanismos que garanticen la eficacia de estos¹³⁰ como lo señala Giancarlo Rolla:

“...una primera y significativa relación entre los derechos fundamentales de la persona y la justicia constitucional consiste en el hecho de que ambos representan dos bases del moderno constitucionalismo democrático, cuya coexistencia es necesaria para definir un determinado ordenamiento como Estado democrático de derecho”¹³¹

Esta situación deriva en que la confrontada confusión entre derechos y garantías se reformule delimitando el significado de cada uno, entonces, las garantías son los medios de protección y defensa de los derechos constitucionales, cuya violación debe ser resarcida para evitar una rasgadura del propio texto constitucional y por tanto, conceder la preeminencia de los derechos fundamentales sobre las demás instituciones, en tanto que la validez de las leyes ahora está predeterminada por su coherencia en la no afectación de los derechos, dando sustancia al contenido de los mismos. Y ese avance se logra con la institucionalización de mecanismos procesales para la tutela de los derechos que les asegura el estatus de máximas intocables.

Tan es así que en la teoría más reciente teoría de los derechos humanos la ausencia de garantía, y por tanto ineficacia de los primeros llega a considerar a un derecho positivado constitucionalmente como un “no derecho”¹³², pues como bien lo pinta Danilo Zolo, que no son propiamente derechos subjetivos las expectativas carentes de un aseguramiento real, aunque estás se

¹³⁰ SCJN, *La noción de los derechos en la historia del Constitucionalismo Mexicano*, *op. cit.*, p. 57.

¹³¹ Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, *op. cit.*, p. 126.

¹³² Bovero, Michelangelo, “Tutela supranacional de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 8.

encuentren reconocidas normativamente¹³³; lo que solo da lugar a un constitucionalismo de fachada¹³⁴ que hace de los derechos una función meramente decorativa.

Por su parte la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino al mismo tiempo en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite y a la vez la completa. Un límite en palabras de Ferrajoli porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos; y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático¹³⁵.

Ahora bien, se ha tocado el tema de que la realidad internacional misma que ha cambiado al paradigma del Estado constitucional de derecho, noción que permite explicar la nueva y destacada importancia que los derechos fundamentales tienen en juego de la vida política, y por tanto constitucional del país, como Ferrajoli explica atinente al tema:

“...el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus Constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica. Esto conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico: a) en el plano de la teoría del derecho supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; b) en el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial; c) en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley; al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de

¹³³Zolo, Danilo, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales”, *Isonomía*, Alicante, núm. 22, 2006, pp. 35-51.

¹³⁴Cárdenas, Salvador (coord.), *La Constitución mexicana y sus alegorías*, México, Ed. SCJN, 2006, p. 122.

¹³⁵Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”; en CARBONELL Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 19.

las formas y las condiciones de su sujeción a la ley; d) por último, en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto...¹³⁶

Esa serie de condiciones configuran novedosas explicaciones para el fortalecimiento constitucional de las instituciones limitativas aglomeradas como derechos humanos, cuya trascendencia se reconoce precisamente a nivel constitucional, y la cual no puede pasar desapercibida para un especialista en esa materia, ya que precisamente es una condicionante teórica externa que adecua los postulados constitucionales¹³⁷.

Es importante incluso explicar que el Estado constitucional de derecho trae aparejada como suerte de legitimación la justicia constitucional, pues evidencia los actos del poder público que no sean acordes a la protección y eficacia de los derechos fundamentales, como lo explica Cossío Díaz al identificar que la justicia constitucional es resultado de la integración del Estado democrático, Estado liberal y Estado social¹³⁸; todos fieles combatientes en esa emancipación de la democracia en pro del paradigma recién abordado.

El Estado constitucional de derecho, implica además que la nueva concepción del fenómeno jurídico son teorías dispersas que convergen en una nueva actitud hacia el Derecho, presidida con regularidad por cierto neorrealismo y cierto neoiusnaturalismo¹³⁹. Lo cual tiene relación con lo dicho por Alfonso García quien señala que del conjunto de teorías aglomeradas en el paradigma neoconstitucional destacan cuatro aspectos; el material que consiste en la recepción del sistema jurídico de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de derechos fundamentales; el estructural de la constitucionalización del ordenamiento tiene que ver con la estructura de las

¹³⁶Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *op. cit.*, p. 20.

¹³⁷Vitale, Ermanno, "Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales", *op. cit.*, p. 50.

¹³⁸Cossío, José Ramón, "Constitutional justice in Ibero-America: social influence and human rights", *Mexican Law Review. New Series*, México, Volume II, nom. 1, July-December 2009, p. 153; el autorescribeque: "...constitutional justice is the result of three great political-legal syntheses: the democratic state, the liberal state and the social state..."

¹³⁹Es neorrealista, pues se expresa en el tránsito desde el sistema jurídico a la argumentación jurídica, y, neoiusnaturalista, pues se expresa en el tránsito desde la argumentación meramente jurídica a la argumentación moral. Véase García Figueroa, Alfonso, "Haciendo justicia desde el lado activo del derecho. Teoría de la argumentación y teoría del derecho", *Revista de Ciencias Sociales*, Chile, núm. 3, 2000, pp. 193-218.

normas constitucionales; el funcional expresado a través del tipo de argumentación que éstas fomentan¹⁴⁰; el político representa las importantes consecuencias en la relación de fuerzas de los poderes del Estado, entre la más importante se advierte la acentuación del desplazamiento del protagonismo desde el Legislador hacia el Judicial en el Estado constitucional. Hay quienes fuertemente han criticado esa transferencia de preferencia hacia el poder judicial como una lesión del principio democrático, sin embargo, la justificación es que el objetivo prioritario del Estado constitucional es la restricción del poder susceptible de un ejercicio arbitrario y éste pretende reforzar esa acción restrictiva con la incorporación de derechos fundamentales, su adecuada garantía --protección ó desagravio-- y operatividad del sistema constitucional de valores¹⁴¹.

Tal sistema tiene consonancia con la naturaleza bifronte de los principios, en el sentido de que por un lado su vaguedad amplía la discreción de los jueces al momento de la decisión, pero al mismo tiempo su privilegiada posición en el ordenamiento la restringe, porque toda la actividad jurisdiccional debe ser conforme con los dictados de dichos principios¹⁴².

Es importante transcribir las palabras de Ferrajoli, que implica que la evolución del paradigma justifica su esencia constitucional en el equilibrio epistemológico, al decir que:

“...Al mismo tiempo el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el Estado de Derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivización no sólo ya del *ser del Derecha*, es decir, de sus

¹⁴⁰ En expresión del Tribunal Constitucional alemán, se produce un “efecto de irradiación” (*Ausstrahlungswirkung*), de los principios constitucionales sobre todo el ordenamiento jurídico, cuya interpretación se somete a los principios constitucionales. En segundo lugar, incide sobre la aplicación del Derecho, pues los principios constitucionales son capaces de disciplinarlo todo, amplían la aplicabilidad del sistema jurídico, de modo que nada queda fuera de su calificación deóntica. Aunque al respecto Guastini, refiere tal práctica como el fenómeno de la sobre-interpretación constitucional. Véase Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”; en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 50.

¹⁴¹ García Figueroa, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo”; en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, pp. 159-168.

¹⁴² Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 136.

condiciones de "existencia", sino también de su *deber ser*, o sea, de las opciones que presiden su producción, y por tanto, de sus condiciones de validez..."¹⁴³

Como se vio, la afectación al principio de legalidad, devino de los frutos de una política que ha degradado la legislación, difuminando las funciones del poder en el terreno de las fuentes como de los contenidos, pues ha existido una desorganización legislativa mutilante al Estado de Derecho, lo cual privilegia la discrecionalidad interpretativa de los jueces, que vienen a conferir un sentido garantista a la Constitución, mediante la imposición de controles constitucionales anclados en la tutela de los derechos fundamentales.

¹⁴³Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de Derecho"; en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 19.

CAPITULO II

2. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución representa la norma fundamental de cualquier sistema jurídico pues es la condición de validez del resto de ordenamientos que pasan por su tamiz, entonces una Constitución debe separar las funciones para ejercer el poder, reconocer y garantizar los derechos fundamentales, encauzar las negociaciones propias del juego político, sumar e incluir las fuerzas reales de la sociedad participativa, estructurar el principio de jerarquía normativa (de la Constitución como norma de normas)¹⁴⁴, así como respetar los principios y valores arraigados en su interior.

De modo que la Constitución abre en abstracto una multiplicidad de expectativas como punto de equilibrio¹⁴⁵, que en lo concreto amaguen su vigencia efectiva en el Estado constitucional democrático. Sin embargo, el propio concepto Constitución y la dogmática constitucional de la que forma parte es bastante amplia, por ello resulta necesario identificar cada uno de sus rasgos, contenidos, conceptos preconcebidos y en sí, la teoría que en su generalidad ha rodeado al tema planteado.

2.1 TEORÍA GENERAL DE LA CONSTITUCIÓN.

Para comenzar debe recordarse que Rolando Tamayo y Salmorán, defiende la idea de que tratar de penetrar la naturaleza de la Constitución sin un adecuado conocimiento de los conceptos: orden jurídico, norma jurídica y

¹⁴⁴ El origen de la normatividad según la tesis kelseniana postula respecto a la jerarquización normativa ó mejor dicho, la norma fundante básica de un orden jurídico, a la Constitución como norma hipotética ó presupuesta por el pensamiento, aunque de ello derivó la hipóstasis de su teoría debido a que afirmaba que todo acto jurídico-positivo de creación de una norma es a la vez un acto de ejecución de otra norma superior. Solamente el acto lógico-primario de suposición de la norma fundamental no representa momento ninguno de ejecución, porque primero es pura creación sin previo antecedente, agregando que la validez de esa constitución remite nuevamente a la suposición de que una norma es obligatoria por representar el parámetro de la producción y aplicación de normas que le son inferiores, por esa razón Schmill viene a responder si el fundamento de las normas jurídicas (NFB) es una norma jurídica, al establecer que: "...Las funciones de la NFB las lleva a cabo el Supuesto Fundamental de la Jurisprudencia (SFJ) [...] La aplicación del SFJ o, lo que es lo mismo, el sometimiento de esos problemas a la luz del sentido del SFJ, permite la construcción de un orden jurídico, pues ese SFJ permite comprender como normativos los hechos dados a la consideración de la ciencia jurídica. Es la función que Kelsen otorga a la NFB, cuando dice que solamente expone los presupuestos de toda consideración normativa de la experiencia jurídica...", Véase Schmill, Ulises, "La norma fundante básica y el origen conceptual de la normatividad", *Análisis e diritto* 2007, Università degli studi di Genova, Facoltà di Giurisprudenza, 2003, pp. 92-122.

¹⁴⁵ Aguiló, Josep, "Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional", *Isonomía*, Alicante, núm. 26, 2003, p. 289.

facultad jurídica, está condicionado al fracaso¹⁴⁶, por lo tanto, conviene abordar tales pre-conceptos para edificar el presente Capítulo.

Explica el maestro Salmorán que

"...los órdenes jurídicos deben ser considerados, como intrincadas urdimbres de actos y materiales jurídicos interrelacionados en los que se realizan diversas funciones de entre las cuales la función constitucional, es una de tantas..."¹⁴⁷

Entonces lo que se trata es comprender que el orden jurídico es esencialmente el esclarecimiento de las relaciones entre las unidades que componen el sistema, es decir, el derecho como conjunto de normas, que en unidad se percibe como sistema, es imposible entenderle sólo como normas aisladas, dado que en palabras de Bentham:

"...un cuerpo de normas jurídicas es una vasta y complicada pieza de mecanismo del cual ninguna de sus partes puede ser explicada sin el resto..."¹⁴⁸

Así resulta que la Constitución en lugar de ser una cosa, parece acercarse más a una función, la cual es elemental para identificar los elementos que forman el orden jurídico, pues coexiste una creación escalonada del derecho, que condiciona precisamente al derecho creado, función encargada a la Constitución, como condicionante de validez material en el nuevo paradigma en que se inserta al Derecho.

Para ilustrar de mejor modo, es pertinente apuntar que la dogmática jurídica considera al orden jurídico como conjunto de normas dadas, enfatizando su imagen estática (imagen que produce la fijación legislativa). Sin embargo, es necesario insistir, el orden jurídico se forma de ambos componentes: el fáctico (los actos de creación y aplicación del derecho) y el normativo ((las normas jurídicas que son creadas y aplicadas por tales actos), los dos componentes complementarios entre sí para obtener su funcionalidad, pues constituyen el dinamismo del sistema normativo, llamada cadena normativa¹⁴⁹, esto quiere decir que para la validez de dicha cadena necesariamente deben satisfacerse las siguientes condiciones: la facultad de

¹⁴⁶ Tamayo Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Ed. IJ-UNAM, 1985, p. 129.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 130.

¹⁴⁸ Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Kitchener, Ed. BatocheBooks, 2000, p. 24.

¹⁴⁹ Para una ejemplificación ilustrada consúltese: Tamayo Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución, op. cit.*, pp. 132-135.

realizar determinados actos y las condiciones de ejercicio impuestas por la norma, en caso de omitir alguna provoca la invalidez normativa.

Al atenderse la cadena normativa, se produce la *relación de genética* mediante la cual se determinan las condiciones bajo las cuales se crean normas subsecuentes y validas. Ello implica que el condicionamiento sucesivo de una cadena normativa, en palabras de Tamayo y Salmorán no se limiten sólo al hecho de que ciertas normas precedan a otras, las normas que preceden a otras, además, señalan siempre las características que han de acompañar a los actos que las aplican para que éstos últimos puedan crear normas jurídicas válidas¹⁵⁰ y ello permite que el carácter común de ciertas normas logre la construcción de órdenes jurídicos, permisión misma que contribuye a la formulación del criterio de identidad de un orden jurídico, el cual si un acto jurídico es común a todas las cadenas normativas del citado orden jurídico, será el acto originario, el acto fundante del sistema, incluso el acto constituyente del orden jurídico; acto condicionante de la validez de los demás¹⁵¹.

Entonces una norma faculta la creación de otra norma, en la competencia del poder que determine aquella, e igualmente aplicándola, mientras que el paso final de la cadena normativa es una norma del orden jurídico que fue creada por un acto en la aplicación de aquella, previamente creada, por la facultad que otra permitió su creación.

Con el razonamiento anterior, Tamayo y Salmorán pretende demostrar que todos los actos jurídicos realizan una función constitutiva o constituyente con respecto del material jurídico que les sucede, pues en todas las etapas escalonadas de creación jurídica se presenta la misma relación condicional de determinación entre un acto jurídico constituyente y el material jurídico constituido¹⁵².

De modo que el autor denomina Constitución, al conjunto de normas que son establecidas por el primer acto creador del sistema, normas que determinan las formas y procedimientos de creación del orden jurídico, y en esa línea argumentativa, la Constitución va delimitar las características de los

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ Véase para una representación en forma de arborescencia, sobre la creación escalonada y respecto a la estructura jerárquica del derecho. *Ibidem*, pp. 135-137.

¹⁵² *Ibidem*, p. 138.

actos que aplican tales normas, prevé las primeras prescripciones de la creación escalonada del orden jurídico, entonces la Constitución da el conjunto de reglas que señalan los primeros procedimientos de creación del orden jurídico repetido hasta la generación normativa deseable; explicando además que el criterio de identidad puede formularse así:

“...un orden jurídico (total) consiste en la primera constitución y en todas las normas creadas, directa o indirectamente, mediante el ejercicio de las facultades conferidas por la constitución...”¹⁵³

Es así que la idea principal parte de que todo orden jurídico por principio de cuentas tiene una Constitución, que condiciona justamente su orden jurídico, sin importar que régimen político abrigue ó la ideología que sustente, y cada norma constitucional tiene el rasgo esencial de conferir facultades.

Es importante lo descrito por el referido autor, dado que su óptica permite recordar la delimitación de que la Constitución, como norma condicionante de la cascada normativa de progresiva producción, intensifica -- en el discurso filosófico-- el hecho de que materialmente contiene las normas que establecen y limitan la creación del orden jurídico nacional, y sobre ella nada puede sobreponerse en sentido negativo, ó con efectos negativos mejor dicho, ya que introduce las reglas de formación, mismas que en el actual paradigma estadual no habrán de rebasarse pues hacerlo, haría ineficaz la trascendencia constitucional y su función.

Lo anterior se asocia con el argumento de que la aureola --dice el teórico mexicano-- de solemnidad que envuelve a la constitución escrita, no tiene otro objetivo (consciente o inconsciente) que garantizar mayor efectividad en su aceptación, es parte de su dignidad, que sirve para asegurarle un mayor grado de eficacia; tal ideología parte del positivismo kelseniano, que en la actualidad, con parámetros distintivos irradia hacia el mismo fin, la eficacia constitucional que es de lo que posteriormente se trata de evidenciar, el hecho de que las normas del texto constitucional sean eficaces entre sí.

2.1.1 IDENTIFICACIÓN DE LA CONCEPTUALIZACIÓN: CONSTITUCIÓN.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 139.

El vocablo Constitución *per se* dentro del lenguaje jurídico y político ha adquirido diversos significados y contenidos, por lo cual es pertinente identificar una acotada terminología que sirva principalmente en el encauzamiento del arsenal teórico a los fines del presente trabajo de investigación, razón suficiente para recordar en palabras de Guastini cuatro acotaciones:

“...a) en una primera acepción, “Constitución” denota todo ordenamiento político de tipo “liberal”; b) en una segunda acepción, “Constitución” denota un cierto conjunto de normas jurídicas: *grosso modo*, el conjunto de normas –en algún sentido fundamentales– que caracterizan e identifican todo ordenamiento; c) en una tercera acepción, “Constitución” denota –simplemente– un documento normativo que tiene ese nombre (o un nombre equivalente), y d) en una cuarta acepción, en fin, “Constitución” denota un particular texto normativo dotado de ciertas características “formales”, o sea, de un peculiar régimen jurídico...”¹⁵⁴

Esas características del precepto Constitución involucran un modo distinto de percibir el derecho no sólo porque es otro el sujeto el que habla --refiriéndose al constituyente-- sino porque ella misma habla de un modo diferente a la ley¹⁵⁵.

Dentro de la filosofía política la Constitución, representa un ordenamiento en el que la libertad de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado esté protegida mediante oportunas técnicas de división del poder político; tanto que la propia Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano estableció en su artículo 16 “...una sociedad en la que no éste asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución...”

Énfasis nacido en que un Estado sólo puede llamarse constitucional, al concurrir dos condiciones, por una parte que estén garantizados los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, y por otra parte que los poderes del Estado estén divididos y separados; asumiendo así la expresión de organización política liberal y garantista.

Para complementar el panorama anterior, recuérdese una reflexión tomada del propio Guastini en el siguiente sentido:

¹⁵⁴ Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”; en Carbonell, Miguel, *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, ed. 4ta., México, Ed. Porrúa, 2008, p. 71.

¹⁵⁵ Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, ed. 2da., México, Ed. Porrúa, 2005, p. 9.

“...En ocasiones se habla de constitucionalización para referirse a la introducción de una primera Constitución escrita en un ordenamiento que carecía de ella con anterioridad. Sin embargo, creo que este concepto de constitucionalización no presenta interés alguno para la gran parte de los ordenamientos contemporáneos. Más bien, acogiendo una sugerencia de Louis Favoreu, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales...”¹⁵⁶

La crítica incide en el sentido de que puede un Estado constitucionalizarse de manera gradual dependiendo de las condiciones cumplimentadas al interior de su ordenamiento constitucional, pero no podrá llamarse constitucional sin antes precederle la satisfacción irradiante de la hipótesis constitucionalista actual.

Siguiendo la significación divisora del término Constitución, en la teoría general del derecho se utiliza para designar al conjunto de normas fundamentales que identificar a cualquier ordenamiento jurídico. La fundamentalidad de las normas --calificación desde un juicio valorativo-- pueden obtenerse de consideraciones tales como: normas que disciplinan la organización del Estado y el ejercicio del poder público, normas que sujetan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, normas que someten a la producción legislativa, normas contenedoras de valores y principios; según la óptica del positivismo moderno ó *soft*, como le denominan.

En la desencadena línea argumentativa la Constitución también equivale a una expresión normativa de toque distintivo y superior; porque su lenguaje abstracto subraya la importancia jurídico-política del documento, asimismo al ser inclusiva de normas de derecho libertad y condicionante de reproducción normativa es un enlace en la organización del poder público y los ciudadanos; a la par sus destinatarios son un cúmulo expansivo.

¹⁵⁶Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”; en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ra. ed., Madrid, Ed. Trotta, 2006, pp. 49 y 50.

La fuerza especial reconocida a la Constitución también juega un papel importante en su conceptualización, porque la antepone por encima de las leyes, ello en razón de que goza de un procedimiento reforzado de reforma constitucional fruto de la decisión democrática y legítima de un poder revisor de sí misma.

Otra peculiaridad asignada a la función de la Constitución trasciende lo relativo a que es origen de normas subconstitucionales, al comprenderse idónea para regular las condiciones y procedimientos para esa producción. Incluso es predictiva a la aplicación jurisdiccional, esto es, contribuye a la interpretación de su texto, ya que donde la estructura de la norma constitucional es suficientemente completa para poder valer como regla para casos concretos, debe ser utilizada directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, ya sean los jueces, la administración pública o los particulares. La Constitución es pues, fuente directa de posiciones subjetivas para los sujetos del ordenamiento, en todo tipo de relaciones en que pueden controvertirse¹⁵⁷.

Entorno al arsenal conceptual es oportuno mencionar que la Constitución en un momento de su concepción sustantiva se advierte como una totalidad coherente y conexas de valores ético-políticos, es su identidad material axiológica.

Para mayor claridad, la Constitución presupone una inalterabilidad axiológica en protección a la perturbación o subversión de los valores o principios supremos que le caracterizan; entonces por ello se distingue la reforma de la instauración constitucional, la primera al ser una modificación marginal, mientras que la segunda es toda alteración precisamente a la identidad axiológica de la Constitución; ésta última de modo enmascarado pretende implantar otra Constitución.

Mientras que también otra postura --concepción formal-- la cual se mantiene en el sentido de que la Constitución no es más que un conjunto de

¹⁵⁷ Carbonell, Miguel, en traducción a Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 61.

normas, es decir, un conjunto identificado por la simple enumeración de los elementos que lo componen¹⁵⁸.

Existiendo en éste tipo, tres posibles reformas constitucionales: a) la introducción de una norma nueva; b) la supresión de una norma preexistente; y, c) la sustitución de una norma preexistente --la supresión de la regulación anterior, por la introducción de una nueva norma-- ese panorama configura una modificación del conjunto predecesor, y tal cambio produce un conjunto diverso, originándose así una nueva Constitución, con componentes distintos a los anteriores; provocando la indistinción entre reforma constitucional e instauración, desde un punto de vista avalorativo.

En el estudio deslindado, es factible reproducir que en sentido material de la Constitución se refiere a: la regulación de la forma de Estado y forma de gobierno; al conjunto de normas sobre las fuentes; la designación de la decisión política fundamental del titular del poder constituyente --que se traduce en la incorporación del conjunto de principios supremos del ordenamiento constitucional-- el régimen político vigente en un Estado; y la Constitución como ordenamiento superior vivo, en el modo en que es concretamente interpretada y actuada en la realidad política.

2.1.2 LA CONSTITUCIÓN COMO FACTOR DE CAMBIO.

Cabe señalar que el constitucionalismo aparece fundamentalmente -- hasta la primera posguerra mundial-- como un instrumento de limitación y control del poder público, que precisamente se determinan en las constituciones escritas¹⁵⁹; esos mecanismos son la división de poderes, el plasma de derechos individuales, la soberanía del Estado-Nación, el respeto de la decisión de las mayorías, el control constitucional de los ordenamientos jurídicos inferiores, la introducción de los derechos sociales y los mecanismos de racionalización del parlamentarismo; todas incorporaciones que han sido en buena medida fundamentos histórico del constitucionalismo.

Es tanto como explicar que todo el orden constitucional, funge como instrumento también para desempeñarse como una constante defensa al

¹⁵⁸ Véase para una profusa consulta Bulygin, Eugenio, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2005.

¹⁵⁹ Biscaretti, P., *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Ed. FCE, 1975, p. 43.

cambio, coadyuvante de la dinámica social y elemento estructural-funcional para la democracia.

Si bien en su momento, la Constitución sirvió para asegurar un nuevo orden --la hegemonía de las clases dominantes-- ello produjo que gracias a la nueva organización del poder expresada en la prevalencia de los intereses hacia los burgueses, la función de la Constitución se entendiera como un procedimiento por el que la acción gubernamental se sometiera a un sistema de frenos, entendida como la forma de controlar al poder político¹⁶⁰; pues obligaba a tanto a los detentadores como a los destinatarios del poder como medio efectivo de evitar el abuso de dicho poder.

El papel de la Constitución como sistema de seguridad de que se dotan las sociedades de clases, en tanto que las representa a todas, evitando su alteración; sabiendo que la dinámica constitucional se presenta como el medio a través del cual la Constitución se acomoda a las exigencias que impone el inevitable cambio sociohistórico.

Es pertinente exponer en esta parte que la afirmación de que, a través de la reforma constitucional, lo que en realidad hace el sistema político es rodearse de una serie de garantías que permitan en todo momento el control del cambio, de algún modo dosificado, pues tales garantías pueden convertirse a la larga en dificultades que impidan la penetración del cambio, es fundada, para la consagración formal de esa posibilidad mutante, como elemento fundamental en la defensa del *status quo*.

Esa mutación constitucional, ó deducida del orden constitucional, tiene sustento en tres cambios básicos en la llamada transformación no formal: el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, el ejercicio del ejecutivo federal en el derecho a observar las leyes del Congreso, la erosión sufrida el sistema federal en su funcionamiento jurídico-constitucional en la vía de sometimiento progresivo de las entidades federativas a la judicialización de la Federación.

Ahí se observa el comportamiento y contribución del sistema constitucional a la dinámica histórica, del que bien sirve tomar perspectiva clara para que ese planteamiento de cambio haga frente accionante a la evolución

¹⁶⁰Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ed. Grijalbo, 1979, p. 66.

normativa y práctica. Pues la norma suprema configura el poder en una estructura política, a la que da fuerza, pero también integra ideologías, lo que influencia a las clases, si su integración contiene sustancia. Porque la importancia de su posible función en orden a una transformación social, sea favorecida por la conquista de orden constitucional.

La finalidad transformadora de la Constitución es incentivar la práctica democrática, que teóricamente mantiene el sistema bajo una *previsión de igualdad*, se trata pues de organizar la múltiple confluencia de intereses del poder sometidos en objetivos fundamentales de la sociedad civil, cuya base estructural es la constante “lucha constitucional”¹⁶¹.

Es así que la previsión del cambio en la realidad contiene iniciativa constitucionalizante, buscando no sólo un efecto impulsor, sino, aunado incluso a la defensa de la Constitución, evitar el ataque político a medidas desestructuradoras del orden social mediante la inconstitucionalidad. Lo que implica el criterio neutralizador del aparato de Estado, mediante la racionalización y democratización de sus normas en equilibrio con las políticas públicas; la garantía para ejercitar el derecho de los pueblos a la libre decisión de sus destinos --ó en un concepto más sustantivo: de sus proyectos-- la planificación estratificada democrática, la promoción del derecho de participación social.

2.1.3 LA ESENCIA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN.

Bien conocido es que la Constitución como norma resultado de un acto constituyente, contiene una experiencia histórica concentrada en condicionar al poder público, es decir, sujetar a la ley constitucional al Estado mismo --se supone que lo somete a su cumplimiento-- algunos tratadistas han observado en ello una contradicción, pues por un lado exige que el poder político se sujete a una norma y por otro, se admite que sea el mismo poder político el que fije las reglas; llegando a considerar que tal actitud normativa da providencia al gobierno, en lugar de que dicho antecedente sea el orden jurídico constitucional, para sustentar al Estado.

¹⁶¹ De Cabo, Carlos, “La función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones”; en Carbonell, Miguel, *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos, op. cit.*, p. 65.

A la crítica anterior Zagrebelsky expone:

"...la doctrina del Poder Constituyente como poder extraordinario e irrepetible, que se consume *uno actu* y se propone fijar de una vez por todas la Constitución, resulta lógicamente imposible de conciliar con la idea de una *historia constitucional*, entendida como movimiento progresivo e incesante, como acumulación de experiencias que se proyectan desde el pasado hacia el presente y, por ello, como disponibilidad para aceptar cambios futuros..."¹⁶²

Entonces para el teórico italiano la particular aspiración del entorno constitucional se construye en la dinámica constante de la realidad social, deviene del flujo variable del pasado hacia el futuro.

De ahí convino dar salida a la predisposición normativa que identifica la posibilidad de mutar los postulados constitucionales, respetando siempre la perspectiva interna de la Constitución procesada, en la advertencia de que la división denominada constitución esencial (derechos fundamentales, separación de funciones del poder, soberanía, entre otras) es inmodificable en su reducción y la constitución instrumental (técnicas particulares de su eficacia o realización) es modificable a partir de las contingencias. Sin olvidar que para la modificación se acude a la activación del poder revisor de la constitución, que es un poder constituido, investido para responder a la máxima eficacia jurídica, actuando a favor de la propia Constitución, entonces funda su actuar como órgano constitucional. Es oportuno igualmente mencionar que en otros países existen reglas constitucionales inalterables, lo que se conoce como superconstitución al interior de la constitución esencial aludida líneas arriba.

Por otra parte, tomando la clasificación de que las normas constitucionales se distinguen esencialmente entre normas de eficacia directa y normas de eficacia indirecta, en tanto que las primeras son aquellas idóneas de por sí (directamente) para regular situaciones concretas; las segundas son las que necesitan ser actuadas o concretadas a través de una posterior activación normativa¹⁶³.

Tratándose de las normas de eficacia directa sucede que la misma Constitución como ordenamiento jurídico general, pretende intervenir

¹⁶²Zagrebelsky, Gustavo, "La Constitución y sus normas"; en Carbonell, Miguel, *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos, op. cit.*, p. 71.

¹⁶³*Ibidem*, p. 79.

directamente en las relaciones sociales, para moldearlas según sus propios preceptos; al grado que impera su funcionalidad en las relaciones entre individuos y entre éstos y el poder público, operando no sólo verticalmente en el binomio libertad-autoridad, sino también horizontalmente en la relación entre sujetos sociales.

Las normas de eficacia indirecta se categorizan en: normas constitucionales de eficacia diferida, normas constitucionales programáticas y normas constitucionales de principio.

Las primeras son conocidas como normas de organización, las cuales requieren una disciplina normativa posterior a la constitucional; pues en ellas se condicionan, prescriben e instituyen los contenidos para modalidades del funcionamiento del poder público –generalmente-- de ahí que su nombre implique que la eficiencia de las normas constitucionales resulte diferida hasta el momento en que sea establecida la normatividad de realización.

Las siguientes advierten la distinción entre reglas y principios, dado que las primeras establecen lo que se debe o no se debe en circunstancias determinadas por la misma regla, los principios establecen orientaciones generales que han de seguirse en todos los casos que pueden presentarse, aunque no estén predeterminados no por el mismo principio, es que un principio tiene una capacidad expansiva mayor a la de una regla, pero a diferencia de ésta, necesita de una posterior actividad de concreción que relacione al principio con los casos específicos.

Esa concreción de la que se habla, se refiere a la actividad positiva, que consiste en establecer nuevas formas conformes con el principio, en relación con los casos particulares en que puede ser invocado el principio; esto es, la necesidad de una interposición posterior actividad normativa, en la que manifieste el modo operativo del valor del principio. Es el desarrollo legislativo potencial del principio en el caso específico; aunque ello no excluye la posibilidad de invocar el principio sin que medie la actividad del legislador.

Los principios también contienen la recíproca composición constitucional, pues a causa de su estructurada capacidad expansiva son susceptibles de oponerse entre sí; por ello el pluralismo de los principios requiere la mutua moderación interpretativa.

La última categorización relativa a las normas programáticas, se distinguen porque cada programa implica la asunción de un cierto criterio como principio de acción. Es decir, estas normas tienen un vínculo íntimo con los aspectos político-sociales que miran a un fin.

Las normas programáticas asumen proponer una nueva forma social, o una mejoría político-económica dirigida a la población, mediante la intervención válida y legítima del Estado. La renovación social buscada por el Estado es objeto de la corriente del pensamiento humano hacia un mejor propósito. O dicho distinto --en una fuerte crítica por Forsthoff-- las normas programáticas necesitan una mediación que depende de las posibilidades y de las conveniencias políticas que se manifiestan de vez en cuando. Por esta razón, carecen de valor jurídico y se reducen a simples proclamaciones ético-políticas jurídicamente irrelevantes¹⁶⁴.

Quiere decir que las Constituciones no pueden comprometerse ni comprometer jurídicamente en un programa político-social, aunque sí podrían servir como una concentración del preámbulo constitucional como proclamación política y no jurídica.

Reflexivamente la crítica no debe reducirse a atribuciones exclusivas de la programación, pues entre otras funciones se perciben el medio para aligerar el proceso político, para solidificar la participación ciudadana y dinamizar el consenso; en consideración a sus propios fines constitucionales.

En el contexto descrito es notorio entonces que, la presencia de normas constitucionales de principio y de programa extiende la eficacia de la ley suprema, porque pretende ahondar al núcleo de las relaciones mismas de la sociedad, previendo la abstención de reintegrarse a la dinámica de continuas transacciones entre intereses materiales fragmentados y en conflicto. Pues no hay que olvidar el contra argumento de que en la experiencia constitucional las normas de eficacia indirecta en ocasiones han intentado reducir a la Constitución a una norma programática incapaz de surtir efectos sin una legislación ordinaria que le convierta en eficaz.

¹⁶⁴ Véase para un estudio detallado sobre el pensamiento de Forsthoff la obra Sosa, Wagner Francisco, *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: coincidencias y confidencias*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2008.

2.1.4 PARADIGMA CONSTITUCIONAL.

El presagio ulterior de la construcción llamada Constitución, ha sido y es actualmente una exigencia de las comunidades políticas para preservar la organización, con fines superiores; al menos –sugieren-- para asegurar una limitación del poder de las clases dominantes.

Cuenta Manuel Aragón que:

"...en toda la historia del pensamiento político determinadas corrientes que postulaban la necesidad de que existiera un derecho más alto que el ordinario para que la libertad quedase preservada, y que confluye en los siglos XVII y XVIII en las teorías iusnaturalista del pacto social..."¹⁶⁵

Lo que en tono matizado invita al acaecimiento del Estado constitucional, en sustitución del agotado Estado absolutista.

Legitimando el núcleo normativo de la ley superior, con la limitación material del poder mediante los derechos fundamentales: la libertad en igualdad; inclusive frente a la capacidad productiva del legislador; garantía que persiste al día de hoy pues la norma suprema asegura a los ciudadanos su democracia¹⁶⁶.

En la cascada explicativa aparece la oportunidad de diferenciar Constitución y constitucionalismo, por una parte Biscaretti señala como nota distintiva del constitucionalismo la limitación de la actividad gubernamental por medio del derecho¹⁶⁷; mientras que en otra perspectiva complementaria afirma que el constitucionalismo es la técnica de la libertad, es una técnica jurídica que asegura a los individuos el ejercicio de sus derechos, colocando al Estado como garante de los mismos.

Persiana que permite observar que con independencia de la ideología postulante de la práctica constitucionalista desde su invención, ello no dejar de manifestar su papel garante de la libertad en la sociedad actual. Debido a que la Constitución constitucional se presenta como la única Constitución adecuada, Hesse expone:

"...A través de la ordenación del procedimiento de formación de unidad política, de la fundación siempre limitada de atribuciones de poder estatales, de la regulación procesal

¹⁶⁵ Aragón, Manuel, "La Constitución como paradigma"; en Carbonell, Miguel, *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos, op. cit.*, p. 111.

¹⁶⁶ Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Ed. Tecnos, 1989, p. 31.

¹⁶⁷ Biscaretti, P., *op. cit.*, p. 44.

del ejercicio de esas atribuciones y del control de los poderes estatales la Constitución pretende limitar el poder estatal y preservar de un abuso de poder. En esta su función de posibilitar y garantizar un proceso político libre, de constituir, de estabilizar, de racionalizar, de limitar el poder y en todo ello de asegurar la libertad individual estriba la cualidad de la Constitución...¹⁶⁸

Además el constitucionalismo por sí sólo no es efectivo, dado que requiere de una cultura social de aceptación, porque sin esa precondition la durabilidad de los mandatos constitucionales están en riesgo constante. Oportunamente aquí se deduce la necesidad también de la actitud de los políticos frente al constitucionalismo, al aceptar la constitucionalización de la política. Argumentos que confieren oportunidad del desarrollo constitucional, eso es, el mantenimiento de su involucramiento en la elaboración y aplicación del derecho, en la teorización y producción científica jurídica; y con mayor expansión en la interpretación de los componentes evolutivos del constitucionalismo viviente.

Una característica que inunda los caudales nacionales, son los efectos transnacionales del constitucionalismo; con la creación de determinadas jurisdicciones supranacionales, la configuración comunitaria de Constituciones supranacionales también, las declaraciones axiológicas y principalistas de derechos humanos; la interpretación obligada transnacional de la organismos internacionales protectores de tales derechos; visión periférica que es evidente en el fenómeno del constitucionalismo.

Aunque en la realidad para lograr la funcionalidad del constitucionalismo, debería llevarse a la conciencia política y jurídica de hoy la convicción de que sólo comprendiendo el constitucionalismo como una realidad que ha de conquistarse día a día, y respecto del cual es impensable que esté dada para siempre; cuidando sin cansancio la continuidad de los principios¹⁶⁹.

Para lo antecedido no sobra precisar que desde la óptica de Bentham:

"...el ser del Derecho es, en los diferentes países, enteramente distinto, mientras que lo que debe ser es, en todos los países, muy semejante..."¹⁷⁰

¹⁶⁸Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Ed. Tecnos, 1983, p. 22.

¹⁶⁹ Aragón, Manuel, "La Constitución como paradigma"; en Carbonell, Miguel, *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos, op. cit.*, p. 122.

¹⁷⁰Larios Ramos, J., en traducción a Bentham, Jeremy, *Fragmento sobre el gobierno*, Madrid, Ed. Aguilar, 1973, p. 9.

Lo que sencillamente pone en el debate que la idealidad del derecho en un sistema jurídico real evaluado desde la moral, construye la necesidad de propiedades sustantivas de los contenidos del derecho. Lo cual se logra según identifican los teóricos constitucionalistas con la dimensión ideal plasmada en las modernas Constituciones; al incorporar virtudes morales al derecho y mezclar virtudes jurídicas (en) la moral.

El impacto del constitucionalismo que se describe condensa mayor sensibilidad en donde aparece como una novedosa forma de comprender al derecho, aunado a ese fenómeno jurídico cultural estatalista y legicéntrica del continente¹⁷¹. Porque enseña una configuración innovadora del estilo de edificar el razonamiento de juristas y teóricos del derecho, entonces "...la constitucionalización del pensamiento jurídico ha dado lugar al constitucionalismo..."¹⁷².

Siguiendo la reflexión del citado autor español, el constitucionalismo desde sus aspectos implícitos contiene lo explicado seguidamente: un aspecto material consiste en la consabida recepción en el sistema jurídico de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de derechos fundamentales --carga axiológica que se opone al positivismo jurídico como método-- un aspecto estructural que relaciona precisamente las estructuras de las normas constitucionales; correlativo al aspecto funcional expresado en el sentido argumentativo que las normas constitucionales fomentan --los ya tratados principios constitucionales-- anotando que la convergencia del aspecto material y funcional se hace visible cuando el primero ha vinculado el derecho a la moral y el segundo ha aproximado el razonamiento jurídico al razonamiento moral. Y por último el aspecto político se refiere a la revelación de importantes consecuencias en la relación de las fuerzas de los poderes del Estado; porque se consciente una transferencia de poder hacia el judicial, que transitivamente tendrá que ir aminorando, una vez logrado el reestablecimiento en el

¹⁷¹ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Ed. Trotta, 1998, p. 93.

¹⁷² García Figueroa, Alfonso, "La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo"; en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 164.

reforzamiento de la incorporación de ciertos derechos; por conducto de la bifrontalidad natural de los principios constitucionales¹⁷³.

La amplitud valorativa del derecho concebido desde una perspectiva constitucionalista refuerza la confianza poblacional para asegurarse que el giro hacia una instancia crítica y reflexiva de los procesos políticos¹⁷⁴ en manos de un Tribunal Constitucional, queda soportada en su capacidad de hacer una representación racional argumentativa en oposición a los fines sólo políticos del legislador.

2.1.4.1 TIPOS DE CONSTITUCIONALISMO.

Acorde al paradigma constitucional propuesto por la teoría jurídica actual es beneficioso señalar los distinguos fundamentales del constitucionalismo, en sus tipos, a partir de la estructura producida por Paolo Comanducci¹⁷⁵, reflexionado en los siguientes apartados.

No sin antes puntualizar algunas consideraciones distintivas producto de la teoría del constitucionalismo, que son importantes para referencia teórica del sustento del presente trabajo de investigación, siendo las siguientes:

- / El constitucionalismo puede distinguirse entre el de sentido amplio y el de sentido restringido. El mencionado en primer lugar que representa la ideología de que se requiere la creación de una Constitución –cualquiera-- a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo. El siguiente igualmente expresado en una ideología, pero ésta en el sentido de que requiere la creación de un específico tipo de Constitución con los mismos fines que la anterior.
- /// Otro punto, es el constitucionalismo débil y el constitucionalismo fuerte; el primero requiere de una Constitución solamente para

¹⁷³ Tal conceptualización ha sido ya precisada en el capítulo anterior, en el sentido de que la naturaleza bifronte de los principios constitucionales, implica por un lado que su vaguedad amplía la discreción de los jueces, pero al mismo tiempo su privilegiada posición en el ordenamiento la restringe, porque toda actividad jurisdiccional debe ser conforme con los dictados de dichos principios. Véase Prieto, Sanchís Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

¹⁷⁴ Véase la reflexión en Alexy, Robert, "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 8, 2000, pp. 24-26.

¹⁷⁵ Véase Comanducci, Paolo, "Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico"; en la compilación de Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, pp. 75-98.

limitar el poder existente, sin prever una específica defensa de los derechos fundamentales; y el segundo o también llamado liberal, es la ideología de que requiere una Constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal.

- /// Otra perspectiva sienta sus bases en la distinción entre constitucionalismo de los contrapoderes y el constitucionalismo de las reglas, el primero igual aparece como ideología respecto de que su objeto es limitar el poder y/o garantizar los derechos fundamentales, mediante el sistema institucional de *check and balances*, en ese tono, la doctrina de la división de las funciones del poder es la tesis principal de éste constitucionalismo. El siguiente es la ideología a fin de limitar el poder y garantizar los derechos fundamentales, que propone reconocer la prioridad cronológica y sobre todo axiológica de una esfera de libertades individuales frente a la acción del poder público; traducido en el conjunto de reglas fundamentales –e incluso funcionales– entendida como carta de derechos, que impide al Estado su participación en esa esfera; que aparece sustentado en el iusnaturalismo voluntarista y racionalista del siglo XVIII.
- iv. Otra periferia se trata en el constitucionalismo reformista y el constitucionalismo revolucionario, el primero propugna por la ideología de que se requiere un poder existente que concede o pacta la promulgación de una Constitución. El revolucionario advierte que es necesario destruir al poder existente o al menos, requerir un nuevo poder revolucionario para otorgarse una Constitución.

2.1.4.1.1 CONSTITUCIONALISMO TEÓRICO.

Trasciende en la aspiración de relatar los logros obtenidos a partir del fenómeno constitucionalizador, que se relaciona singularmente a la construcción de una Constitución invasora, que positivó un catálogo de derechos fundamentales, adhesivos al ideal de una omnipresencia de los mandatos constitucionales, en la aplicación e interpretación de sus normas.

Esa postura presenta una alternativa frente a la teoría jurídico positivista tradicional, que desde su matriz decimonónica al día de hoy ya no encuentra soporte para responder a los problemas precisamente de aplicación e interpretación del derecho, desde la Constitución.

Empero, la visión en comento ha recibido críticas en dos sentidos: por una parte se entiende como aquella teoría que sólo es la continuación del iuspositivismo, con el mismo método pero con un objeto modificado –en parte– y en el otro extremo hay quienes opinan que las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología, y por tanto, aporta diferencias cualitativas respecto de su rival el positivismo.

Tales diferencias cualitativas se expresan en la predisposición de aceptar la contingente conexión entre derecho y moral, a partir incluso del cambio de paradigma estadual --tratado en el capítulo precedente-- además centra su análisis en la estructura y papel que importa en los sistemas jurídicos contemporáneos la asignación del documento constitucional, desde dos modelos: el descriptivo de la Constitución como norma, y, el axiológico de la Constitución como norma.

Del último apartado explicaré los dos, el primero designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales, en tanto que fundan todo el ordenamiento jurídico y se atribuyen superioridad. En el segundo modelo, la Constitución designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales, parecido a lo anterior que sean fundantes del ordenamiento --entendido como sistema-- en su totalidad; aunque aquí, la condición de esas reglas es que tengan determinados contenidos a los que se atribuye un especial valor; dicho de otro modo, que la Constitución esté cargada de un valor intrínseco: la Constitución como valor en sí misma.

Otra de las construcciones del tipo constitucionalismo como teoría, se encuentra en la interpretación constitucional porque define las consecuencias del fenómeno constitucionalizador del derecho, la que probablemente tenga mejor adscripción --desde el esquema utilizado-- en el constitucionalismo ideológico, fuera de la teoría del derecho.

2.1.4.1.2 CONSTITUCIONALISMO IDEOLÓGICO.

Desde el entendimiento ideológico surge una distintiva predisposición de gradar a segundo plano el objetivo de limitar el poder público, para atribuir la titularidad de primer importancia a garantizar los derechos fundamentales. Ello infiere en estratégicamente propagar tanto la descripción de los logros del proceso de constitucionalización, tanto como la evaluación positiva que propugna precisamente la defensa y extensión de dicha ideología --porque se justifica, aparentemente desde lo racional y proporcionalmente correcto, vinculado a lo justo-- es entonces, que la supervaloración hace ahínco en la importancia de los mecanismos instituidos para garantizar la efectividad de esos derechos fundamentales.

En ese panorama, los teóricos del constitucionalismo actual al entender que los ordenamientos democráticos, constitucionalizados contemporáneos tienen una interconexión la moral y el derecho, han fomentado la comprensión de que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a ella, de lo que se deduce una convergencia con el positivismo ideológico del siglo XIX, que predicaba la obligación moral de obedecer la ley, aunque moralmente pareciera injusta.

Por tanto, al identificar el modelo axiológico de la Constitución como norma, pone en evidencia una radical especificidad de la interpretación constitucional respecto a la de la ley, incluso de la preferente aplicación del documento constitucional frente a la ley, diseminando la predispuesta idea de entender la Constitución a partir de una lectura que tenga como eje central la moral.

Aunado a que se está ante la presencia de un carácter intrasistemático del criterio de evaluación adoptado para enjuiciar el derecho: la propia Constitución, lo cual significa que también es posible reforzar un deber de obediencia al derecho en la medida en que la Constitución y el derecho impregnado o irradiado por ésta coincide con los criterios últimos de evaluación moral de las normas, como previamente se ha venido explicando.

2.1.4.1.3 CONSTITUCIONALISMO METODOLÓGICO.

La percepción de que progresivamente se va admitiendo un distinto método de aproximarse al derecho como objeto de estudio, se origina en la

participación activa de distinguir que el positivismo metodológico y conceptual, afirmó siempre la posibilidad de identificar al derecho como es, y su predilección de cómo debería de ser en realidad; partiendo de dos tesis las fuentes sociales del derecho y la no conexión necesaria del derecho y la moral. Cuando por el contrario el constitucionalismo metodológico sugiere, acepta e ideologiza que respecto al objeto de estudio: el derecho constitucionalizado, en donde los principios y los derechos fundamentales alcanzan a trasladar la interconectividad derecho y moral; hacen necesaria la identificación justificada entre lo que el positivismo siempre rechazó, el derecho que está y, aquel que surge sólo como ideal; ahora en éste paradigma llamado crítico.

2.1.4.1.3.1 CONSTITUCIONALISMO METODOLÓGICO: DESDE LOS PRINCIPIOS.

A finales de las décadas del siglo XX, precede el argumento de que en todo sistema jurídico existe una serie de principios inmanentes que de cierto modo fijan la vinculación del derecho a la moral. Esa explicación es el núcleo de lo que actualmente se denomina como “no positivismo principalista”¹⁷⁶, que propone que si existen principios en el derecho, y por ende preexiste una condición de relación conceptual necesaria entre derecho y moral, en tanto que el positivismo jurídico resulta inviable.

Esa determinación de la realidad actual, exhibe dos posturas antipositivistas: la primera, el hecho de que los principios constitucionales presentan un contenido moral que repercuten sobre el resto del ordenamiento impregnado, y la segunda, la introducción de la argumentación sobre la ponderación de los principios que refuerza la importancia de la labor argumentativa que suele suponer un cierto nexo con un discurso ideal, que convierte al derecho en un caso especial de argumentación práctica general. Ésta última concepción recupera el sentido de el derecho tiende a que toda aplicación tiene la propiedad de constitucionalizar el ordenamiento disposicional que se encuentre ligado directamente a su confrontación. En ese argumento Alexy advierte:

¹⁷⁶ García Figueroa, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”; en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 179.

"...Derecho es la realidad que tiene el sentido de servir a los valores jurídicos, a la idea del Derecho..."¹⁷⁷

Al notar que los principios --como construcciones morales-- confieren una especie de latente corrección al sistema, un gran potencial argumentativo, a la espera de que la labor interpretativa y argumentativa se realice.

Tanto como aparece desde la postura de Zagrebelsky al señalar que:

"...En la actualidad asistimos *ad extra* a una relativización de la noción de soberanía y además *ad intra* a fenómenos como el multiculturalismo, que en ambos casos reclaman otras normas de estructura principal preparadas para la transacción y la argumentación en sociedades abiertas y plurales..."¹⁷⁸

Lo que comparte la explicación de que es momento de profundizar más allá de lo que es y debe ser el derecho, para estudiar qué puede llegar a ser el derecho argumentativamente en los actuales Estados constitucionales.

2.1.4.2 CONDICIONES DE UNA CONSTITUCIÓN CONSTITUCIONALIZADA.

En estrecha sintonía al anterior tema planteado, corresponde señalar también las condiciones --propuestas por Guastini-- de constitucionalización de un ordenamiento, lo que no excluye a la propia Constitución de ser constitucionalizada; o catalogarse de una Constitución genuina, como se enuncia en la siguiente reflexión¹⁷⁹.

2.1.4.2.1 CONSTITUCIÓN RÍGIDA.

La distinción de que una Constitución es rígida se aprecia desde la siguiente forma: solo si es escrita, que se encuentre protegida ó garantizada contra la legislación ordinaria en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas ó abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional; que guarde una complejidad respecto del procedimiento de producción normativa común. La

¹⁷⁷Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2008, p. 40.

¹⁷⁸Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, p. 17.

¹⁷⁹Véase Guastini, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano"; en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, pp. 49-73.

constitucionalización es más acentuada en los ordenamientos constitucionales en los que existen principios inmutables.

2.1.4.2.2 GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN.

Condición ligada con la rigidez constitucional, ya que ello asegura un control ejercido por un órgano jurisdiccional o semijurisdiccional. Desde la perspectiva guastiniana se puede evaluar a partir de tres modelos fundamentales:

- *Control a posteriori*, y por lo tanto, *in concreto* ejercido por cada juez en el ámbito de su propia competencia, con dos características: en primer lugar hace posible que una ley inconstitucional entre en vigor y también que sea aplicada por un largo tiempo antes de que su ilegitimidad constitucional sea reconocida por los jueces; y en segundo lugar, en éste sistema, la decisión del juzgador que declara la ilegitimidad constitucional de una ley, no produce efectos generales, sino sólo efectos circunscritos a la controversia decidida.
- *Control a priori*, y por lo tanto, *in abstracto* ejercido por un Tribunal Constitucional u órgano homólogo; mecanismo que teóricamente impide que una ley inconstitucional pueda entrar en vigor; la crítica del autor es sentido pragmático, al identificar que los efectos inconstitucionales de una ley no siempre pueden ser determinadas al desconocer su impacto en casos concretos.
- *Control a posteriori*, en vía de excepción, y por lo tanto, *in concreto*, ejercido por un Tribunal Constitucional, mecanismo que no impide la entrada en vigor de leyes inconstitucionales; aunque la declaratoria de ilegitimidad de la ley, si está dotada de efectos generales; es la anulación de la ley por un juez, para preveer su no aplicación posteriormente.

2.1.4.2.3 FUERZA VINCULANTE DE LA CONSTITUCIÓN.

Condición que predomina en atención a la ideología difundida en la cultura jurídica constitucional de un país, dicho claramente, la mayoría de los ordenamientos constitucionales cuentan con una sobre-organización del Estado y la declaratoria de derechos; aunque también se observan elementos

tales como: principios generales que no son susceptibles de aplicación inmediata sino que exigen interpretación y concretización por obra legislativa; disposiciones programáticas que confieren a los ciudadanos derechos sociales que igualmente no son susceptibles de aplicación inmediata hasta el desarrollo de los programas económico-sociales aterrizados en ley ordinaria.

En lo tocante se encuentra la asomada crítica de que tales principios y normas programáticas, en realidad son sólo un manifiesto político cuya concretización se deja a disposición del legislador, por ello un elemento constitucionalizador, es la difusión en el seno de la cultura jurídica de la idea de que toda norma constitucional, al ser norma jurídica genuina, es vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos, sin importar su estructura o contenido normativo.

2.1.4.2.4 SOBREENTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.

Aparece la postura de los jueces al dar sentido a los contenidos constitucionales, aún y cuando el texto sea finito, completo ó limitado; siempre existirán lagunas en las que una Constitución no podrá regular la vida de un conglomerado.

Es ya conocido que la interpretación se bifurca en dos sentidos, la interpretación literal ó restrictiva y, la interpretación extensiva. La interpretación restrictiva entiende precisamente la postura de que una Constitución está imposibilitada a responder a toda regulación de la vida política y social, es en ese vacío donde el legislador puede disponer del espacio, mientras que al encontrarse fuera del dominio interpretativo constitucional, una ley inconstitucional ni siquiera es concebible, porque se crea un espacio para la discrecionalidad política sustraída de cualquier control jurisdiccional.

Mientras que la interpretación extensiva, permite la sobreinterpretación, de modo que se extraigan innumerables normas implícitas e idóneas para regular los casos de la vida social y política que escapan de la regulación constitucional expresa; conduciendo a eliminar la volatilidad de espacios vacíos ó libres a la disponibilidad legislativa; induciendo un control jurisdiccional completo de la legitimidad constitucional de una ley. Para ello claramente debe atenderse previamente al carácter vinculante de la Constitución, pues es el nexo normativo de las condiciones que vigorizan la constitucionalización.

2.1.4.2.5 APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.

La actitud de que la Constitución ó sus normas sólo se encargan de regular la organización del Estado y las relaciones entre éste y los ciudadanos, revierte la posibilidad de aplicar directamente las normas constitucionales en las controversias en que los operadores jurídicos participen con su decisión en la afectación entre particulares --porque las relaciones sociales de los ciudadanos entre sí han sido determinadas principalmente por el derecho civil-- sin embargo, justamente el constitucionalismo actual pugna por todo lo contrario, pensando que la Constitución --tal vez funcionalmente-- moldea las relaciones sociales. Sencillamente se parte de la primicia de que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o porque la ley sí ofrece una solución, pero tal solución parece injusta.

Invariablemente la aplicación directa de la Constitución presupone que la Constitución sea concebida como un conjunto de normas vinculantes para cualquiera y que el texto constitucional sea sometido a una interpretación extensiva; componentes que conllevan al elemento esencial de constitucionalizar.

2.1.4.2.6 LA INTERPRETACIÓN CONFORME DE LAS LEYES.

Si bien éste tratamiento se integra en otro apartado, es conveniente clarificar que ésta condición tiene relación con la técnica de interpretación, no de la Constitución, sino de la ley.

El hecho de que un texto normativo no tenga una sola y exclusiva interpretación se manifiesta en que cada interpretación distinta de un texto normativo produce una norma diversa. Sucede que una cierta disposición legislativa observada *in abstracto* o *in concreto* puede determinar, la primera que es una contradicción a la norma constitucional, mientras que la segunda asume una conformidad al texto constitucional. Palmariamente la responsabilidad llega a manos del operador jurídico para preferir cual es la interpretación correcta. En caso de elegir la segunda manera de proceder, se

está en presencia de un acto interpretativo adecuador o armonizante, porque esa es su función frente al texto de la Constitución, para evitar una contradicción de ésta ley inserta al sistema normativo; confiriendo en esa medida la validez de la ley.

2.1.4.2.7 INFLUENCIA CONSTITUCIONAL EN RELACIONES POLÍTICAS.

Los componentes de ésta condición se asumen como: el contenido mismo de la Constitución, la postura de los jueces, la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos; es una conjugación de elementos variables.

En razón metodológico se atiende la argumentación en el sentido progresivo antepuesto: contenido de la Constitución, algunas normas constitucionales confieren al Tribunal Constitucional el poder de resolver conflictos de competencia, lo que en sí refleja el desacuerdo políticos frente a las relaciones de poder entre órganos del Estado, por ello, esos conflictos puramente políticos deberán ser resueltos por el citado órgano jurisdiccional en acatamiento a la utilización del texto constitucional; la postura de los jueces puede incentivar la discusión legislativa respecto del control de la discrecionalidad política del parlamento, apoyándose en argumentos principalistas como la igualdad reconstruido como principio de razonabilidad de las distinciones; y, la postura de los órganos constitucionales y actores políticos, se explica entorno a que las normas constitucionales pueden ser más o menos usadas en la argumentación política para justificar sus acciones y decisiones --agrego porque finalmente la concreción frente a los destinatarios atenderá a principios legítimos--.

Por Constitución entonces, entendemos y entiende hoy lo mejor de la doctrina, un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están regulados de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás, es utilizando una frase que

Jellinek aplica, con alguna inconsecuencia, a las Constituciones napoleónicas, simple despotismo de apariencia constitucional.

2.1.5. LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO.

El referente más común --y expansivo hoy en día-- es la denominación de “neoconstitucionalismo” para referirse a los elementos de una teoría constitucional desde la óptica iusfilosófica que atiende a la formulación de los límites jurídicos al poder público e inclusive en algunos casos, para diferenciarse del positivismo.

Se completa la visión con la interpretación del filósofo argentino Carlos Santiago Nino, cuando expone textualmente que:

“...Hay al menos, dos sentidos principales de constitucionalismo. El primero, un sentido mínimo, se refiere al requerimiento de que un Estado tenga una Constitución en el vértice de su sistema jurídico. Hay de nuevo una considerable nebulosidad alrededor de la expresión Constitución, pero uno puede suponer aquí que se refiere a un conjunto de normas que dispone la organización básica del poder político y la relación entre el Estado y los individuos, que implican determinadas restricciones sobre la actividad legislativa normal. [...] El Estado de derecho, que puede estar incorporado a este sentido mínimo de constitucionalismo, implica, en efecto, al menos las siguientes condiciones que se dan en sistemas de muy diferentes contenido sustantivo: *a)* las relaciones básicas de los habitantes entre sí y de éstos con el Estado están definidas por normas generales, o sea que no discriminan de acuerdo con situaciones identificadas por nombres propios o por descripciones definidas; *b)* tales normas se aplican regularmente a las situaciones que ellas describen sin hacer diferencias en cuanto a su aplicación que no estén reconocidas por las mismas normas; *c)* hay procedimientos relativamente confiables para determinar si las normas son aplicables a los hechos que ellas describen, y *d)* las normas son relativamente estables y no son en general retroactivas. [...] A éste sentido mínimo de constitucionalismo se opone un sentido *pleno*. Este sentido requiere no sólo la existencia de normas que organizan el poder y que están en cierto modo atrincheradas frente al proceso legislativo normal, sino también y preeminentemente que satisfagan ciertas exigencias acerca del procedimiento y contenido de las leyes que regulan la vida pública. Éste es el sentido expresado por el artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre, cuando dice que

una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene una Constitución. Estas exigencias son las que definen el concepto de *democracia liberal o constitucional*, que parece emerger de una combinación dificultosa entre dos ideales que muchos pensadores perciben en permanente tensión: el ideal de un proceso político participativo en el que toda la gente afectada por ese proceso tiene intervención en esa decisión, y el ideal liberal de un gobierno limitado, según el cual la mayoría debe detenerse frente a intereses protegidos. El constitucionalismo en ese sentido pleno aparece como resultado de una simbiosis entre las ideas de Rousseau y Locke...¹⁸⁰

El objeto de estudio principal --o del que nace-- ese horizonte neoconstitucionalista es el análisis de los ordenamientos constitucionales y democráticos modernos en el mundo de Occidente.

Lo que intrínsecamente configura ese horizonte teórico y filosófico del que se habla, se distingue a partir del efecto constitucionalizador del reconocido catálogo de derechos fundamentales, y la justiciabilidad de los mismos. Negando a toda costa la separación conceptual entre derecho y moral; puesto que el derecho se desarrolla a partir de un modelo axiológico-normativo aplicado en la realidad, porque permite individualizar el ideal jurídico en el desarrollo de los derechos fundamentales, de acuerdo con la línea que el neoconstitucionalismo parece entender como ya trazada, o inmanente en el contenido de esos derechos, la virtualidad de una proyección jurídica evolutiva, expansiva y necesaria.

Sintetizado el aparato teórico neoconstitucional se deducen tres aspectos: *a)* en un primer sentido, indicaría un rasgo caracterizador de algunos ordenamientos jurídicos, particularmente la presentación de una Constitución, que además de contener reglas de individualización y de acción de los órganos del Estado, presenta un elenco amplio de derechos fundamentales; *b)* segundo sentido, indicaría un cierto modelo explicativo del contenido de determinados ordenamientos jurídicos, o sea, el término indicaría un cierto paradigma del derecho, de sus formas de aplicación y de conocimiento; y *c)* en un tercer y último sentido, indica un sistema axiológico-normativo del derecho, un modelo ideal al que el derecho positivo debería atender, sin embargo, el cual no sería

¹⁸⁰ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992, pp. 2-4.

un objeto externo y separado del derecho concreto, sino, por el contrario, sería el mero desarrollo y la mera concretización del derecho real, sobre la base de los principios y de los valores que en éste último están enunciados expresamente.

Otro elemento que compone el modelo abordado, se aprecia en la argumentación dentro de los Estados constitucionales, que han modificado las estructuras del Estado de derecho, mejor conocido como el Estado legalista decimonónico. En la que se configura la preferencia y preeminencia interpretativa sobre los textos constitucionales para condicionar los contenidos de las leyes.

Un factor influyente en dicha transición se encuentra en la noción de la validez jurídica que en el Estado legalista presupuso la entendida como estrictamente formal, mientras que en el Estado constitucional las normas validas requieren criterios materiales para su aprobación. Esos criterios materiales traslucen como contenidos en los “principios de justicia”¹⁸¹ comprendidos como derechos fundamentales en los que el Estado interviene para su efectividad, ya que los hace justiciables, mediante los mecanismos idóneos para su reclamación ó tutela.

Mientras que al interior del positivismo esos elementos de valor ético fueron expulsados de su horizonte analítico, aún y cuando pudiera aportar razones prudenciales, en relación al temor fundado a la sanción prevista por el incumplimiento de la norma, tal contribución en realidad no son argumentos valorativos para la acción exigida.

Complementario a lo precedido, en el Estado constitucional democrático su carácter coercitivo, pasa a ser un elemento accesorio y contingente, puesto que lo verdaderamente determinante es que el nuevo derecho se encuentra plagado de valores, constriñéndolo a interiorizar el postulado de justicia en sus contenidos positivos.

El hecho de que la Constitución no solo aparezca como la norma superiormente elevada frente a las demás, sino que al mismo tiempo impone al legislador tanto el respeto lógico-formal sobre sus propias decisiones, como en el desarrollo de tales normas constitucionales y sobre todo en su aplicación.

¹⁸¹Pozzolo, Susanna, “Un constitucionalismo ambiguo”; en Carbonell, Miguel, *Neonconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 190.

Esto quiere decir que, los textos constitucionales tienen una fuerza invasiva que predispone el respeto a una serie de valores fundamentales, que transforma los cánones materiales comprendidos.

Se obtiene que buena parte del desarrollo del constitucionalismo consiste, en la apelación en abstracto o en contextos específicos, en que se cuestiona una acción o una medida del poder público o de grupos privados poderosos, a un conjunto de principios de moralidad social que tienen consecuencias que atrincheran a ciertos intereses básicos de los individuos frente a pretensiones de otros individuos, de la sociedad.

Esa concepción normativa ó valorativa de Constitución identifica que tales principios básicos de moralidad social se establecen como el conjunto de derechos fundamentales, advierte pues dos dimensiones en el constitucionalismo, por una parte la Constitución es relevante para el razonamiento práctico tendiente a la justificación de acciones y decisiones; y por la otra parte, no podrá justificar esas acciones y decisiones al omitir argumentar racionalmente a ese conjunto de principios ideales, en la Constitución.

Además que la generación de esos principios ideales --como los denomina Nino-- son autónomos, es decir, son aceptados *per se* como válidos por sus méritos intrínsecos y no por el hecho de que cierta autoridad humana, divina o convencional los prescribió a través de actos lingüísticos registrados en ciertos documentos.

Ese acontecimiento entonces, prescribe un procedimiento legítimo – constitucionalizador-- de toma de decisiones vinculantes para todos los miembros de la sociedad política; al asumir que el procedimiento para tomar decisiones públicas, es el democrático, lo cual involucra que la democracia constitucional no sea por el solo reconocimiento de los derechos fundamentales, sino porque el procedimiento democrático está dado por reglas de juego legítimas incorporadas a la Constitución, que proveen el marco común de convivencia.

La traducción de lo explicado en el párrafo anterior, es que los principios legitiman a la Constitución no por su contenido sino por el procedimiento por el que ha sido sancionada, porque de ahí las practicas constitucionales tendrán relevancia para el razonamiento práctico al enmarcarse dentro del

procedimiento de legitimidad establecido de una óptica valorativa --determinada por los principios morales válidos-- puntualizando también que las normas jurídicas no son razones para justificar acciones o decisiones, sino razones para creer que ciertos principios morales son tales razones.

Sin embargo debe reconocerse que la exposición denota un ideal abstracto, ya que en la realidad la Constitución entendida como una práctica o convención social mexicana, podría tener relevancia si se originara en un cierto procedimiento legítimo como el democrático narrado, pero desafortunadamente es sólo un producto normativo que no tiene ese origen, ello deviene de lo que Nino llama *un obvio déficit democrático*¹⁸².

Porque con ello lo único que se desprende es la evidencia de un texto constitucional insuficiente para asegurar o garantizar adecuadamente, inclusive en el nivel normativo, los principios ideales de los que se viene hablando, ó mas claramente los derechos fundamentales.

Por ello oportunamente se acude al argumento de MacCormick:

"...el mundo contemporáneo revela una triste pluralidad de experimentos fallidos (de establecimiento de gobiernos democráticos) como así también algunos éxitos considerables, todos los cuales distan de ser perfectos. Pero si parece que la democracia opera sólo allí donde hay alguna forma de un orden constitucional que tiene una vigencia importante, cuando ese orden constitucional utiliza la separación de los poderes (por lo menos en lo que implica remover la adjudicación judicial de la arena democrática salvo en lo que hace al posible recurso a tribunales de jurados) y cuando la seguridad de, al menos, los derechos constitucionalmente derivados es firmemente mantenida. En este sentido, el constitucionalismo es un prerrequisito de la democracia. [...] La democracia constitucional es tal vez una democracia imperfecta; ella reconoce bienes fundamentales que no derivan del concepto mismo de democracia e insiste en que el valor del procedimiento democrático de toma de decisiones debe ceder ante aquellos otros bienes. Es una democracia calificada, no una democracia pura y simple. Parece sin embargo, ser la única concepción viable de la democracia..."¹⁸³

Con la teorización propuesta se busca en parte alcanzar la aspiración de convertir el gobierno de los hombres al gobierno del derecho, en el sentido que

¹⁸² Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 44.

¹⁸³ MacCormick, Neil, "Constitucionalismo y democracia", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 5, 1988-1989, pp. 370.

los principios constitucionales --ó valores ideales-- sean los que determinen el camino hacia la justicia que no tomaron en su momento las ideas del derecho positivo, ya que el derecho constitucional se encuentra plagado de principios morales positivados, que requieren de una actitud ética, para reconducir el discurso jurídico al centro de las problemáticas de la moralidad.

Opinión a la que se suma Carlos Nino, al disponer que la separación iuspositivista entre derecho y moral habría de ser abandonada, debido a que una vez que la actividad política ha devenido democrática --como se ha apuntado someramente-- el derecho así producido si fuera despolitizado estaría privado de legitimación y resultaría fundado sobre la mera autoridad; y si así sucediera no podría ofrecer razones legítimas para justificar sus acciones y decisiones¹⁸⁴.

2.1.5.1 LA MORAL EN LA TEORÍA CONSTITUCIONAL MODERNA.

Cabe precisar que según el sentido narrado y atendiendo a que con suma frecuencia se emplea la distinción entre positivismo jurídico y constitucionalismo actual, en el acentuado tono de la separación metodológica entre derecho y moral, es oportuno reflexionar el contenido que al caso se pretende aplicar al término moral, para ello, se transcribe la investigación de SusannaPozzolo, ya por su cercanía conceptual frente a su acertada referencia:

"...En un segundo sentido, el término moral, que convengo en llamar (y que comúnmente se llama) *positiva*, indica un conjunto de principios referidos al comportamiento humano en relación a la idea, y a la consiguiente práctica efectiva, que un determinado grupo social tienen del bien y del mal. La moral positiva, como la intrínsecamente conectada con una situación social dada, puede ser reconducida a hechos descriptibles en modo valorativamente neutral con las metodologías de las ciencias sociales. En un tercer sentido, el término moral, que propongo en llamar *concertada*, hace referencia a un conjunto de principios referidos al comportamiento humano, elaborado a través de un debate intersubjetivo conducido según reglas predeterminadas, en relación a la idea que los participantes en el debate tienen del bien y del mal. Este tipo de moral podría ser ejemplificada haciendo referencia a las

¹⁸⁴ Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ed. Ariel, 1994, pp. 14 y 15.

innumerables normas éticas extraíbles de las declaraciones de derechos humanos que se hayan creado por acuerdo internacional. También en éste caso, me parece, se puede atribuir a esta moral el carácter de positividad, si bien en un sentido parcialmente diferente del atribuido al segundo tipo de moral. La concertada, de hecho, puede llamarse positiva, no porque sea efectiva (como la otra), sino porque es producida por actos humanos, y por tanto, describable según los métodos de las ciencias sociales, en modo avalorativo. La conceptualización de este tipo de moral como una suerte de ideal positivo, por otro lado, puede presentar alguna dificultad, ya que la mayor parte de los principios de justicia (si no todos) tienen una raíz cultural netamente occidental y esto podría dar lugar a una cierta hegemonía cultural que minaría el requisito de la imparcialidad de las culturas...¹⁸⁵

El convincente argumento de la autora italiana está precedido por distintos componentes, categorizados así: *a)* la construcción de principios imputados a la justificación de la idea de rechazo sobre el carácter ofensivo, contaminante y repulsivo hacia la violación de los derechos humanos; *b)* la actitud ética atribuida a la actuación del derecho y los operadores de éste; *c)* la internacionalización de los derechos fundamentales; *d)* la constitucionalización de los derechos sociales; y, *e)* la expectativa objetiva de la eficacia del reclamo a la transgresión de los citados derechos.

Es decir, el denso término de moral utilizado para los fines de la teorización del constitucionalismo actual contiene justamente elementos en grado de correspondencia con los fines de la ideología difuminada por la teoría abordada para lograr un sentido en sí misma, una congruencia a su interior, afirmando que esa moral orientada por los documentos constitucionales incorpora valores que determinan la inseparabilidad ético-jurídica en la función interpretativa.

En otras palabras, la Constitución aparece no principalmente en el vértice del sistema normativo, sino primero por su valor moral, porque constituye el elemento de medición indispensable a su tarea de mutar de modo cualitativo al derecho en su complejidad.

Esa internación de la moral, según la óptica expuesta, permite un fenómeno doblemente positivo --dice la misma autora-- ya que sería

¹⁸⁵Pozzolo, Susanna, "Un constitucionalismo ambiguo"; en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, pp. 196-198.

considerada positiva no sólo como expresión de actos humanos, sino también porque se convertiría en efectiva en la medida en que estuviera expresada en documentos jurídicos dotados de autoridad y por tanto en posibilidad de imponerse a los otros componentes de la comunidad, llevando implícito el que al ser positiva, es efectiva, por la fuerza jurídica que el derecho les impone.

2.1.5.2 REFLEXIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN EL CONSTITUCIONALISMO.

Antes de justificar es conveniente identificar, es decir, no entablar el inicio sobre un supuesto dado, el que regularmente es incuestionable al suponer la inalterabilidad de los principios, confía a no indagar sobre su antecedente fáctico e incluso respecto a su inescrutabilidad intrínseca; por ello se procede mercedamente a realizar lo opuesto para obtener otros alcances en el análisis.

Entonces es parte del argumento identificador el conocer que los principios existen porque han sido positivados por la decisión política de constitucionalizar un objeto valioso para el derecho, el cual goza de la cualidad de universalidad por el significado históricamente determinado y su constante cambio de contenido, en sentido expansivo.

La expansión referida constituye un elemento importante del tema planteado, bajo la siguiente premisa, la estructura del Estado constitucional al significar su sentido mutante frente al Estado de derecho ó legalista, impone una obligación de subordinación al legislador de la Constitución, porque tal productor normativo ahora no se encuentra rodeado de una esfera protectora libertaria y autónoma, en el entendido de que está limitado por el mismo texto constitucional al respeto de ciertos principios constitucionales, circunstancia que da precisamente significado a la Constitución.

Sin embargo aquí se presenta el cajón de una discurrida crítica de Bobbio, al tenor de que sí sólo las Constituciones buenas, son aquellas que almacenan sus contenidos ello induce a un error metodológico, puesto que el análisis jurídico, sí quiere ser teoría y no ideología, cuando habla de valores jurídicos, se debería referir a valores comunes a todos los ordenamientos jurídicos y no solamente a aquellos a los que va la propia simpatía política,

puesto que con ello, se entendería que el jurista es presa de una inspiración ideológica¹⁸⁶.

Otro punto atinente a la sana reflexión impera en la polémica de que ahora los principios, al conceder un imperialismo a la moralidad están construyendo un nuevo rey encima del derecho --que antes correspondió al legislador-- llamados jueces constitucionales; que no precisan aún en definir si la cascada decisoria que da sentido a la Constitución pretende ser una teoría sistematizada ó únicamente refleja los avances hacia una ideologización, hacia la dominación de intelectos que no le pertenecen.

Y frente a esas posiciones críticas hay en efecto una corriente teórica renovadora, que entiende a los principios, desde su óptica de derechos fundamentales como un límite a la adopción de políticas basadas en cálculos costo-beneficio --es la barrera protectora que asegura un perjuicio eventual-- y del mismo modo persigue hacia la limitación intraspasable al procedimiento de la toma de decisiones por mayoría, proporcionando un perímetro decisorio y protegido a las minorías.

Porque los principios en la idea planteada se sumergen en las categorías de los derechos que Guastini distingue:

"...a) Algunos derechos están fundados en normas jurídicas positivas: podemos denominarlos "derechos positivos" (en inglés se dice *legal rights*, nosotros no podemos utilizar la expresión "derechos legales" por razones que se verán un poco más adelante; deberíamos decir "derechos jurídicos", pero esta expresión en lengua italiana, así como otras expresiones análogas en otros idiomas, está viciada por un pleonismo); b) otros derechos están fundados en normas no jurídicas o en cualquier caso no positivas: podemos llamarlos "derechos morales" o "naturales" o "no positivos"..."¹⁸⁷

La identificación del autor italiano se centra principalmente en que un derecho subjetivo no necesariamente será positivo, porque puede estar justificado por una norma o un sistema de normas de carácter moral. Ante la circunstancia de que con regularidad se pretende que un derecho moral o natural tiene el objeto de ser positivado, dicho en otros términos, que se

¹⁸⁶ Véase Margiotta, C., "Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Incola Matteucci", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Genova, núm. 2, 2000, pp. 387-425.

¹⁸⁷ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Ed. Distribuciones Fontamara, 2003, p. 216.

reconocido y garantizado mediante la tutela jurisdiccional por el derecho positivo.

Incluso los derechos positivos reconocidos y garantizados en los Estados modernos liberales nacieron históricamente como derechos morales. Así que incrementando poco más la discusión entorno a la importancia de los principios en el constitucionalismo actual, recuérdese que la distinción entre derechos legales --estos entendidos como aquellos que derivan de una ley-- y derechos constitucionales para los sistemas jurídicos que tienen una Constitución rígida, es de cardinal relevancia porque la ley ordinaria está jerárquicamente subordinada a ella, y por lo tanto no está autorizada a tocar en modo alguno las normas constitucionales. En esas circunstancias, un derecho constitucional no puede ser limitado o suprimido por una ley ordinaria; porque tiene una capacidad de resistencia intrínseca que le confiere una protección auténticamente especial.

Solidificando el estudio, también impera el presupuesto de que la atribución de un derecho es suficiente con la norma que lo atribuya, empero para garantizarlo no es suficiente con su proclamación, sino que es necesario además disponer de los mecanismos adecuados para su protección. La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere, ya que sólo otra norma secundaria que instituya mecanismos aptos para prevenir la violación de la primera, es decir, que prevea remedios para el caso de que la primera haya sido violada.

Entonces para que un derecho acceda a la tutela jurisdiccional presupone dos elementos: *a)* que el derecho en cuestión posea un contenido preciso, *b)* que el derecho en cuestión pueda ser ejercitado o reivindicado frente a un sujeto determinado también en forma precisa. Es de dicha manera que un derecho de un sujeto determinado es susceptible de tutela jurisdiccional sólo si a ese derecho le corresponde el deber de otro sujeto claramente determinado, y si el deber en cuestión se refiere a un comportamiento igualmente determinado. En palabras del referido Guastini:

“...Sobre esta base podemos distinguir entre “verdaderos” derechos y derechos “sobre el papel”...”¹⁸⁸

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 220.

La escala del tema descrito está justificada en la discusión porque la teoría del constitucionalismo actual, al asignar a la Constitución la funcionalidad equilibrante del acceso a los derechos de los individuos también contribuye a fomentar que sólo esos derechos son valederos cuando la propia Carta Fundamental así lo predisponga, siendo de esa manera que satisface el respeto de los principios con una aparente fuerza inviolable, ante su ya mencionada indisponibilidad para el legislador.

2.1.5.2.1 EL PRINCIPIO CONTRAMAYORITARIO.

Despejado el tema tocado es momento de referir brevemente el contenido de la denominada objeción contramayoritaria, que parte de dos premisas elementales: la primera indica la idea misma de la primacía constitucional, al entender que si la democracia es el método de toma de decisiones por mayoría, la primacía constitucional implica precisamente restricciones a lo que la mayoría puede decidir; y la segunda apunta al control jurisdiccional de la constitucionalidad, consiste en preguntar que legitimidad tienen los jueces no representativos ni políticamente responsables para invalidar decisiones de un legislador democrático.

La primera idea contiene un contenido teórico desde Garzón Valdez hasta Ferrajoli, con lo que respectivamente denominan esfera de lo indecible y coto vedado, en lo que subyace una idea de democracia inclusiva, democracia de contenidos; no una simple regla de decisión por mayoría; porque existen componentes de la democracia como los derechos fundamentales que no deben ser vulnerados con las decisiones de regla mayoritaria.

El elemento restante en realidad deviene también ya de un antecedente histórico de la decisión del juez Marshall, en la que se aprecia que cuando los jueces invalidan decisiones de un legislador democrático no ponen de ninguna manera su propio criterio por encima del de éste, sino que se limitan a hacer valer frente a aquellas decisiones la voluntad democrática, que no es irrestricta, dado que siempre debe estar atenta a la no vulneración de los principios en el constitucionalismo.

El análisis de los constitucionalistas ha llevado a enfrascar una seria discusión al respecto de ésta postura, porque se sugiere la idea de que los

jueces constitucionales tienen de facto la última palabra sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales, al interpretar su modalidad constitucional e imponer una lectura moral de los mismos; en otras palabras, en la práctica –advierten- es lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos fundamentales.

La refutación aparece en el sentido de que si la democracia es valiosa, es valioso protegerla de sí misma, dejando prevalecer lo valioso del procedimiento democrático con la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones, al reconocer los derechos como presupuestos genuinos de la decisión democrática, es imperdurable la sensación de una correcta decisión por el juez constitucional, al salvaguardar la democracia.

Porque esa decisión judicial construye el núcleo mínimo del límite intangible sustraído a la decisión de la mayoría, una estrategia del constitucionalismo que se fundamenta en sus propios contenidos.

2.1.5.3 EL DERECHO DESDE EL CONSTITUCIONALISMO.

En éste apartado no es menester atribuir un concepto a la Constitución, ya que cada construcción abstracta idealiza un bienestar, por ello, es preferible designar una descripción de lo que en la actualidad significa la Carta Fundamental para el derecho, bajo el enfoque de no privar de la riqueza de sus elementos.

Previo a comenzar es dable aclarar que la teoría de la Constitución que se ha pretendido explicar desde los puntos cardinales que sustenten el presente trabajo de investigación ha dejado entrever que tal construcción teórica aparentemente ocupa el lugar asignado a la teoría del Estado, porque se le atribuye el papel de fundamento de todo el saber jurídico.

Ese enfoque dinamiza el que la Constitución aparezca como fuente de un derecho material, sustancial, democrático y reflexivo; mismo que al interior contiene un germen de la idea de justicia; lo que supuestamente le da fuerza y legitimidad.

Es por ello que la implicación consciente de que la Constitución como el propio derecho, son un producto social, cuya interpretación es imprescindible para que al detectar su conexión se logre entender los componentes de su

estructura, eso sería en complemento de la explicación de que en cierta medida la Constitución contribuye a condicionar ineludiblemente el producto final del derecho en la actualidad, intentando derribar el argumento de Bourdeau en que la Constitución no es todavía una idea pura que vague por las tristes playas del pasado¹⁸⁹.

Otro elemento que identifica el análisis pretendido, es como Tamayo Salmorán explica --ello en un sentido kelseniano-- que el objeto de la Constitución es la regulación de los modos de producción del derecho; puesto que es la norma que conecta la hipótesis de validez para garantizar la unidad del sistema normativo. Tan importante aparece dicha elucidación al hacer notar que el ordenamiento constitucional en sí mismo está dotado de congruencia, como su objeto mismo lo garantiza, al fijarle el papel de disciplina de las fuentes del derecho. Porque una vez promulgada la Constitución, no hay normas legítimas que las que nacen por las vías constitucionales previstas, es por ello que el sistema normativo, como el ave Fénix, renace con la Constitución¹⁹⁰, y el derecho mismo también.

En ese orden de ideas, la Constitución puede entenderse desde la óptica que representa un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder, un texto que segrega una ideología aspiracional, que derroque toda apariencia despótica; porque entonces al ser origen el texto elemental de los derechos fundamentales, adquiere sentido pleno la expresión de que es fuente del derecho, y no sólo fuente de las fuentes del derecho.

Pareciera una retórica de los derechos fundamentales el papel tan enraizado que juegan los tales derechos, sin embargo, es importante ampliar la visión pues esos derechos que protegen al ciudadano frente al poder y sirven de fundamentación de status a los elementos estructurales del derecho

¹⁸⁹Bourdeau, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Madrid, Ed. Nacional, 1981, p. 93.

¹⁹⁰Rubio Llorente, Francisco, "La Constitución como fuente de derecho"; en Carbonell, Miguel, *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, op. cit., p. 159.

objetivos, son la parte más importante de la Constitución como fuente del derecho.

Su trascendencia tan citada --y en ocasiones aludida para idealizar-- se refiere a que las coincidencias de los derechos en la renovada teoría constitucional anticipan que su contenido al nacer de la Constitución les convierte en derechos inmediatamente exigibles y por la razón mencionada a obligar que desde la Constitución --como derecho-- comiencen a germinarse.

Otra unidad distintiva aparece en los mandatos ordenados al legislador para que promulgue leyes indispensables para el ejercicio de los derechos, con especial énfasis tratándose los derechos sociales, o mejor conocidos como prestacionales, porque finalmente son principios emanados de la propia Constitución, ese listado de mandatos en la actualidad contiene el reforzamiento institucional para exigir su cumplimiento mediante la declaración de la omisión legislativa regulada en los Tribunales Constitucionales europeos.

Un tópico ya tocado en el cuerpo de la investigación se trata --en relación con lo anterior-- a las normas programáticas, terminología que se ha venido utilizando desde los estudios de la Constitución de Weimar, las cuales concisamente establecen los fines que el texto fundamental, como fundamento del Estado, asigna a éste y, que por consecuencia toda norma o decisión que de la voluntad estatal emane ha de ser entendida como una aproximación a esos fines e interpretada hacia los mismos.

Esas piezas arquitectónicas de la construcción constitucional tienen una vinculación tan estrecha como su sentido mismo, con el análisis del sentido que la Constitución pretende atribuir al derecho, esto es, en explicación de Rubio Llorente la Constitución como fuente del derecho no se reduce a la sola declaración de los derechos fundamentales, sino que es toda ella fuente del derecho y como tal debe ser tomada y utilizada¹⁹¹.

Para esa loable labor de utilizar la Constitución, el mismo autor español consigue vislumbrar con el siguiente argumento:

"...La Constitución será una realidad viva cuando todos la hagamos eficaz y a los jueces corresponde sobre todo la noble tarea de dotarla de eficacia y a ellos incumbe su interpretación. [...] La interpretación teleológica de las normas constitucionales exige, sin

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 174.

embargo, que, junto a la finalidad de la norma, se tenga en cuenta el *telos* de la Constitución, y éste, como he intentado demostrar antes, es la creación y mantenimiento de un orden abierto, de una sociedad abierta, en donde la voluntad popular no tiene otras limitaciones que las de mantener abiertas todas las posibilidades. Ello impone, como es claro, el respeto total a la dignidad de la persona y a su libertad, que todo orden cerrado niega. El *telos* de la Constitución es la posibilidad de la alternativa, la habilitación de procedimientos que aseguren al disidente el camino a la mayoría. Sólo por ese camino se alcanza una convivencia democrática, es decir, una convivencia en la justicia y la paz que es el fin supremo del derecho y, por eso, el *telos* inmediato de su expresión más alta, de la Constitución..."¹⁹²

2.2 JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO.

Para lograr un enlace de sólida edificación en el tema indicado es válido esbozar algunas consideraciones previas que clarifiquen la explicación de que se trata la justicia constitucional, porque el concepto dada su amplitud y categorización puede ocasionar ser utilizado sin su complejo entendimiento en el paradigma de la teoría en que se sitúa. Por esa razón partiremos de un conjunto de descripciones que abonen a la referida temática.

La normalidad de que los denominados países democráticos, como el nuestro, fomenten la democracia al dotarse de una Constitución, nace de la idea que reconoce un catalogo de derechos y libertades, que se encuentran protegidas jurisdiccionalmente frente al órgano legislador y ejecutor. De ahí que la institución de la justicia constitucional da un paso hacia la democracia mediante la presencia de la legitimación en el control de las leyes que transgredan dichas libertades y derechos, que propone el modelo constitucional.

En un trabajo de Víctor Ferreres¹⁹³ se aprecia la distinción de las dos teorías que encomiendan una visión desde sus enfoques al papel de la justicia constitucional, razón por la cual, se retoma la esquematización planteada para abordar tales ideas.

¹⁹² *Ibidem*, pp. 175 y 176.

¹⁹³ Ferreres, Víctor, "Justicia constitucional y democracia"; en Carbonell, Miguel, *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos, op. cit.*, pp. 247-303.

2.2.1 MODELO DE LA CONSTITUCIÓN PROCEDIMENTAL.

Conforme con esta teoría el principio democrático exige que la mayoría parlamentaria tenga la última palabra en materia de derechos y libertades, ante la oposición a que los jueces constitucionales no tengan la potestad de invalidar las leyes aprobadas por el órgano legislativo; frente a la excepción de que si la decisión de la mayoría parlamentaria atenta contra los derechos que dan acceso al proceso político, entonces si está justificado el control judicial.

El argumento que sirve para sustentar esa excepción parte de que el parlamento goza de legitimidad en la medida en que es un órgano democrático; ya que sí el legislador vulnera los derechos de participación política a través de los cuales los ciudadanos dan vida al proceso democrático, arremete contra su propia legitimidad, y por esa razón se justifica la valoración del juez constitucional.

Bajo tal diseño teórico la Constitución debería garantizar, frente al legislador democrático, única y exclusivamente los derechos de participación política, en ejercicio de los cuales los ciudadanos acceden al proceso político para defender sus intereses y para exponer y someter a debate sus convicciones. Entonces al no incluir otros derechos, que son sustantivos, se distingue el hecho de estamos frente a una Constitución procedimental, porque solamente se preocupa por salvaguardar los derechos de participación política.

En la construcción teórica tratada es necesario abundar en la teoría de John Ely¹⁹⁴, quien sostiene que el debate constitucional contemporáneo en su país natal está dominado por una falsa dicotomía de dos tesis: *interpretivism* y *non-interpretivism*, la primera explica que los jueces deberían limitarse a hacer efectivas las normas que están explícitamente establecidas ó claramente implícitas en el texto constitucional; la segunda indica que los jueces deberían trascender este conjunto de normas y apelar a otras que no pueden describirse dentro de las cuatro esquinas del documento constitucional. Pero dichas posturas para Ely merecen su desaprobación.

La primera porque obliga a los jueces a aplicar, frente al legislador democrático, normas que fueron promulgadas por políticos que fallecieron tiempo atrás, en el entendido que en el texto constitucional norteamericano

¹⁹⁴ Para una aproximación de mayor profundidad Véase Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

existen cláusulas de extensa abstracción que es imposible descubrir su contenido desde el sólo texto constitucional.

La segunda porque no es democrático que los jueces puedan limitar las decisiones democráticas a partir de los valores que ellos consideran fundamentales y que no están expresados en el documento constitucional.

Es entonces que el teórico norteamericano propone otra solución, que enuncia *participation-oriented, representation-reinforcing*, pues para él, el contenido que el juez debe inyectar a las cláusulas superabstractas del texto constitucional debe derivarse del tema general que inspira el resto del documento, es una búsqueda de la integralidad del documento constitucional para hacer una interpretación especial, sin rebasar los límites del propio documento. Dado que el tema central de la Constitución resulta ser la instauración de procedimientos adecuados para la toma de decisiones tanto en el nivel político como en el judicial. Ello se traduce en que la Constitución protege una forma democrática de gobernar, y no una determinada ideología sustantiva, y es la protección de este proceso democrático de gobierno el contenido que debe adscribirse a las cláusulas superabstractas.

Es de tal manera que a través de esas cláusulas los jueces deben limitarse a mantener abierto el proceso político y corregir ciertos tipos de discriminaciones contra la minorías. El tratamiento descriptivo permite identificar que la afirmación de Ely se sustenta en la nota al pie número cuatro del Juez Stone en la sentencia *United States vs. Carolene Products Co.*, en que se declaró la inconstitucionalidad de un programa legislativo porque la Corte estimó violación a los derechos de propiedad, libertad contractual y soberanía de los Estados; ante el distintivo de que si bien las leyes gozan de una presunción de constitucionalidad, el alcance de esa presunción es quizá más reducido cuando la legislación afecta a alguna prohibición específica de la Constitución, sinopsis literal que indica:

“...No es necesario considerar ahora si la legislación que restringe aquellos procesos políticos de los que puede habitualmente esperarse que produzcan la derogación de la legislación indeseable, debe ser sometida a un escrutinio judicial más exigente bajo las prohibiciones generales de la decimocuarta enmienda que otros tipos de legislación. Tampoco necesitamos investigar ahora si consideraciones similares deben jugar en relación con el examen de leyes dirigidas a determinadas minorías religiosas, nacionales

o raciales; o si el prejuicio contra las minorías discretas e insulares puede constituir una condición especial, que tiende a menoscabar seriamente la operatividad de los procesos políticos en los que debe confiarse de ordinario para proteger a las minorías, y que puede exigir, en correspondencia, un examen judicial más atento...¹⁹⁵

El planteamiento sugiere que el juez tenga un papel más activo cuando la ley restringe la participación política y cuando afecta a las minorías, víctimas de prejuicios de las mayorías. Es por esa parte que John Ely asegura que no son los valores fundamentales, sino las condiciones que aseguran el buen funcionamiento del proceso democrático, lo que el juez debe imponer al legislador a través de las cláusulas superabstractas del texto constitucional.

El citado autor contribuye a fomentar el concepto de democracia representativa, no en el sentido tradicional de democracia directa, sino como una representatividad de los intereses de todas las personas, y de esa manera las decisiones se toman en igualdad de consideraciones para unos como para otros. Es un ideal representativo que exige el fomento de los derechos de participación política y el derecho a no ser discriminado.

Profundizada la narración del autor, se percibiría un contrasentido en su teoría ya que implicar el enjuiciamiento para la protección de los derechos de participación, aparenta una limitación a garantizar que el proceso democrático opere en los términos pretendidos, porque el juez tendría la posibilidad de imponer sus propias convicciones frente a la mayoría, para entender la protección de los sectores discriminados.

Por tal motivo Ely interpreta el mandato antidiscriminatorio en el sentido de que éste derecho no exige que los intereses de todas las personas sean satisfechos, los intereses de unas personas pueden tener que ceder ante intereses más importantes de otras personas, o ante intereses de un mayor número de ellas; es que las clasificaciones que traza la ley y denotan un trato desigual, en beneficio de un conglomerado y en detrimento de otro, son simplemente contrarias al principio de igualdad. Por lo tanto si en la producción legislativa ese conglomerado perjudicado no ha sido valorada su apreciación, resulta que las leyes desde su proceso están viciadas; ahí justamente sucede

¹⁹⁵ Santiago Juárez, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, Ed. IJ-UNAM, 2007, p. 139.

la activación del mandato antidiscriminatorio para proteger a esos grupos que han sido diferenciados perjudicialmente por la ley.

La discriminación describe nuestro ilustrador parte de los prejuicios, que son de dos tipos: de primer grado y de segundo grado, los primeros consisten en el exclusivo deseo de perjudicar con suma hostilidad, mientras que los segundos consisten en estereotipos inaceptables, que distorsionan el proceso de toma de decisiones pues invierten la distribución de beneficios y cargas.

En el afán de delinear el recorrido que los jueces deben transitar para identificar a los grupos víctimas de prejuicios, se diseña el concepto “minoría discreta e insular” que consiste en que la interacción social entre los diversos grupos contribuye a eliminar los prejuicios entre sí. La agrupación insular son los relativamente asilados de los demás, y los discretos son aquellos con características distintas a los demás que son inocultables. Situación que permite alinear el discurso en la búsqueda de la igualdad desde el contorno legislativo en que el juez debe examinar la sospecha de una ley que discrimine.

Aun con las críticas a la teoría de Ely, se rescatan elementos indispensables para la justicia constitucional, tales como el que se identifique cuales son los casos en que el juez constitucional debe actuar con sospecha frente al legislador, que serían cuando una ley afecte los derechos de participación política ó la imposición de obstáculos para interactuar socialmente en un plano de igualdad; fuera de esos temas el juez tiene la obligación de asentir la decisión del legislador democrático.

La dirección que toma ese análisis sin tomar prestado complemento a la teoría sustantiva, es decir prescindiendo de la defensa de derechos sustantivos; parte de tres eslabones:

a). Ely sostiene que el tema general de la Constitución de Estados Unidos es la protección de estructuras y procesos, que como finalidad última tiene la salvaguarda de la libertad individual, mediante la estrategia no de los derechos sustantivos, sino procesos y estructuras adecuadas para la toma de decisiones en los diversos niveles; cabe mencionar que innumerables críticas recibe tal aportación justificando que el *Bill of Rights* contiene un denso apartado de derechos sustantivos.

b). El hecho de que las cuestiones sustantivas son sumamente controvertidas, y las relativas a los derechos de participación política no lo son

en gran medida. Ya que no hay armonía y uniformidad entre los juzgadores constitucionales para extraer el valor de los derechos sustantivos de manera neutral, imponiendo el juez siempre etiquetas políticas, religiosas y morales de sus propias convicciones.

c). El citado autor por último apela al valor mismo de la democracia, que para su coherencia requiere que con la idea democrática en relación con el legislador, los jueces se limiten a preservar la democracia; al suponer una igual consideración y respeto de las personas: *equal concern and respect*.

Ese principio --en el que subyace el mandato antidiscriminatorio-- obliga a asumir que las personas son titulares de intereses, con capacidad para formular y revisar concepciones de justicia. Rawls participa al notar que en la cultura pública de la democracia se parte del reconocimiento de las personas como libres e iguales, porque tienen capacidad, en suficiente grado, para ejercitar esos dos “poderes morales”: tienen capacidad para formar una concepción del bien y para desarrollar un sentido de la justicia. El despliegue de estos poderes morales exige el reconocimiento de determinados derechos: libertades de conciencia y de asociación, en el primer caso; libertades políticas en el segundo. El resto de los derechos básicos son necesarios para otorgar a éstos la protección debida. Por ello, considera que los derechos fundamentales suelen reconocerse en las Constituciones liberal-democráticas integran un todo coherente¹⁹⁶.

Otro defensor del portal virtual entre derechos y democracia es Habermas, pues la autonomía pública (soberanía popular) y la autonomía privada (derechos humanos) se presuponen mutuamente desde un punto de vista conceptual y se originan históricamente de manera simultánea, como los únicos principios de legitimación posibles en la modernidad¹⁹⁷.

Por eso aparentemente la última dilucidación de Ely es endeble para Ferreres, ya que si los individuos gozan de libertad e igualdad para participar en el proceso democrático, así como en la expresión de sus convicciones de justicia, bien y mal, se permite una habilidad reconocida mediante la garantía a sus derechos de autonomía; porque el demócrata es al mismo tiempo un liberal, que poéticamente Bobbio narra al ceñir que entre democracia y

¹⁹⁶Rawls, John, *Liberalismo político*, México, FCE, 2007, pp. 136-139.

¹⁹⁷Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 1998, p. 45.

liberalismo existe un nexo común, porque ambas concepciones son individuales y se oponen a las concepciones organicistas de la sociedad¹⁹⁸, al preferir ciudadanos libres e iguales, y su prueba de fondo está demostrada en que "...el Estado liberal y el Estado democrático, cuando caen, caen juntos..."¹⁹⁹.

Una idealización de que un Estado democrático no está suficientemente soportado si los derechos del hombre no se encuentran efectivamente garantizados, cuando el Estado no interviene activamente para corregir las desigualdades sociales, porque finalmente son obstáculos removibles para evitar las contradicciones a que puede elevarse una propia Constitución.

Otra incitada discusión prejuzga sobre la identidad de significados entre Constitución procedimental y Constitución abierta, aunque en realidad ésta última guarda significados divergentes, que a continuación se enuncian para efectos de validar la investidura institucional de la justicia constitucional abordada desde la teoría de Ely y sus respectivas críticas.

a). Por Constitución abierta puede decirse que lo es, si garantiza un tipo de sociedad abierta, en la que los individuos tienen asegurada la autonomía personal a través de derechos sustantivos, cerrando al legislativo la posibilidad de restringir o limitar dicha autonomía; puesto que lo pretendido es abrir espacios de libertad, mientras que la Constitución procedimental abre sólo posibilidades al Parlamento para incluir la decisión política de cerrar determinados espacios de libertad individual.

b). Otra acepción de Constitución abierta es cuando ésta se adapta con flexibilidad a las transformaciones sociales, políticas e incluso morales. Principalmente mediante la interpretación de las cláusulas abstractas que permitan dotar de sentido específico a los derechos.

c). Por último puede decirse que una Constitución es abierta cuando su interpretación está abierta a todos, no sólo a los jueces constitucionales, sino también a los órganos políticos representativos y a la opinión pública. Sustentada en la tesis de Häberle de una "sociedad abierta de intérpretes

¹⁹⁸Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, México, Ed. FCE, 2006, p. 41.

¹⁹⁹Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Ed. Plaza & Janés, 1985, p. 24.

constitucionales”²⁰⁰, porque precisamente enraíza en la sociedad la cultura de lograr un diálogo público articulado en torno al texto constitucional.

2.2.2 MODELO DE LA CONSTITUCIÓN DE DETALLE.

Esta construcción intelectual explica que es legítimo que la Constitución establezca restricciones a la legislación que pueda aprobar el parlamento democrático, en la medida en que los procesos a través de los cuales la Constitución es aprobada y modificada expresan la voluntad popular de un modo más auténtico que los procesos legislativos ordinarios.

Porque en México la Constitución aprueba su modificación mediante mayorías calificadas en un endurecido procedimiento de reforma y esa consideración refleja con intensidad de mucho mejor modo el consenso y concordia de la voluntad popular.

El enlace para la explicación se centra en dos visiones, la primera en la que la Constitución que protege derechos y libertades exclusivamente a través de un conjunto cerrado de disposiciones altamente específicas; la segunda un modelo constitucional que protege derechos y libertades a través de disposiciones altamente abstractas; ciñéndose a la conceptualización de Ronald Dworkin, la primera vendría siendo la “Constitución de detalle” y la restante “Constitución de principios abstractos”²⁰¹.

Tratando la Constitución de detalle se parte de la postura de que el propio Poder Constituyente debe abstenerse de incluir en el texto constitucional cláusulas excesivamente abstractas; ante la condicionante de que el juez debe sujetarse de la siguiente manera:

a) No debe utilizar como parámetro de validez de la ley, las cláusulas más abstractas que la Constitución pueda incluir. Por lo tanto aquellas disposiciones más abstractas deben interpretarse como disposiciones que vinculan al legislador, y entonces la última interpretación le corresponde exclusivamente a éste; porque en caso opuesto los efectos del control judicial en la constitucionalidad serviría a los Tribunales Constitucionales para

²⁰⁰Häberle, Peter, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, p. 18.

²⁰¹Dworkin, Ronald, *La democracia posible: Principios para un debate político*, Barcelona, Ed. Paidós Ibérica, 2008, p. 67.

proclamar la invalidez de las leyes aprobadas por el Parlamento, ya Kelsen la vio de la siguiente manera:

“...Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etcétera, como directivas relativas al contenido de las leyes. Esta interpretación sería evidentemente equivocada, porque ello no podría ser así más que si la Constitución estableciera una directiva precisa, es decir, si indicara un criterio objetivo cualquiera. [...] Va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equívoco como el de justicia u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada por el Parlamento del simple capricho de un órgano colegiado compuesto, como el tribunal constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde un punto de vista político. Para evitar un desplazamiento semejante –ciertamente no querido por la Constitución y completamente contraindicado políticamente- del poder del Parlamento a una instancia que le es ajena y que puede transformarse en representante de fuerzas políticas muy distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible...”²⁰²

Claramente en el estudio de Ferreres distingue dos tesis: la de *Constitutioneferenda* en que las Constituciones deben evitar la proclamación de valores abstractos a los que deban sujetarse las leyes; y la de *Constitutione lata* en que el Tribunal Constitucional no debe interpretar que la Constitución efectivamente promulgada, en la medida en que proclama tales valores, le autoriza a utilizarlos como parámetro para medir la validez de las leyes.

Tesis en las que subyace la necesidad de limitar el espacio de libre discrecionalidad del carácter político del Tribunal Constitucional, mediante las disposiciones constitucionales que protegen derechos fundamentales y otros valores semejantes, para evitar ser promulgadas en términos demasiado generales²⁰³.

Frente a esa posición destaca Tomás y Valiente su aseveración de la validez de la utilización de los valores superiores por el Tribunal Constitucional,

²⁰²Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (justicia constitucional)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre 2008, p. 36.

²⁰³Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Ed. Tecnos, 1995, p. 33.

porque ellos sirven para dotar al texto constitucional de resistencia, en el sentido de capacitarla para adaptarse al cambio sin ceder en su propia identidad, exponiendo así:

“...Creo que la recta utilización jurisprudencial de esta categorías constitucionales, y en especial de los valores, favorece la resistencia constitucional en cuanto adaptabilidad o apertura a nuevas exigencias éticas concretas que sólo cabe considerar incorporadas como contenido de determinados derechos fundamentales en virtud de la cobertura amplia y flexible que se deriva de tan generales, pero positivadas, cláusulas. Fue un acierto innegable del constituyente incluir la apelación a los valores como normas...”²⁰⁴

b) El juez no debe extender por analogía las cláusulas más específicas, recurriendo a los principios más abstractos que subyacen a las mismas. Lo anterior se funda en entender que la extensión analógica exige al juez razonar a partir de principios abstractos, que para Atienza significa la apertura hacia una mayor discreción judicial²⁰⁵.

Ignacio de Otto en ese sentido dice que la operación de interpretar el contenido del texto constitucional no debe hacerse en una dirección expansiva que amplíe su contenido, sino en términos estrictos, es decir, restringiendo el alcance de la limitación que la Constitución impone a la ley²⁰⁶. Esa forma de comprender la interpretación restrictiva excluye por sí la extensibilidad al momento de interpretar el documento constitucional, postura apoyada por Rubio Llorente al rechazar al oponerse a servirse de los valores para extraer de ellos nuevas obligaciones para el legislador, a partir de la interpretación.

c) El juez no debe interpretar las intenciones históricas del Poder Constituyente desde un elevado nivel de abstracción. Obligación de abstención que halla sustento en la corriente constitucional norteamericana denominada “originalismo”, manteniendo la idea de que el control judicial de la ley sólo tiene compatibilidad con la democracia si los jueces interpretan la Constitución de acuerdo a la genética de quienes promulgaron las distintas cláusulas constitucionales (llamados *framers*), pues sólo ellos al haber sido elegidos por el pueblo, pueden restringir legítimamente el contenido posible de las leyes

²⁰⁴ Tomás y Valiente, Francisco, “La resistencia constitucional y los valores”, *Isonomía*, Alicante, núm. 15-16, 1994, p. 642.

²⁰⁵ Véase Atienza, Manuel, *Sobre la analogía del derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Ed. Civitas, 1986.

²⁰⁶ Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ed. Ariel, 1988, p. 148.

aprobadas por las legislaturas posteriores elegidas también por el pueblo²⁰⁷, como apuntó Robert Bork.

La crítica dworkiniana al originalismo se empotra en ampliar el panorama de esa especificidad de la intención legislativa al interior del texto constitucional, dicho distinto, es importante para la teoría constitucional no sólo si la intención de quienes hicieron la Constitución debería considerarse en la interpretación, sino más bien como debería contar esa intención, esa intención contando desde un plano abarcativo al privilegiar el criterio extensivo de la intención abstracta²⁰⁸, autor que obviamente propugna por una Constitución de principios.

Afinando así que la columna vertebral del originalismo americano se ve en la preferencia por una lectura del texto constitucional, de las intenciones de los constituyentes, y de las tradiciones –jurídicas-- del país, que se centra en la concepciones específicas en detrimento de los conceptos abstractos; idealización de la Constitución de detalle cimentada en el trasfondo deducido.

El argumento trascendente a favor de la Constitución de detalle es que, bajo ella, la discreción judicial es menor que bajo una Constitución de principios abstractos. Ilustra Ferreres de la siguiente manera:

“...La objeción democrática frente a la justicia constitucional parece entonces diluirse: pues, cuando la ley es invalidada por contradecir una disposición específica de la Constitución, la voluntad del Parlamento no cede ante la del juez, sino ante la voluntad más alta de ese poder democrático superior que es el Poder Constituyente, y que se ha expresado de manera clara e inequívoca...”²⁰⁹

La finalidad se refleja en la voluntad de reducir la discrecionalidad del juzgador constitucional, porque los partidarios de una Constitución de detalle esbozan su explicación en el sentido de que para invalidar una ley aprobada por el Parlamento democrático, las normas constitucionales que el juez tiene que hacer efectivas deberían estar expresadas en términos relativamente específicos, y el juez no tendría porqué apelar a principios más abstractos para extender las restricciones constitucionales por vía analógica; pues la decisión

²⁰⁷ Véase Bork, Robert, *The tempting of America. The political seduction of the law*, Nueva York, Ed. The Free Press, 1990.

²⁰⁸ Dworkin, Ronald, *The forum of principle. A matter of principle*, Cambridge, Ed. Harvard University Press, 1985, p. 57.

²⁰⁹ Ferreres, Víctor, *op. cit.*, p. 277.

invalidatoria del juez, que constituye la máxima pena que puede recaer sobre la ley, debe estar predeterminada con suficiente grado de especificidad por la disposición constitucional.

La Constitución de detalle parte de la postura de que la función del Parlamento y la del juez constitucional en materia de derechos y libertades son distintas, porque el legislativo adopta decisiones dentro de los límites que la Constitución establece, mientras que el juez constitucional se encarga de hacer efectivos esos límites, siempre que su facultad aparezca determinada con especificidad.

Otro elemento favorable es demostrar que el juicio de constitucionalidad es relativamente autónomo respecto de juicios morales que acerca de cuestiones colectivas pueden formarse los ciudadanos y sus representantes, donde precisamente esa relativa autonomía debe asegurarse a través de la especificidad del lenguaje constitucional.

Mientras que la teoría dworkiniana relativiza el problema de la discreción judicial al utilizar la doctrina de los precedentes, dicho de otro modo, Dworkin sostiene que el juez cuando elabora concreciones de un principio abstracto además de considerar la Constitución como un todo, debe recurrir a los precedentes, porque son los puntos fijos de lo que se debe partir, pues al entender el derecho como integridad, se exige al juez la elaboración de teorías que sean atractivas desde un punto de vista moral y que lo decidido en el pasado se ajuste institucionalmente en forma de precedente a la decisión actual, es el perfil discursivo hacia donde debe desarrollarse la teoría jurídico-constitucional.

Por otra parte, el argumento contra la Constitución de detalle, parte de la premisa de que la especificidad presupone que el Poder Constituyente expresa la voluntad del pueblo de manera más auténtica que el Parlamento, frente a la realidad de que la Constitución es un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas; conjugado vertebralmente con el entendimiento de Thomas Paine al decir que cada generación debe tener plena competencia para decidir, sin estar ligada a

las decisiones de las generaciones pasadas; son los intereses de los vivos, y no de los muertos, los que deben protegerse y armonizarse²¹⁰.

Por ello, cuando se afronta la cuestión de derechos y libertades, los constituyentes deben ser conscientes de que no todas las convicciones que son mayoría en ese momento, van a poder resistir con el mismo grado de éxito el embate de la crítica racional en el futuro en un proceso siempre abierto a la discusión pública. Por lo tanto, la Constitución que es una norma difícil de corregir a consecuencia de su rigidez, sólo debe expresar decisiones en materia de derechos y libertades que sean relativamente abstractas de su contenido, dejando para la legislación ordinaria aprobada por los sucesivos Legisladores democráticos la responsabilidad de interpretar y concretar ese contenido abstracto a la luz de las específicas circunstancias cambiantes.

Porque ello permite que si la Constitución incluye restricciones sustantivas muy específicas en la expresión de los valores fundamentales de la comunidad política, posteriormente en un futuro podrán modificarse cuando por las circunstancias del momento revelen su equivocación, ó inclusive para no sujetarse a las convicciones abstractas e inconscientes de los miembros del Parlamento; aunado a la demostrada desconfianza que muestran a sus sucesores, desconfianza que se traduce en desigualdad.

Ya que esa actitud, debe ser reemplazada por un apoyo intergeneracional, que permita revisar y alterar los mandatos constitucionales, para que más se adecuen a las circunstancias favorables de su modo de vivir.

Frente a la diferenciación de que ello sí puede suceder en el diseño de la estructura de gobierno, es decir, las decisiones constitucionales acerca de la estructura de gobierno requiere de un mayor grado de especificación que las decisiones acerca de los derechos básicos, dada la mayor variedad de alternativas razonables entre las cuales se debe elegir²¹¹.

En el mismo sentido opina Holmes, puesto que considera que la expresión constitucional de los derechos y libertades debe ser relativamente abierta y abstracta a fin de que sea cada generación la que reinterprete su

²¹⁰ Paine, Thomas, *Los Derechos del Hombre*, México, Ed. FCE, 1996, pp. 41-44.

²¹¹ Rawls, John, *op. cit.*, p. 233.

significado a la luz de las nuevas realidades y las nuevas convicciones formadas a lo largo de un proceso de deliberación pública nunca cerrado²¹².

Otra postura encontrada frente a los beneficios de la Constitución de detalle se inserta en que si la Constitución protege derechos a través de disposiciones muy específicas, corre el riesgo de que no incluya algunos aspectos de la libertad y de la dignidad de las personas que son merecedoras de protección constitucional, principalmente porque una Constitución de detalle con el paso del tiempo se va haciendo vieja, mientras que una Constitución de principios abstractos, por el contrario permite la apertura a nuevas dimensiones de la libertad y la dignidad.

Postura que brinda la posibilidad de que la incorporación de cláusulas abstractas amplíe la lista de derechos específicos que apuntalen en el proceso de adaptación del texto constitucional a la realidad, es una apertura de la Constitución hacia el futuro.

Las críticas al extensionismo de los derechos, no se hacen esperar, en esa línea Robert Bork refuta que:

"...Cuando un tribunal reescribela Constitución creando un nuevo derecho constitucional o, sin justificación, expande indebidamente un derecho existente, no crea libertad adicional, sino que simplemente desplaza la libertad desde un grupo más extenso a otro más reducido. No hay ningún mérito intrínseco en ello..."²¹³

El descriptor del trabajo de justicia constitucional y democracia abordado, opina distinto al narrar que no es posible sostener que la Constitución, al proteger determinadas libertades individuales frente a su derogación por la mayoría parlamentaria, restringe libertades individuales de la mayoría en una cantidad equivalente, porque los derechos individuales no son trozos de libertad que la minoría arranca a la mayoría.

Otra crítica se dirige en el sentido de que la necesidad de extender la protección a nuevos aspectos de la libertad y de la dignidad que no están amparados por las cláusulas constitucionales específicas, requiere que el legislador decida sobre esa extensión. En efecto habrá quienes coincidan con el razonamiento de que para extender a nuevos derechos las protecciones

²¹²Colmes, Stephen, "Las reglas mordaza ó la política de omisión", en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, México, Ed. FCE, 1999, p. 49.

²¹³Bork, Robert, *op. cit.*, p. 178.

constitucionales, ello debe realizarse a través de una reforma del texto constitucional.

A lo anterior responde el mismo autor que la exigencia de reformar la Constitución resulta excesiva, porque las cláusulas más abstractas que figuran en la Constitución rígida deben interpretarse como cláusulas de salvaguardia que el Poder Constituyente ha querido mantener, en palabras de Tomás y Valiente es un instrumento al servicio de la resistencia constitucional²¹⁴.

La siguiente objeción explica que en la ampliación de derechos a través de las cláusulas más abstractas ve un peligro para los propios derechos protegidos por cláusulas más específicas, porque ello conllevaría a una inflación de derechos que trivialice el significado de los derechos constitucionales.

Lo que tiende a apostar es el que los jueces constitucionales hagan prevalecer su autorrestricción que le impida interpretar con una llana y vacía alegría que ponga en riesgo justamente esa trivialización de que se habla.

Un elemento más a reflexionar es el hecho de que la Constitución funciona para integrar en una unidad política a la pluralidad de fuerzas e ideologías de la sociedad, Hesse indica que se trata del “principio de la eficacia integradora de la Constitución”²¹⁵.

Lo mismo indicó Zagrebelsky cuando apunta que debe existir una correlación entre el pluralismo político, que es propio de las sociedades democráticas y el pluralismo de valores que la Constitución acoge, literalmente:

“...la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluta, compatible con aquellos otros con los que debe convivir...”²¹⁶

De lo que se trata es de incluir, de fomentar y educar en la inclusión, lo cual pretende obtener la estabilidad de un régimen democrático que logre el consenso político por superposición de las diversas cosmovisiones, de modo que los principios políticos que se construyan a partir de este consenso sean

²¹⁴ Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, pp. 640-644.

²¹⁵ Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 47.

²¹⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, op. cit.*, p. 14.

suficientes para guiar las discusiones colectivas acerca de la estructura básica de la sociedad.

Ese consenso de valores políticos, justifica que el juez constitucional en el momento de evaluar el grado de razonabilidad de la regla específica que el legislador aprobó, admita la relevancia de diversos valores en colisión, con independencia del sentido de su solución. Porque finalmente las disposiciones constitucionales que enuncian valores abstractos que figuran como cláusulas de salvaguarda son precisamente para mantener una constante correlación entre el pluralismo político y pluralismo de valores constitucionales, elemento de la democracia liberal.

Como ejemplo Peter Häberle cita los procesos de diálogo entre los diversos Tribunales Constitucionales de la Unión Europea sobre la formación de un *iurcommuneconstitutionale* que exige, entre otras cosas, la “europeización de la justicia constitucional”²¹⁷.

Tras el denso cúmulo narrativo se ha demostrado que la Constitución de detalle en comparación con la Constitución de principios abstractos, si bien reduce la discreción interpretativa del juez, también conlleva la vinculación injustificable de la generación actual y de la futura generación a las decisiones de una generación ya muerta; del mismo modo no permite acoger nuevas exigencias éticas derivadas de aspectos de la libertad y la divinidad humana que no están contemplados en sus cláusulas específicas, y dificulta el desarrollo de procesos interpretativos que permitan integrar políticamente a los miembros de una sociedad plural, así como a Estados diversos, dentro de una cultura pública basada en valores compartidos.

Razón por la cual, Víctor Ferreres propone la construcción de una teoría alternativa que sirva para legitimar y limitar democráticamente a la justicia constitucional, bajo el siguiente esquema de ideas:

a). Uno de los ingredientes esenciales de la democracia, sin la cual ésta dejar de ser valiosa, es la deliberación pública: los ciudadanos, directamente o a través de sus representantes, sólo pueden tomar decisiones colectivas después de que se haya desarrollado un debate abierto a todos, durante el cual

²¹⁷Häberle, Peter, “Derecho constitucional común europeo”, en Pérez Luño, Antonio, *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996, pp. 187-223.

haya podido calibrarse la fuerza de las razones a favor y en contra de las diversas propuestas.

b). La existencia de una Constitución que no sólo protege procedimientos, sino también valores sustantivos, y que lo hace en términos abstractos, puede contribuir a que en el contexto de esa deliberación pública se tengan en cuenta determinadas razones y contrarrazones de especial calidad: las que derivan de los derechos fundamentales. Estos derechos son aceptados como valiosos por la propia mayoría (por amplías mayorías de hecho) en cada momento histórico. No son restricciones impuestas por una generación anterior, sino restricciones que la propia generación actual acepta como válidas. Pero en la medida en que la Constitución enuncia los derechos en términos abiertos, no zanja las polémicas contemporáneas en torno a su significado concreto: simplemente canaliza el debate, articulándolo.

c). La justicia constitucional puede contribuir a mantener viva la cultura deliberativa, en un doble sentido: en primer lugar, la mayoría se ve obligada a explicitar ante un tribunal cuáles son las razones que justifican la ley que se ha aprobado. En segundo lugar, tiene que pechar con la carga de dar respuesta a las contrarrazones que aduce ante el tribunal que impugna la ley. Si quien ha acudido al tribunal es un individuo perteneciente a un grupo cuyas voces pueden haber quedado marginadas en el debate político, el papel del tribunal es entonces especialmente importante.

d). Pero el tribunal encargado de la justicia constitucional no es el único interprete de la Constitución. También lo es el legislador democrático. Por ello, el tribunal debe examinar la ley partiendo de una presunción de constitucionalidad, esto es, debe operar bajo la presunción de que la ley descansa en una interpretación razonable del texto constitucional. La fuerza de esta presunción puede variar según los supuestos; pero, por regla general, no debe llegar al extremo de que sólo en casos de inconstitucionalidad manifiesta puede el tribunal dar e paso de descalificar la ley, pues una presunción tan fuerte privaría a la justicia constitucional de toda capacidad para generar los efectos deliberativos deseados, esto es, para que, tanto en el proceso político como en el posterior procesos judicial, la mayoría se sienta compelida a dar razones de peso a favor de sus decisiones, y a contestar las contrarrazones esgrimidas por quien pone en tela de juicio la constitucionalidad de la ley.

e). El Tribunal tampoco tiene la última palabra a la hora de interpretar la Constitución. Por ello, el proceso político democrático puede reaccionar de varios modos ante una sentencia que invalida la ley. Una vía es la reforma constitucional. La otra, más delicada, es la aprobación de una nueva ley de contenido idéntico o similar al de la ley invalidada. Bajo ciertas condiciones, esta respuesta a la justicia constitucional es legítima. La existencia de votos particulares a las sentencias, así como la renovación periódica de los jueces que administran la justicia constitucional, son factores que promueven la existencia de *inputs* políticos en el proceso de evolución jurisprudencial. El significado de la Constitución no se establece de una vez para siempre: es el producto de una conversación abierta a todos, y es objeto de una búsqueda sin término.

2.2.3 JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA.

En la antesala del entendimiento no debe olvidarse que la autoridad moral de los movimientos democráticos proviene de la oferta de esperanza para suprimir los órdenes sociales injustos, ya John Dewey lo observó:

"...remediar los males experimentados como consecuencia de instituciones políticas anteriores..."²¹⁸

Para sentar con claridad es oportuno recordar que en el siglo XX, no menos que en el siglo XIX, mucha gente echó culpa de la injusticia social a la falta de democracia, y asumieron entonces a ésta como un arma importante para sustituir relaciones sociales injustas por otras más justas.

Aunque un elenco considerable de la academia retoma que alcanzar la democracia política no garantiza *per se* la obtención de la justicia social; porque incluso en países que prevalecen las instituciones democráticas fundamentales, con gobiernos elegidos mediante sufragio universal, la riqueza puede redistribuirse, o no; las minorías pueden respetarse, o no; las oportunidades pueden extenderse a todos, o no; y la diversidad religiosa puede ser tolerada, o no.

Entonces la dependencia mutua entre los dos ideales plasmados, tiene por un lado que, la mayoría de los argumentos a favor de la democracia en el

²¹⁸ Dewey, John, *Democracia y educación: una introducción a la filosofía de la educación*, Madrid, Ed. Paidós, 2002, p. 63.

fondo descansan en intuiciones acerca de lo que es justo, y por el otro que, si se profundiza lo suficiente en los argumentos acerca de la justicia social, frecuentemente se descubrirá que descansan en referencia a intuiciones morales democráticas; ello equivale a un *sistema de reciprocidad*, porque es poco probable la satisfacción de ambas al menoscabar las intuiciones de una u de otra.

De dichas observaciones Ian Shapiro²¹⁹, propone que para desarrollar una visión de la justicia democrática, las consideraciones democráticas juegan un triple papel fundacional: *a)* en la definición de los bienes sociales; *b)* en la determinación de los principios mediante los cuales deben resolverse los conflictos sobre bienes; y *c)* en la postura adecuada para implementar los principios de justicia en el mundo real de la política cotidiana.

Para la construcción del discurso se advierten tres aclaraciones. La primera, la democracia defendida, es un bien subordinado, ello quiere decir que aunque la democracia es necesaria para ordenar las relaciones sociales con la justicia, debe prevalecer una resistencia a toda insinuación de que es suficiente; de que es el máximo bien humano; de que es el único bien humano, o de que debe dominar todas las actividades en las que se participa. Porque la vida humana requiere de muchas más cosas para ser satisfactorias y es equivocada la idealización expectativa de que la democracia cumpla con ellas.

La segunda, el argumento a favor de la justicia democrática es semicontextual, en el sentido de que parte, sólo en una parte, con el tiempo y las circunstancias; así, algunos aspectos pueden mutarse a través del tiempo, de acuerdo a la exploración de los requerimientos de los distintos contextos.

La tercera, durante el desarrollo de la proposición de justicia democrática, se guarda especial atención en un análisis en el nivel de los procedimientos y de las instituciones. Atribuyendo desde la óptica del que esto escribe, el hecho de que la intencionalidad del autor parte de una postura estructuralista-funcionalista, al indicar que aquellos encargados de elaborar la teoría política normativa deben concentrar su atención en analizar cómo se han de estructurar las dimensiones del poder de la interacción humana.

²¹⁹ Véase Shapiro, Ian, "Elementos de la justicia democrática", *Isonomía*, Alicante, núm. 20, 1997, pp. 331-376.

2.2.3.1 DOS DIMENSIONES DE LA JUSTICIA DEMOCRÁTICA.

Algunos demócratas son fervientes a responder al compromiso del gobierno del pueblo, insistiendo en que ningún aristócrata, monarca, burócrata, experto ó líder religioso, tiene derecho por su estatus, a forzar a la población para aceptar una particular concepción de su adecuada vida en común. Porque las personas son quienes deciden por sí mismas, mediante procesos adecuados de decisión colectiva sobre cómo deben resolverse sus asuntos. Conlleva la afirmación implícita de que las personas gozan de autonomía y se autogobiernan en lo relativo a su vida colectiva.

Porque inclusive la democracia significa oposición al ejercicio arbitrario del poder; al grado de que se utiliza como herramienta para aumentar la participación en el poder político y para debilitar el poder y autoridad de quienes gobiernan. Sirve de antecedente Nelson Mandela al incitar a la resistencia frente al gobierno, al preguntar:

“...si la responsabilidad no recae sobre los hombros del gobierno que promulgó esa ley, sabiendo que mi gente, que constituye la mayoría de la población de este país, se oponía a dicha ley, y sabiendo además que cualquier medio para demostrar esa oposición les estaba vedado por la legislación anterior y por la acción administrativa del gobierno...”²²⁰

La franca participación del reconocido activista refirió el hecho de que él no debía sujetarse a una ley en la que al elaborarse ni se le tomó parecer a la población, porque ni siquiera fueron escuchadas sus voces.

2.2.3.1.1 EL AUTOGOBIERNO COLECTIVO.

Es considerable comenzar por distinciones. Los liberales, normalmente entienden a la libertad individual como el mayor bien, se centran por eso en los mecanismos para proteger al individuo frente al ámbito de la acción colectiva. Por su parte los demócratas, tratan de estructurar adecuadamente la acción colectiva de modo que incorpore las preferencias de los gobernados. Bajo ese esquema es común de los liberales oponerse a dicha lógica, argumentando que ningún procedimiento puede integrar equitativamente las preferencias de todos lo gobernados, porque las reglas de decisión democráticas se convierten

²²⁰ Mandela, Nelson, *Largo camino hacia la libertad*, Madrid, Ed. Aguilar, 2010, p. 91.

fácilmente en instrumentos mediante los cuales mayorías ó minorías manipuladas, tiranizan a los individuos.

A tales argumentos es dable entender que no hay una regla de decisión colectiva calificada como la mejor, además que distintas reglas serán adecuadas para los distintos ámbitos de la vida social, según su naturaleza, la importancia de la decisión para los participantes, los costes potenciales para terceros, y otros factores contingentes visibles en ellas; aunado al hecho de que la actitud pluralista acerca de las mencionadas reglas de decisión surgen de la idea de que la sociedad civil se compone de ámbitos de acción social que difieren cualitativamente entre sí.

El mensaje plasmado conduce a entender, *ceterisparibus* la tiranía de la mayoría es algo que la gente debe racionalmente temer, pero no debe temerla tanto como a la tiranía de la minoría.

Dado que entender la propuesta de la regla de unanimidad propuesta por los liberales, no dan de manera evidente elementos para calificarla como la mejor manera sobre la base de que materializa el consentimiento de los gobernados, precisamente en la participación a las decisiones fundamentales de su gobierno.

Así que lo pensado desprende que es la participación misma la que debe ser pensada en un modo sensible al contexto, que produzca la discusión y deliberación conjunta, mediante la cual, se considere el consenso para llegar a concordias en los acuerdos.

Sin perder de vista claro está que, las reglas de decisión apropiadas para los distintos aspectos de la vida varían, pues, en función de la actividad en cuestión y de los objetivos en torno a los cuales se organiza. Pero decir esto es resolver un problema planteando otro, ya que estas actividades y objetivos nunca están establecidos y hay normalmente, discrepancias entre ellos.

La justicia democrática tiene una dimensión que propone un reto creativo, consistente en idear métodos de gobierno que condicionen democráticamente las formas existentes de hacer las cosas, y que además abran las vías para su reevaluación con el tiempo. Porque si no hay una única regla de decisión que sea la mejor para regir los diversos ámbitos de la sociedad civil --dice Ian Shapiro-- sí surge una limitación general a la hora de pensar sobre las reglas de decisión, presumiéndose que cualquiera que se vea

afectado por el funcionamiento de un particular ámbito de la sociedad civil tiene algo que decir respecto a su gobierno, idea básica de la democracia en el sentido de que la gente debe gobernarse a sí misma; con ello se produce una presunción de inclusión ciudadana universal.

La idea de autogobierno colectivo defendida en la tesis de Shapiro, tiene la base causal en el derecho a que la participación proviene de que se tenga un interés que pueda verse afectado por la acción colectiva particular; en ese sentido el argumento de la justicia democrática difiere de las perspectivas liberal y comunitarista, porque la perspectiva propuesta la estructura de las reglas de decisión debe seguir contornos de las relaciones de poder, y no los de las pertenencias políticas.

2.2.3.1.2 INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA OPOSICIÓN.

Un elemento que sostiene el criterio para entender la democracia, se basa en la existencia de una oposición legítima, que hasta cierto punto es efectiva. Lo cual es cierto desde distintas razones; en primer lugar las instituciones de oposición cumplen la función de proporcionar espacios para que potenciales liderazgos alternativos puedan organizarse, haciendo posible los cambios de poder periódicos que son necesarios para el gobierno democrático. En segundo lugar, la oposición ayuda a legitimar la democracia, al atraer el disenso social hacia fuerzas antigubernamentales dentro del régimen. En tercer lugar, las instituciones de oposición sirven al interés público porque aseguran que haya grupos e individuos motivados para hacer preguntas molestas, reducir ó acabar con la opacidad y denunciar los abusos de poder.

Lo cual demuestra la necesidad de crear mecanismos mediante los cuales pueda articularse la oposición, porque para ser efectivas, dichas garantías procedimentales tienen que ser respaldadas por amplias facultades del ejercicio de la libertad; como es hoy en día un extracto relevante para sugerir la democracia sustantiva.

Esto quiere decir que, los procedimientos para expresar la oposición deben considerarse valiosos independientemente de los mecanismos de decisión colectiva que prevalezcan, reconociendo que para la toma de decisiones deben buscarse reglas de gobierno democrático apropiadas para

cada circunstancia, garantizando a la gente la libertad de oponerse a lo decidido, e incluso a elaborar cambios.

Sin embargo, la tolerancia a la oposición encauza que los grupos dominantes sientan sometimiento, porque se debilita su control sobre los valores y objetivos colectivos; es decir, suelen oponerse a la oposición o intentan hacerla nula; por esa razón la justicia democrática juega un papel trascendental, al momento de institucionalizar mecanismos para detener a esos grupos dominantes, respaldados además por amplias libertades civiles y políticas a los grupos opositores.

Pero las libertades *per se* no son suficientes, porque ellas pueden debilitar la posibilidad de desafiar el estatus quo. Es decir, las desigualdades en el control de los recursos necesarios para hacer de las libertades un instrumento al servicio de una oposición eficaz puede suponer que los grupos estratégicamente fuertes, cuando están comprometidos con los órdenes existentes, sean capaces de bloquear todo intento de alterarlos. Así pues, aunque es razonable considerar que las libertades son valiosas por su propensión a permitir e incluso fomentar la oposición, no son una panacea.

Tan sencillo como explicitar que cuando quiénes están comprometidos con el estatus quo tienen un acceso sin igual a la información, a la riqueza y a los recursos organizativos, ellos pueden utilizar las libertades para reforzar su ventajas.

Tales eventos han impulsado a algunos autores a defender la tesis de la democracia sustantiva frente a su concepción procedimental. Inclusive Beitz, propugna que un sistema verdaderamente democrático de justicia cualitativa necesita previamente un sistema de legislación justa, ya que no puede confiar en que el mero derecho de sufragio igualitario produzca resultados justos²²¹.

Mientras que la sugerencia de Ian Shapiro, radica en establecer sospecha frente a las jerarquías, es porque aún cuando las jerarquías pueden existir para muchos propósitos legítimos, por si solas contienen desigualdades de poder como oportunidades para la oposición truncada. Ya que quienes detentan el poder, fácilmente se convencen a sí mismos de que su autoridad debe expandirse temporalmente. Esa seducción que ofrece el poder puede

²²¹Beitz, Charles, "Equal opportunity in political representation", en Norman E., Bowie, *Equal opportunity*, Boulder, Ed. Westview Press, 1988, pp. 55-74.

hacer que quienes lo detentan en un marco de jerarquías se desvíen de sus fines legítimos, reduciendo la jerarquía, a su mera dimensión de poder. Y se contrasta al observar que en avance a la degeneración, se reducen las posibilidades de oposición.

Por lo cual es que los demócratas deben vigilar atentos cualquier orden jerárquico, colocando la carga de la prueba en quienes lo defiendan, es no bajara la guardia frente a la posibilidad --siempre presente-- del abuso del poder.

En el corazón de la desconfianza la justicia democrática atraviesa con firmeza, porque sugiere desconfiar hacia las jerarquías predominantes, con la invitación a crear mecanismos institucionales y otros instrumentos estructuradores para limitarlas y para mitigar sus efectos innecesarios y corrosivos. Estos instrumentos pueden verse como medios que contribuyen a la evolución de marcos de restricciones democráticas dentro de los cuales la gente debe ser libre para negociar y renegociar los términos de su cooperación y de su conflicto.

El resultado que arroja esa postura es una escalada de interrogantes, que pueden concluir en que si una relación inevitablemente jerárquica es innecesaria --como la institución de la esclavitud a través de la experiencia histórica- entonces inmediatamente se vuelve sospechosa-- una especie de jerarquía superflua- desde la perspectiva de la justicia democrática.

Asimismo quienes sostienen que una jerarquía específica, debe mantenerse por más tiempo del necesario, deben asumir la carga de demostrar que ésta opera en interés de quienes están sujetos a la jerarquía relevante.

CAPITULO III

3. HACIA UNA IGUALDAD CONSTITUCIONAL

3.1 PRINCIPIO DE IGUALDAD.

La realidad es que para conceptualizar la igualdad se requiere de un complejo análisis interdisciplinario, más aun para advertir que se construye como objeto de estudio de acuerdo a las necesidades y evoluciones de la sociedad, tanto como el referente al que es oportuno recurrir, Rawls cuando afirma que:

“...Todos los valores sociales –libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, así como las bases del respeto a sí mismo- habrán de ser distribuidos igualitariamente a menos que una distribución desigual de alguno de estos valores redunde en una ventaja para todos...”²²²

Mientras que en una óptica muy diversa, el economista Peter Drucker identifica como único elemento conciliador de la distribución de la riqueza y nivelación de la estratificación social, el conocimiento, como recurso capital de la sociedad neoliberal; y que sirve para alcanzar la igualdad²²³.

Con lo cual es sencillo notar que la idea de la igualdad se estudia científicamente por disciplinas distintas, que en ocasiones se complementan; aunque también sucede que cada connotación construida, suele ideologizar por posicionamientos de intereses particulares; a lo cual obviamente no escapa la actividad de la investigación bajo un tamizaje objetivo.

Explico, la naturaleza misma de la investigación ha de buscar las prescripciones dominantes contemporáneas; que si bien, de acuerdo a las reglas metodológicas se le destina la supresión de intereses políticos y valores, siempre contiene una predisposición vinculada hacia un valor particular.

Lo que constituye precisamente una cultura de la investigación, por la cual hoy en día atravesamos incluso en la comprensión del Derecho. El anterior argumento se refuerza con la exposición de Santiago Nino en el sentido de que la moral pública en la modernidad impregna la Constitución de eticidad pues constituye nada menos que el puente de unión entre el Derecho y la política democrática²²⁴.

²²²Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Ed. FCE, 2010, p. 69.

²²³VéaseDrucker, Peter, *La sociedad postcapitalista*, Colombia, Ed. Norma, 1994.

²²⁴Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ed. Ariel, 1994, p. 387.

Así se revela el hecho de que los investigadores siempre conscientes del poder de influencia sobre las maneras de abordar las problemáticas actuales, predisponen una resistencia para aislar con eficacia toda sospecha de tener un interés especial en cómo se utilizan sus planteamientos; lo cual, razonablemente no está justificado, ya que precisamente esa producción científica en una nueva cultura de la investigación produce un aceleramiento para el engranaje que activa las nuevas discusiones teóricas.

Sin perder de vista que las estructuras metodológicas de la investigación de las ciencias sociales puede que no impliquen estrictamente conclusiones sobre valores o intereses políticos, sin embargo, sostienen algunas conclusiones mientras socavan otras. Porque es innegable que una teoría de la naturaleza humana siempre expresa alguna concepción de lo que constituyen aspiraciones y necesidades humanas legitimadas²²⁵.

Así que la elección de una particular metodología de la investigación implica siempre una preferencia por un particular conjunto de valores, y los valores de un investigador se reflejan siempre en su metodología de la investigación.

En esa medida, es comulgable la participación de Laporta al exponer que en efecto el concepto de la igualdad al representar una de las medidas estructurales del pensamiento sociológico, jurídico y político contemporáneo, tiende a enturbiarse por la falta de claridad en su formulación, contenido y alcances, alrededor de discusiones teóricas importantes²²⁶.

Y es que para nada es alejado de la realidad la tesis de Laporta, en la medida que la igualdad puede entenderse desde tres perspectivas:

a) Lógico-lingüística, al tratar de dar un significado a la palabra igualdad, estableciendo sus usos lingüísticos.

b) Filosófico-política, busca la justificación de la igualdad como valor a proteger, y de elegir entre las diferentes clases de igualdad, pero no sin antes establecer y atender los diferentes tipos de igualdad existentes.

c) Jurídica, pretende explicar las condiciones necesarias que deben existir para poder aplicar la igualdad, por lo que en los ordenamientos jurídicos

²²⁵CastellejoBrull, *Nuevas perspectivas en las ciencias de la educación I. Pedagogía General*, Madrid, Ed. Alianza, 1983, p. 79.

²²⁶Laporta, Francisco, "El principio de igualdad: introducción a su análisis", *Sistema*, núm. 67, 1985, pp. 14 y 15.

se establecen una serie de criterios sobre la base de los cuales no sería legítimo otorgar un trato distinto entre personas.

El filósofo italiano Norberto Bobbio, ha señalado que:

"...La dificultad de establecer el significado descriptivo de igualdad estriba sobre todo en su indeterminación, de modo que decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa en el lenguaje político si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿igualdad entre quiénes?, b) ¿igualdad en qué? [...] la igualdad no es de por sí un valor, sino que lo es tan sólo en la medida en que sea una condición necesaria, aunque no suficiente, de la armonía del todo, del orden de las partes, del equilibrio interno de un sistema en el cual consiste la justicia..."²²⁷

De ahí la significación de las condicionantes jurídicas para comprender la función estabilizadora del mencionado principio, que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley (en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia), sino también en la ley (en relación a su contenido).

Porque ha sido incluso a través de la jurisprudencia nacional e internacional que el principio de igualdad en la conexión de las tres perspectivas presentadas, la que ha operado el principio de igualdad, como base de protección de otros derechos fundamentales; ya que lo formulan como una condicionante para la realización de otros derechos.

El mencionado principio además configura la importancia del mandato antidiscriminatorio, porque es a través de aquel que se suprimen aquellas diferencias objetivas injustificadas trazadas desde categorías culturales ó sociales, que están relacionadas forzosamente con fenómenos negativos al transgredir un derecho de otro.

La cuestión inmanente al principio de igualdad es ¿habrá discriminación siempre en la distinción? La respuesta es no, si y solo sí la distinción es racional, objetiva, legítima y proporcionalmente justificada. Aunque esto no pretende ignorar la discriminación de carácter histórico producto de conquistas, colonización y descolonizaciones surgidas en Latinoamérica; ni mucho menos aquella sobre los rasgos físicos, culturales y de nacimiento; en

²²⁷Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Madrid, Ed. Paidós Ibérica, 2000, pp. 51 y 52.

dónde el principio de igualdad tiene todavía un largo recorrido para regarse en la realidad social.

3.1.1 IGUALDAD Y DIFERENCIA.

De forma enunciativa se hará un breve recorrido alrededor de un importante análisis que realiza Ferrajoli, sobre la igualdad y diferencia²²⁸ a través del cual distingue cuatro posibles modelos de configuración jurídica de las diferencias y, a partir de ellos, de la igualdad.

a) Indiferencia jurídica de las diferencias, según el cual las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente se las ignora. Es un paradigma construido por el entendimiento hobbesiano del estado de naturaleza y de la libertad salvaje, que confía a las relaciones de fuerza la defensa o, por el contrario, la opresión de las diversas identidades.

Tiene distintos matices, en su forma extrema coincide con la ausencia no sólo de derecho sino de derechos; mientras que en su forma intermedia tiene realización en las sociedades paleoliberales singularizadas por el carácter mínimo del derecho y de los poderes del Estado así como el juego libre y desregulado de los poderes privados.

b) Diferenciación jurídica de las diferencias, expresada en la valorización de algunas identidades y en la desvalorización de otras y, por lo tanto, en la jerarquización de las diferentes identidades. Dicho de otro modo, las identidades determinadas por las diferencias valorizadas (sexo, nacimiento, etnia, fe religiosa, lengua y otras) resultan asumidas como estatus privilegiados, fuentes de derechos y de poderes, e incluso como base de un falso universalismo modelado únicamente sobre sujetos privilegiados; mientras otras —cómo la mujer, el judío, el negro, el hereje, el apátrida— se asumen como estatus discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción.

Es el paradigma discriminatorio de los ordenamientos jerarquizados de casta o de clase propios de las fases más arcaicas de la experiencia jurídica y todavía dominantes en el mundo jurídico premoderno. Tienen que ver incluso con la declaración de los derechos de la modernidad, que aparecieron

²²⁸Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Ed. Trotta, 1999, pp. 73-96.

proclamados en las primeras constituciones liberales, con referencia al sujeto macho, blanco y propietario; que fueron cubiertos por un falso manto de universalismo.

c) Homologación jurídica de las diferencias, las diferencias son valorizadas y negadas, porque resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Resultan desplazadas, ó en ocasiones, reprimidas y violadas.

Este modelo propio de los socialismo reales y burocráticos, es el modelo de la asimilación propio de los ordenamientos liberales, que sin poner en cuestión la parcialidad del sujeto universalizado del modelo precedente, lo asumieron como término normal y normativo de la relación de igualdad, idóneo para incluir a los demás sólo en cuanto homologados con él. En el caso femenino aparentemente no sufre discriminación, puesto que en ese plano resulta desconocida, ocultada y enmascarada: las mujeres tienen los mismos derechos que los varones en cuanto son considerados o se finge que son (como los del) varón y se asimilan a ellos en estilos de vida y en los modelos de comportamiento.

d) Igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales (políticos, civiles, de libertad y sociales) al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad.

A distinción del primero, este modelo no es indiferente o tolerante con las diferencias, sino que garantiza a todas su libre afirmación y desarrollo. Del segundo se distingue porque no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que las asume a todas como dotadas de igual valor, prescribiendo para todas igual respeto y tratamiento. Se separa del tercero pues el dato de que no desconoce las diferencias sino que, por el contrario, reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de la autonomía en las relaciones con los demás.

3.1.1.1 ANOTACIONES: IGUALDAD Y DIFERENCIA.

Una anotación importante para traer a discusión trata sobre la gran innovación introducida por la Declaración de 1789 que hizo del principio de

igualdad una norma jurídica, que a juicio de Ferrajoli –pero no nuestro—fue incomprendida por Bentham porque la entendió como una poco hábil traducción en forma de ley de una (falsa) tesis de filosofía política.

La valía de su normatividad es que se significa como valor prescriptivo, esto es, un establecimiento normativo que reconoce el intento de impedir a los seres humanos provocar la desigualdad por sus diversidades.

Para el entendimiento del artículo 1 de la Declaración de 1789, la igualdad jurídica es la relación que unifica a una clase de sujetos en la titularidad de aquellos derechos que son llamados universales y fundamentales. Y la desigualdad jurídica también es una desigualdad en derechos, que hace referencia a la titularidad de aquellos derechos subjetivos, como los patrimoniales, de crédito, que son excluyentes a los demás.

De manera que las dimensiones de la igualdad dependen, por un lado, de la extensión de la clase de sujetos (todos); por el otro, de la cantidad de derechos que le son reconocidos y garantizados de forma universal.

La igualdad jurídica, entendida al margen de la igualdad de derecho en la titularidad de los derechos fundamentales, todas las personas son de hecho diversas unas de otras por diferencias. Siendo así que, la igualdad jurídica se define a través de los derechos fundamentales y viceversa.

Teniendo allí la ligadura entre las diferencias (naturales o culturales) y la igualdad para ser oponibles a la desigualdad antijurídica, o dicho distinto, a la discriminación, a través de la tutela de los derechos fundamentales

Antes se presumía que la igualdad configuraba un privilegio normativo, pero en realidad es el único principio que permite el ejercicio de las libertades y los derechos, que constriñe a cualquier política democrática del derecho; porque a partir de la igualdad la persona encuentra protección de los rasgos constitutivos de su identidad y autonomía.

Para entrar a las musas del teatro, es asimilable que la igualdad no describe sino que prescribe una condición dirigida hacia el cumplimiento gradual de efectividad, entre tanto los valores jurídicos se transmutan a la realidad práctica, pero nunca a la inversa.

3.1.2 LA RELACIÓN ENTRE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.

El devenir histórico ha estructurado prácticas estratégicas para evitar las desigualdades que sufren ciertas personas y grupos sociales. Por lo tanto es conveniente recordar que la creación de normas jurídicas en una comunidad regularmente suele ser producto de una intensa lucha de intereses entre los grupos dominantes y dominados que la conforman.

Por la consecuente derivación de efectos que ello pueda acarrear, porque por un lado, el contexto normativo puede proporcionar beneficios a determinados grupos sociales y por otro, establecer límites a sus contrapartes; como es el caso de la óptica de Vysinsky, para quien el derecho representa el conjunto de normas coactivas que utilizan el poder del Estado para asegurar la dominación de una clase sobre otra, al tiempo que enmascaran el hecho de la explotación capitalista²²⁹.

Pero abriendo los ojos a las discusiones actuales sobre el derecho, es preciso observar que incluso el derecho puede ser ley del más débil²³⁰ en términos de Luigi Ferrajoli –argumento teórico que ha sido tratado en el Capítulo I- al establecer que cuando los grupos sociales e históricamente marginados han conseguido organizarse para la defensa de sus intereses, las normas jurídicas también se han convertido en instrumento de protección de los sectores más vulnerables de una sociedad.

Lo cual traduce que el principio de la igualdad ha tenido la batuta en determinadas coyunturas políticas que le han permitido a los grupos mas desfavorecidos obtener algún beneficio ó avance en sus derechos, eliminando privilegios y asignándoseles de modo equitativo los bienes.

Lo que lleva a coincidir con Salazar Ugarte, en el sentido de que la lucha por el reconocimiento legal y constitucional de la igualdad de todas las personas ha sido una de las claves del constitucionalismo moderno²³¹.

Esa idea del principio de igualdad es un valor fundamental al interior de los textos constitucionales, que sirve como una herramienta de contrapoder, constituye pues una de las referencias centrales de la estrategia del constitucionalismo actual.

²²⁹La referencia indirecta aparece en Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, México, Ed. Fontamara, 2008, pp. 57 y 58.

²³⁰ Véase Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit.

²³¹ Salazar Ugarte, Pedro, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, México, Ed. CONAPRED, 2007, p. 59.

Para no vagar al momento de tratar de concretar la relación entre igualdad y no discriminación, considérese antes que es difícil su aproximación por las siguientes circunstancias: *a)* es un concepto, cuya traducción en normas ha ido variando para adecuarse al proceso evolutivo del Estado liberal XIX al Estado social XX; *b)* es un concepto de contenido político cuyo significado intenta ser definido por distintos sectores sociales que se encuentran inmersos en una dinámica conflictiva, en ese sentido Ruiz Miguel ha expresado lo siguiente:

“...La igualdad es un concepto tan abierto y complejo que incluso un estudio que pretenda circunscribirse a su interpretación constitucional no puede limitarse a describir más o menos ordenadamente una serie de tesis o posiciones. Un análisis apropiado exige cierta construcción y la construcción presupone elecciones conceptuales y valorativas que, en particular en este caso, son además inevitablemente complejas y quizás esencialmente debatibles...”²³²

c) Porque frecuentemente las constituciones hacen múltiples referencias a la idea de igualdad, siendo la regla general que en las cartas fundamentales se recurra a ella en diversos artículos que incide en un ilimitado juego interpretativo.

No ha sido obstáculo para ello, el que la interpretación constitucional actual ha llegado a establecer algunos acuerdos base sobre los cuales es posible identificar los alcances de dicho principio en el Estado constitucional democrático.

Bajo el enfoque pretendido, es pertinente esquematizar la explicación desde las dos nociones básicas del principio: la igualdad como equiparación (igualdad formal) y la igualdad como compensación (igualdad material).

Antes de ahondar en la discusión es importante caracterizar una serie de antecedentes. Tratándose de la noción de igualdad como equiparación, ésta se entiende como el principio de trato igual, que establece la obligación para todos los poderes públicos de dar un trato igual a todas las personas ante la ley.

El constitucionalismo actual en la advertencia de la dificultad de proporción de trato igual por la diversidad de condiciones de las personas, tiene como regla general la igualdad, que en tanto no aparezca una razón justificada

²³² Ruiz, Miguel Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Isonomía*, Alicante, núm. 19, 1996, p. 39.

que demuestre la necesidad de establecer un trato diferenciado, el derecho no tiene porque promoverlo; de cuya idea surge precisamente la igualdad ante la ley y el mandato antidiscriminatorio.

Aunque en la materialidad de una sociedad plural, de identidades distintas, la igualdad como equiparación, además se complementa con una nueva perspectiva de igualdad, capaz de entender la diversidad social, cultural y económica de las personas; pues se basa en el reconocimiento jurídico de las diferencias y por lo tanto, permite el trato diferenciado cuando sea necesario.

Lo que se conoce regularmente como igualdad material ó igualdad como compensación, en el entendido de que el Estado debe instrumentar las acciones para compensar las desigualdades que han sufrido o sufren determinados grupos en situación de discriminación²³³.

Como antecedente histórico referente a la igualdad como compensación, puede decirse que aparece paralelamente al nacimiento de los derechos sociales, porque precisamente tales derechos fueron construidos con el objeto de compensar las desigualdades producidas por el capitalismo liberal que bajo el esquema del libre mercado impidió a un conglomerado vasto de personas acceder a determinados bienes y satisfactores indispensables para el desarrollo de la vida.

En el contexto se apunta una variante, relativa al hecho de que la primera al establecer el derecho a recibir un trato igual, y la segunda concede la anuencia de ser tratado diferente; se ubican en contradicción; lo que se aprecia a continuación.

3.1.3 IGUALDAD FORMAL.

Igualdad formal, a la que también se ha referido igualdad como equiparación, nació a la par del Estado liberal, que se convirtió en uno de los fundamentos de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII, porque frente al mundo de excepciones y privilegios establecidos en las propias leyes –que caracteriza al Antiguo Régimen- la burguesía luchó por un modelo de Estado en el que todos los individuos tuvieran la misma capacidad frente al derecho y, en ese entendido, se les atribuyera un trato igual desde las leyes.

²³³ Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, Ed. Mc Graw-Hill, 1995, pp. 12-18.

Esa categoría de igualdad se estudia a regularmente a partir de dos subconceptos: el principio de igualdad en la aplicación de la ley y el principio de igualdad ante la ley.

El primero consiste en el mandato de trato igual referido a las autoridades encargadas de aplicar la ley, es decir, este mandato se dirige de manera fundamental a los poderes Ejecutivo y Judicial. Mientras que el segundo es un mandato legítimo dirigido al legislador para que no establezca en los textos legales diferencias no razonables o injustificadas para personas que se encuentran en la misma situación, o para que no regule de la misma manera y de forma injustificada a personas que se encuentran en circunstancias desiguales.

Ambas libertades han sido incorporadas en la práctica jurídica. Sobre la igualdad ante la ley el Tribunal Constitucional español ha prescrito que se viola: "...cuando la norma distingue de forma irrazonable y arbitraria un supuesto de hecho específico, al que anuda consecuencias jurídicas determinadas. En tal caso, la norma trata de forma distinta situaciones iguales y crea, sin fundamento fáctico suficiente, un supuesto diferente, lo que supone una violación al principio de igualdad...". Y sobre la igualdad en la aplicación de la ley, sería vulnerado "...cuando un órgano aplicador del derecho (de la administración pública o judicial) interpreta la norma pertinente en un determinado supuesto de manera distinta a como lo ha hecho anteriormente en casos sustancialmente iguales..."

La igualdad en la aplicación del derecho desde el ámbito judicial requiere de una *actividad de individualización del derecho*, en tanto nace a partir del análisis teórico del derecho, explica la consistencia del principio de igualdad desde sus postulados, lo cual implica que intenta revelar la presencia del principio al interior del texto constitucional, y eventualmente revela también las concepciones vigentes del mismo; a diferencia de la *actividad de individualizar el contenido del derecho*, que es realizado por los operadores jurídicos, a la que precede que para significar al principio debe atender una elección entre las diversas concepciones actuales; situación que prevalecientemente responde a un juicio de valor –razonamiento axiológico- que se traduce en el juicio corrector sobre la elección interpretativa operada; pero eso no justifica una

decisión basada únicamente en la corrección moral sin considerar al derecho, porque la primera se encuentra subordinada al derecho precisamente.

3.1.4 IGUALDAD SUSTANCIAL.

También conocida como igualdad de hecho, se traduce en una igualdad a los bienes materiales o de materia económica. Implica para el Estado actuar en una sociedad con miras a establecer una igualdad real entre los ciudadanos, como lo establece la Constitución italiana de 1947, en su artículo 3, párrafo segundo:

“...Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país...”

Hay dos vertientes para el estudio de las prácticas de la igualdad sustancial: a) igualdad de oportunidades, y, b) igualdad en la consecución de logros personales y de los fines sociales²³⁴.

a) Igualdad de oportunidades. A través de este principio se pretende colocar en el mismo punto de partida a todos los individuos que componen una sociedad, para competir por aquello que necesitan para satisfacer sus necesidades vitales.

En dicha modalidad resulta imperativa una distribución desigual de los recursos, con el fin de lograr un equilibrio en los beneficios en aquellos casos en que la necesidad sea desigual; esta práctica está relacionada con la desigualdad social surgida de la pobreza. Es donde la desigualdad se convierte en un instrumento de la igualdad, es pues, un trato jurídico de las diferencias, cuyo objeto es establecer una igualdad sustancial en las consecuencias, regularizando una desigualdad anterior.

b) Igualdad en la consecución de logros personales y de los fines sociales. Prescribe romper algunos cánones y pautas de conducta que son determinantes al asignar los puestos de liderazgo, que implican la exclusión de ciertas personas. Con lo cual se implementan las acciones positivas, que siempre teórica y prácticamente serán controversiales; porque disponen

²³⁴ Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, Ed. IIJ-UNAM, 2005, pp. 158-176.

normativamente un trato preferencial que desarraigue el pasado desigualitario y minusvalorado de grupos que se encuentran en desventaja.

Además es desde el plano constitucional que la construcción de las normas jurídicas intenta revertir las desigualdades, porque es a través del derecho a partir de donde deben impulsarse cambios y transformaciones sociales, no hacerlo daría por sentado perpetuar el *status quo* que significa la inmutabilidad de la desigualdad.

Las acciones positivas o afirmativas, son un tipo de *garantías sexuadas* —diría Ferrajoli— previstas con el fin de evidenciar la diferencia ya que su fin último es realizar la igualdad sustancial entre hombres y mujeres removiendo los obstáculos que de hecho impiden la realización de la igualdad de oportunidades.

Por su parte GimenezGluk las define así:

“...el trato formalmente desigual que basa la diferencia en el tratamiento en la pertenencia a un grupo que comparte la posesión de un rasgo minusvalorado [...] se caracteriza principalmente por ser medidas que favorecen a los miembros de un colectivo por su pertenencia al mismo, no por circunstancias individuales...”²³⁵

Aunque dichas acciones se encuentran bajo el velo de la sospecha y rechazo constante porque transitan en la operatividad de una regla que selecciona positivamente a quien se adapta al modelo normativo dominante y negativamente a quien no lo hace, y eso significa calificar positivamente la diferencia discriminada.

3.2 PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.

Durante la redacción de éste apartado ha sido necesario clarificar los elementos que ayuden a comprender los objetivos, alcance y significado del mandato antidiscriminatorio. Por ello dígase que por discriminación se entiende la acción de distinguir o separar unas cosas de otras, tomando en cuenta sus diferencias.

Para la sociología, la discriminación se comprende como una de las tantas formas de violencia u opresión que existen en las sociedades contemporáneas, es un tipo de violencia ejercido por grupos humanos en

²³⁵Giménez Gluk, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, p. 62.

posición de dominio, al ser quienes consciente o inconscientemente establecen y extienden prejuicios negativos contra otros grupos sociales determinados; a base de prejuicios que frecuentemente van acompañados por conductas de desprecio u odio que en muchas ocasiones llegan a poner en riesgo la integridad física de quienes son discriminados, aunado al hecho real de que causan la exclusión y marginación de las personas que conforman al grupo. Es importante hacer notar que las preconcepciones suelen basarse en algún rasgo fisonómico (color de piel, género, discapacidad) o de identidad (étnica, sexual, religiosa) que es convertido *per se* en un estigma de inferioridad.

Ya Norberto Bobbio advertía sobre la importancia de la tolerancia, la no violencia y la fraternidad como valores fundamentales del sistema político democrático, sólo ellos, explicaba, a través de su implantación y su conversión en costumbre, serían capaces de contradecir la definición hegeliana de la historia como un inmenso matadero y fundar un destino humano común²³⁶.

Porque de la discriminación lo que se percibe comúnmente es una relación social en la que un grupo, con capacidad de ejercer alguna o varias formas de dominio (económica, política, cultural) minusvalora ó inclusive llega a repeler al grupo social, colocándolo en una situación de desigualdad u opresión.

Parte de la comprensión del fenómeno discriminatorio es importado por la cultura política que constituye la síntesis heterogénea de valores, informaciones, juicios y expectativas que conforman la identidad política de los individuos ó grupos sociales. De manera que la implantación de la estructura jurídico-institucional para la convivencia acorde al ideal democrático, depende de la percepción misma del poder y su forma de organizarse. Siendo esa matriz cultural la que asigna en cada contexto mayor o menor valor a las nociones de pluralidad, tolerancia, respeto a la diferencia, legalidad y derecho al disenso. Ahí se encuentran decisiones importantes dirigidas a los receptáculos de las prácticas discriminatorias.

Sólo así, se entiende que un elemento central del grupo, es la exclusión, lo que sustenta la construcción de los estereotipos prejuiciados de inferioridad,

²³⁶Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Ed. Plaza & Janés, 1985, p. 87.

inmoralidad o peligrosidad; lo que otras palabras es lo mismo que decir: xenofobia, racismo, misoginia, homofobia, clasismo²³⁷.

Con la observación debida se alcanza a percibir que el acto discriminatorio exige siempre la interiorización subjetiva de su naturalidad y utilidad, en donde lo justo y legítimo no son planteamientos visibles, porque los contextos históricos han avalado la institucionalización discriminatoria por las normas jurídicas; es lo que se denomina una relación de imbricación estructural con un significado simbólico específico.

3.2.1 PRINCIPIO DE DAÑO DE LA DISCRIMINACIÓN.

La discriminación es evidente que produce efectos negativos – regularmente- a un grupo social, el cual se denomina como aquel que puede identificarse así mismo ó por otros, por el hecho de que sus integrantes comparten vínculos identitarios, como lo son: una tradición, una cultura, un lenguaje, una historia o un conjunto de experiencias comunes, que dan lugar a una entidad social significativa²³⁸.

A ese respecto, hay un entrelazamiento entre la discriminación y el marco cultural en que se produce, que viene acompañado de un complejo proceso de modificación de comportamientos sociales, variables estructurales, luchas políticas y juicios ético-políticos que no siempre son coherentes entre sí²³⁹.

Lo que conduce a entender que la diferenciación excluyente, se trata de un fenómeno que se concreta y se define cuando un prejuicio es instalado sobre un grupo de manera perdurable, y los integrantes de dicha colectividad son constantemente marginados por el simple hecho de pertenecer a ella, sin posibilidad de elección. Un rasgo estigmatizado de marca sociocultural que define estructuralmente y, casi de forma permanente a una persona.

Por tanto que si la discriminación en muchas ocasiones afecta a personas en su individualidad, ello se desprende de qué ocurre porque dicha persona pertenece a un grupo determinado que ha sido históricamente

²³⁷ Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, p. 47.

²³⁸ Courtis, Christian, "Legislación y las políticas antidiscriminatorias en México: el inicio de un largo camino", en De La Torre, Carlos, *Derecho a la no discriminación*, México, Ed. IJ-UNAM, 2006, p. 237.

²³⁹ Gutiérrez, Roberto, *Cultura política y discriminación*, México, Ed. CONAPRED, 2008, p. 15.

estigmatizado de forma injustificada. Sucedió por una manipulación de las diferencias, obsesión expiatoria, coyunturas que resignifican las posturas ideológicas.

Así que la discriminación tiene un carácter sistémico, que implica la reproducción social de las relaciones de desigualdad que excluyen a amplios sectores de una comunidad. Ello supone repercusiones graves sobre las estructuras sociales, económicas y políticas. Tanto que las conductas de desprecio y estigmatización, son en sí mismas degradantes para los individuos –argumento de su prohibición– como el hecho de que dichas conductas se traducen para los grupos discriminados, en una mayor dificultad de acceso a determinados bienes, intereses o libertades que son indispensable para poder tener una vida digna y para poder participar en la conformación política de la comunidad a la que pertenecen.

Esa proclividad sistémica es la carta de naturalización de la discriminación en la cultura política, cuya genealogía proviene del funcionamiento en los aparatos de socialización (estructura familiar --que suele ser el piso principal y de sustento duradero-- escolar, religiosa, política, comunicacional y social).

Demostrando sin lugar a dudas, que el vivir bajo una condición sistémica de permanente desprecio y subordinación social, supone mayores dificultades para el desarrollo de los planes de vida de ciertos grupos. Por tanto, es importante reconocer que la discriminación no sólo es un conjunto de consideración negativas que, de forma aislada, pueden hacer unas personas sobre otras; situación que no es posible evitar en la sociedad, sino que además se está frente a un componente estructural de ciertos sistemas sociales, que se relaciona de forma estrecha con otras problemáticas que mantienen a millones de personas en situación de opresión. Que no están desvinculadas de la construcción cultural e histórica de las identidades sociales, que ahora vienen impulsando iniciativas contraculturales capaces de crear valores y juicios alternativos a las caras opresoras.

Para delimitar la opresión, se acude a la distinción de las cinco caras que le asigna Marion Young²⁴⁰:

²⁴⁰Véase Young, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, New Jersey, Ed. Princeton University Press, 1990.

a) Explotación, se refiere a la transferencia de energías o, mejor dicho, productos de trabajo de un grupo a otro para producir distribuciones desiguales.

b) Marginación, supone excluir personas o grupos, a las que el sistema de trabajo no puede o quiere usar.

c) Carencia de poder, se reproduce cuando la mayoría de la gente en estas sociedades no participan regularmente en la toma de decisiones que afectan a sus condiciones de vida y a sus acciones; lo que deja a las personas pocas oportunidades para desarrollar y usar sus capacidades.

d) Imperialismo cultural, experimentar el imperialismo cultural es experimentar cómo los rasgos dominantes de la sociedad vuelven invisible la perspectiva particular de nuestro propio grupo al tiempo que lo estereotipan y lo señalan. El imperialismo cultural conlleva a la universalización de la experiencia y la cultura de un grupo dominante, y su imposición como norma, así, el grupo dominante refuerza su posición al someter a los otros grupos a los criterios de sus normas.

e) Violencia, la opresión de la violencia consiste no sólo en la persecución directa, sino del conocimiento diario compartido por todos los miembros de los grupos oprimidos de que están predispuestos a ser víctimas de la violación solo en razón de su identidad de grupo.

Entonces el fenómeno opresivo de la sociedad, incrementa los problemas de pobreza, falta de democracia, limitación de libertades individuales, igualdad de oportunidades y desarrollo de grupos minoritarios.

El estigma de la diferencia en su sentido opresivo, sólo puede ser superado, si su sentido –dice Young—se salva de esa completa otredad que lo sitúa en una degradación jerárquica. De modo que para la filósofa es necesario tener las nociones políticas tales como “heterogeneidad” para conseguir opciones más liberadoras y emancipadoras de la vida pública que aseguren la inclusión de los grupos sociales; y, la comprensión de que la diferencia (construida bajo las estructuras sociales) es lo que da significado a la identidad de los individuos; cuyo objeto es solventar desigualdades estructurales entre los grupos sociales. Porque es llegado el momento de desmitificar al bien común, como el bien de pocos; en el hecho de que es interés siempre

apasionado y legítimo formulado bajo el reclamo de justicia ha sido verificado en condiciones de desigualdad estructural.

La misma autora --Young-- desarrolla una perspectiva de justicia pensada desde la política de la diferencia (aunque metodológicamente lo hace intentando transformar la teoría de la justicia rawlsiana). Al prescindir que la referencia de las pautas de la justicia distributiva, sean encauzadas por aquellos que mantienen una postura crítica con el marco liberal dominante, quienes terminarán por centrar la cuestión de la justicia en la mera distribución; y con ello, distorsionan los aspectos de la justicia y fracasa el reto de dirigirse precisamente a la distribución. Lo que propone la citada filósofa es una inclusión de la diferencia en el discurso deliberativo; que para ello en nada ayuda el reconocimiento identitario como causal estructural, porque tiende precisamente a aminorar y a obviar la justicia social pendiente.

3.2.1.1 LA EXCLUSIÓN.

La discriminación constituye en sí una conducta enraizada en la cognición social²⁴¹. El grupo obtiene la sensación de seguridad a través del sentido de pertenencia, Fiske describe el proceso de categorización social desarrollado por Gordon Allport, así:

“...Acerca de la [mejora por contacto interétnico constructivo] [Allport] dijo que los humanos inevitablemente categorizamos objetos y personas en nuestro mundo, y que el prejuiciar es enteramente normal. Así como las personas categorizan muebles en mesas y sillas, colocando sus bebidas en unos y sentándose en otros, así también las personas nos categorizamos unos a otros en intra-grupos e inter-grupos, amando a uno y (por lo tanto, arguyó) odiando a los otros. Este punto de vista esencial, aunque refinado al paso del tiempo, sigue sosteniendo a la mayoría de las teorías de estereotipia, prejuicio y discriminación...”²⁴²

De cuyo contenido es de especial importancia reconocer que las categorías responden a características específicas: son arbitrarias porque sólo la cultura e idioma deciden rebanar las observaciones; tienen atributos críticos

²⁴¹ Ayala Sánchez, Alfonso, *Igualdad y conciencia. Sesgos implícitos en constructores e intérpretes del derecho*, México, Ed. IJ-UNAM, 2008, p. 41.

²⁴² Fiske, Susan, “Stereotyping, prejudice and discrimination” en *The handbook of social psychology*, vol. 2, cap. 25, Nueva York, Ed. Guilford Press, 1998, p. 361.

o definidores pues los miembros comparten atributos definidores que los no miembros no tienen y la intención de fronterizar a la categoría.

Esa idea está hilada al entendimiento de los sistemas categoriales, los cuales tienen dos funciones culturales que operan simultáneamente:

“...Una es promover la cohesión al interior de los grupos culturales [...] Pero casi en virtud de esa función, los sistemas de categorías sirven para dominar a otros grupos. [...] Que desempeñan las función de imponer estructuras ideológicas de escala más amplia no sólo en los trabajos de las cortes y las legislaturas –y las interpretaciones de ellos por sus observadores—sino en la conducción de la vida diaria...”²⁴³

La conducta de exclusión tiene un elemento focalizado sobre la validez de los estereotipos adquiridos y que se encuentran ya arraigados en el proceso cognitivo, en el cual se activan automáticamente, en la descripción que Fiske presenta sobre el conflicto en el modelo disociativo de Devine es clara la aseveración:

“...Cualquier tipo de racismo sutil crea su telaraña de conflicto en las regiones de nivel inconsciente. El modelo disociativo de Devine hace énfasis en los procesos inconscientes, pero el conflicto es llevado a los niveles conscientes de la cognición debido a intentos conscientes de ejercer control sobre ellos. Según este punto de vista, todos aprendemos estereotipos culturales desde temprana edad, antes de que podamos evaluar críticamente si éstos son válidos o no. Después de que muchas veces sea activado el estereotipo en diferentes contextos de nuestro medio ambiente, aprendemos a activarlos automáticamente. En contraste, las creencias personales que cada uno de nosotros tiene –que pueden completar o contradecir la validez de los estereotipos culturales previamente adquiridos—se desarrollan más tarde que las que aprendimos culturalmente, eso hace que sean menos practicadas y por lo tanto menos automáticas...”²⁴⁴

Moskowitz, propone otro argumento que revela la justificación de las conductas sobre exclusión de grupos ó individuos, entendidas como discriminación, una vez que demuestra cómo es que la evaluación de unas

²⁴³ Amsterdam, Anthony y Bruner, Jerome, *Minding the law*, Cambridge, Ed. Harvard University Press, 2000, pp. 28-36.

²⁴⁴ Fiske, Susan, *op. cit.*, p. 360. Es conveniente apuntar brevemente que el racismo sutil consiste en tratar con excesiva afectividad al objeto repudiado, es decir, la aversión disfrazada de caridad, en términos de la psicología social.

personas sobre otras depende de los vacíos análisis subjetivos, que oscila entre la heurística y la racionalidad limitada:

“...Para ayudarnos a hacer juicios, particularmente bajo la incertidumbre de saber si necesitamos ayuda, tenemos reglas que usamos –reglas que hemos aprendido en el transcurso de nuestras vidas--. Estas reglas o atajos nos ayudan a predecir y estimar que será probablemente la mejor solución para la tarea frente a nosotros, sea juzgar/categorizar personas o tomar decisiones. Las reglas que implementamos son llamadas heurísticos, y son típicamente descritos al contrastarlos con una elaborada y exhaustiva examinación de las características de la situación en la que nos encontramos. En lugar de gastar este tipo de esfuerzo mental, usamos los heurísticos porque generalmente nos llevan a juicios aceptables en los cuales confiamos y con los cuales estamos contentos. El problema es que en ocasiones estos heurísticos no encajan en la situación en la que estamos; en ocasiones los heurísticos sesgan la manera en la que interpretamos la información, así que cometemos errores...”²⁴⁵

Con ese breve recorrido en la visión y propuesta de que las conductas discriminatorias ó exclusión de grupos y/o individuos conciernen al producto de la cognición social, pues en la escala gradual de la validez ó justificación de dichas conductas están inmersos fallos de la propia cognición, es decir sesgos, que activan el nivel de influencia en el pensamiento y comportamiento de una persona.

3.2.2 EFECTO PROTECTOR FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN.

La lucha contra la discriminación implica un esfuerzo de modificación de la cultura política, que debe transcurrir a lo largo del tejido social de una comunidad, lo cual se asocia con la concepción misma de la cultura:

“...creyendo con Max Webber que el hombre es un animal inserto en tramas de significación que él mismo ha tejido, considero que la cultura es una urdimbre y que el análisis de la cultura ha de ser, por tanto, no una ciencia experimental en busca de leyes, sino una ciencia interpretativa en busca de significaciones. Lo que busco es la explicación, interpretando expresiones sociales que son enigmáticas en su superficie...”²⁴⁶

²⁴⁵Moskowitz, Gordon, *Social cognition understanding self and others*, Nueva York, Ed. GuilfordPress, 2005, p. 151.

²⁴⁶Clifford, Geertz *La interpretación de las culturas*, Madrid, Ed. Gedisa, 1987, p. 20.

De modo que la materialidad de las ideologías deben reivindicarse, para significar implícitamente el discurso del respeto a las diferencias y el marco valorativo que garantice una identidad. Ahí donde el derecho fundamental constitucionalizado del mandato antidiscriminatorio, ventila la protección de dos componentes trascendentales del humano. En principio, la dignidad de aquellas personas que son estigmatizadas con un prejuicio no justificado que las minusvalora, produciendo un daño individual grave, vinculado con la autoestima. Que incluso tiene que ver con lo anotado por Häberle en el sentido de que la idea de dignidad de la persona, es un residuo indubitado, como último reducto para los tiempos de crisis²⁴⁷.

En segundo lugar, es la posibilidad de edificar con cimientos fuertes una sociedad verdaderamente democrática, una sociedad de iguales, donde se anulen las diferencias injustificadas, que sólo permite a los grupos dominantes la posibilidad de ejercer sus libertades y acceder a bienes e intereses que son considerados indispensables para la vida digna; frente a la negación de diferencias arbitrarias e ilegítimas, sustentadas en estereotipos culturalmente creados.

Dado que una sociedad construida sobre la base de prácticas antidiscriminatorias, es una sociedad en la que se excluye a determinados grupos cuyos integrantes no pueden acceder a la justicia, a la salud, a la participación política, al voto, a la educación y la libertad de exponer el disenso mismo, por sus diferencias.

Así que adecuadamente el catalogo constitucional ha incorporado la no discriminación vinculado al principio de igualdad, que en palabras de Dworkin, es el principio fundante de todos los derechos²⁴⁸. Porque lo que convierte en fundamental un derecho, en términos valorativos y teóricos, es el hecho de proteger intereses o necesidades que pueden ser generalizables, a diferencia de los privilegios, cuya estructura es tendencialmente selectiva y excluyente²⁴⁹.

Estimado el hecho de que al hablar de no discriminación, se logra eficacia de de todos los derechos: civiles, políticos y sociales, al ser su

²⁴⁷Häberle, Peter, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, p. 23.

²⁴⁸Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Ed. Paidós, 2003, p. 34.

²⁴⁹Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid, Ed. Trotta, 2009, pp. 37 y 38.

cimiento, puesto que todos ellos "...pueden fundamentarse, en realidad, en la igual satisfacción de las necesidades básicas de todas las personas y, con ello en su igual dignidad, libertad, seguridad y diversidad..."²⁵⁰

Suma de razones que transportan el entendimiento de un derecho a la no discriminación, que poco a poco fortalezca sus alcances, provoque un debate abierto y sea materia de interpretaciones constitucionales e internacionales.

3.2.3 DEMOCRACIA, DISCURSO DE INCLUSIÓN.

Durante los anteriores apartados se ha atribuido un papel fundante a la cultura política en impulso de las actividades discriminatorias, lo que se complementa con el reconocimiento de que todo individuo tiene una constitución subjetiva en la que representan opciones transmitidas de identidades que así deben ser entendidas por patrones delimitados.

Ciertas prácticas tienen sentido precisamente por eso, por la estructural asimilación de tradiciones, prejuicios, manipulaciones ó esquemas de ideologías hegemónicas. De modo que la discriminación aún si expresarse de manera extrema, siempre apareja un factor de exclusión que opera restringiendo derechos.

Es el desconocimiento pues de las identidades plurales y complejas, que contienen cruzadas interpersonales y elecciones identitarias ancladas en el pluralismo. Un acecho de los efectos de los resortes pasionales de la identidad afecta enormemente la neutralización y erradicación de la exclusión.

Esas formas de organización social y jerarquización del poder distribuido sin equidad, niegan y educan moralmente en la confinación restrictiva de los diferentes. Por esa razón, el régimen democrático es procurador de la garantía de los derechos, marginador de la estructura de la arbitrariedad e impositor de resarcimiento a los daños históricos.

La inclusión de la democracia compone varias estrategias: socialización de la cultura de la tolerancia y el respeto; construcciones políticas e institucionales que inhiban las polarizaciones; impulso de iniciativas que reviertan las inequidades; creación de programas de nivelación social y la

²⁵⁰ *Idem.*

reconstrucción de un tejido social y cultura política sumergida en la legitimación de la actividad discriminatoria, ajenas a las prácticas de la exclusión, no casualmente siempre dirigidas a los sectores culturalmente estigmatizados.

En palabras de Hugo Concha Cantú:

"...la satisfacción de los derechos ciudadanos no sólo se encuentra en peligro por los niveles de desigualdad social, sino que también es vulnerada por el trato discriminatorio cotidiano que reciben algunos grupos sociales. A su vez, carencias sociales y prácticas discriminatorias se refuerzan entre sí, lo cual incrementa la brecha entre los incluidos y excluidos por el sistema de los derechos..."²⁵¹

Basta incluir la formulación sobre la estrecha vinculación entre democracia e igualdad a la que aduce Böeckenförde:

"...Democracia e igualdad están estrechamente vinculadas. La posesión del poder de ejercer el dominio político y el punto de partida para la legitimación de este poder no puede atribuirse a unos pocos, sino a todos los miembros del pueblo en común y del mismo modo. La igualdad de los derechos políticos es así imprescindible para la democracia. Pues si la democracia se funda en la libertad y en la autodeterminación, tiene que tratarse en ella de una libertad igual y de una autodeterminación para todos; democracia significa también, aquí y siempre, igualdad en la libertad..."²⁵²

3.2.4 FUENTES DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN.

En el ámbito internacional se estableció desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948, bajo el artículo 2, que es del tenor literal:

"Artículo 2. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición"

Otros instrumentos internacionales que prohíben la discriminación aparecen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que

²⁵¹ Cantú Concha, Hugo, *Cultura de la Constitución en México*, México, Ed. UNAM-TEPJF-COFEMER, 2004, p. 24.

²⁵² Böeckenförde, Ernest-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2000, pp. 82 y 83.

casualmente en se observan en sus artículos 2.2 y 2.1, respectivamente, los cuales versan de manera semejante al de la precitada Declaración:

“Artículo 2.2 Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

“Artículo 2.1 Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete 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 condición social”

Además otro documento internacional que avanzó en que se debe entender por discriminación se refleja en el Convenio número 111 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, adoptado por dicha institución el 25 de junio de 1958m el cual establece:

“1. A los efectos de este Convenio, el término Discriminación comprende:

a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”

Y ello condujo a una cascada previsor de instrumentos internacionales que coadyuvara a frenar el fenómeno de la discriminación; entre algunos encontramos los siguientes: Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, del 20 de noviembre de 1963 y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que vincula a México a partir del 20 de febrero de 1975; la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, del 7 de noviembre de 1967 y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que vincula a México a partir del 23 de marzo de 1981; la Convención Interamericana para eliminar todas las formas de discriminación contra las personas con Discapacidad, que vincula al Estado Mexicano a partir del 8 de junio de 1999; la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada el 14 de diciembre de 1960; la Declaración sobre la Eliminación de

todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o Convicciones, del 25 de noviembre de 1981 y la Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitación a la guerra, del 28 de noviembre de 1978.

Instrumentos internacionales, que son fuente viva del derecho tienen la característica de coincidir en que la discriminación no sólo significa diferenciar a una persona en el trato, sino además colocarla en una situación jurídica de inferioridad utilizando como base de la descalificación un rasgo o una característica que es innata e inmodificable; es la convicción de una diferencia injusta; entonces, los tres componentes de un acto discriminatorio son: *a)* Una distinción injustificada; *b)* basada en un rasgo, y, *c)* que anula derechos²⁵³.

No es óbice a lo anterior, recordar que el planteamiento del derecho a la no discriminación en el plano internacional se condujo a partir del constitucionalismo de la posguerra; siendo así que tal derecho adquirió una carta de naturalización dentro del constitucionalismo mundial.

Sin hacer a un lado aquellas luchas que abanderaron la igualdad, sobre trabajadores a mediados del siglo XIX contra el capital industrial, ó la lucha de mujeres sufragistas por el derecho al voto o las movilizaciones de pueblos y comunidades indígenas contra la empresas trasnacionales, todo ello, para no recibir un trato distinto, injustificado y reductor de derechos.

Otro elemento que no pasa desapercibido –que incluso se mencionó en párrafos anteriores-- es el hecho de que el derecho a no ser discriminado surgió estrechamente vinculado al principio de la igualdad; dilucidado ello, es oportuno indicar que tal correlación indicativa se abordó en el apartado relativo a la igualdad.

3.3 INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

La partida explicativa del tema no pierde de vista que la irrupción en la cultura jurídica mexicana del paradigma constitucionalista vino a reconstruir elementos significativos de la interpretación sobre el texto fundamental. Modelo

²⁵³De La Torre, Carlos, *op. cit.*, pp. 3-5.

teórico que alude a un hecho histórico desprendido de la segunda postguerra, pues en los países europeos se produjo el fenómeno denominado constitucionalización del derecho, catalogado así, por la incorporación de los bastiones del constitucionalismo como: la limitación racional del poder público, una carta de derechos garantizados instrumentalmente; que tienden a condicionar el proceso de creación, aplicación e interpretación del derecho.

La tarea de la interpretación constitucional entonces también cambia por la relación estrecha con la idea de que las prácticas jurídicas incorporan una dimensión valorativa que antes no era determinante en la función judicial, mientras que ahora son proclives a concebirle como un proceso racional conformador del derecho, esto es, la construcción del derecho dotado de sentido sustantivo.

En una representación distinta, para el maestro Tamayo Salmorán la interpretación constitucional orgánica de la constitución se traduce, en actos o voliciones humanas las cuales crean ciertos materiales jurídicos que continúan y complementan el orden jurídico propuesto por la Constitución. La importancia de la opinión del filósofo del derecho, indica que el órgano establece el sentido que cree es el que corresponde a los materiales jurídicos que aplica, y con ello hace prescripciones obligatorias de lo que considera es el sentido (adecuado, conveniente, justo, tal vez)²⁵⁴.

Dentro de la citada reflexión, el profesor mexicano responde expresamente a que el órgano –intérprete de la Constitución—aplica el derecho de esa manera –en su función de significar el material jurídico—porque sencillamente así lo quiso. Donde implícitamente se deduce que el intérprete decide²⁵⁵, con o sin métodos que le representen las posibilidades de significación.

Recuperando en su análisis, el que la dogmática constitucional ha insistido en que los métodos y *per se* la interpretación constitucional son distintos a la interpretación jurídica, lo cual imputa el profesor Tamayo y Salmorán al ideario constitucionalista, a la fuerza y luz que brilla encima del amor a la libertad. Sin embargo, en caso de que tales aseveraciones conlleven

²⁵⁴ Véase Tamayo Salmorán, Rolando, "Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica (con especial referencia a la interpretación constitucional)", en *La interpretación constitucional*, México, Ed. IJ-UNAM, 1975, pp. 125-157.

²⁵⁵ Kantorowicz, considera que no es un problema de razón sino de voluntad. *Ibidem*.

veracidad, lo único que varía es que el órgano encargado de interpretar tendrá muchas más posibilidades de interpretar en atención a los métodos ofertados, de los cuales escogerá finalmente uno, sin filtraciones críticas de la teoría contemporánea, porque además la función interpretativa es tan provisional como las normas mismas que edifican la Constitución.

El último factor, en realidad es tan relevante como revelador inclusive en la óptica diferenciada al principio sobre la interpretación constitucional del nuevo paradigma, pues en la actualidad la revolución jurisprudencial interamericana instauró el control difuso de la convencionalidad en México frente al repetido criterio de la Suprema Corte, en el sentido de que exclusivamente existía control concentrado de la constitucionalidad²⁵⁶.

Lo cual es un prototipo claro de la tesis de Zagrebelsky cuando expresa que la comunicabilidad de las jurisprudencias coincide con la participación de una relación paritaria y excluye prejudiciales complejos constitucionales de superioridad²⁵⁷.

Trazando esas leves pinceladas, se encuentra que, tradicionalmente se han distinguido entre teorías subjetivistas ó intencionalistas y objetivistas ó constructivistas de la interpretación. Las primeras afirman que la interpretación es una actividad declarativa que consiste en descifrar –medianamente– los motivos del autor de la norma, lo cual implica, en conducir el elemento autoritativo del derecho a través de las autoridades que lo hicieron positivo. Las segundas, intentan atribuir un significado racional al objeto interpretado, que conlleva un ejercicio de elección sobre criterios axiológicos y coherentes, básicamente captar las mejores prácticas jurídico-valorativas posibles.

Y porque además, la segunda inscripción teórica --a la que pertenece el trabajo-- explica que el constitucionalismo rescata la incorporación constitucional de una serie de valores y principios morales. Sin olvidar que, esas normas provienen de una moral universalista racionalmente justificada, y que además según la abstracción de la unidad de la razón práctica, las razones morales funcional y estructuralmente son las razones últimas, imponiéndose a las jurídicas y políticas.

²⁵⁶ Tesis P. LXVII/2011(9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, L. I, octubre de 2011, p. 313. Reg. IUS. 160,589.

²⁵⁷ Zagrebelsky, Gustavo, "El juez constitucional en el siglo XXI", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre 2008, p. 251.

Por otra parte –valiendo de esquema vertebral del tema tratado– la interpretación constitucional para teóricos como Comanducci²⁵⁸ tiene un destacado problema de especificidad al situarse como una fuente del derecho. En su texto el tratadista italiano sostiene que la interpretación es una función de la configuración del objeto Constitución, según sea el modo de entender esa función. Por tal visión es pertinente en éste apartado acercarse a la explicación propuesta.

3.3.1 MODELOS DE LA CONSTITUCIÓN.

La perífrasis al concepto de Constitución se ramifica según la pluralidad de usos con que se le destine. Para un estudio complejo se requiere la identificación agrupada de elementos, por esa razón, se clasifica para su estudio en cuatro modelos a la Constitución. Los dos modelos que son el punto de partida de la reflexión les denomina orden, mientras que los dos restantes les llama norma.

El primer modelo calificado como axiológico de la Constitución concebida como orden, porque designa un conjunto de fenómenos sociales que, dentro de la esfera jurídico-política, aparecen dotados de máximo valor intrínseco o se presentan como generadores de normas. Así que la Constitución designa un orden, esto es, un ordenamiento o una estructura de la sociedad y/o del Estado. Ese mismo orden –continúa diciendo el autor– al ser portador de un valor fundamental, genera por sí normas que también son fundamentales (fundantes y/o jerárquicamente supremas).

Sin que por ello el modelo constitucional descifrado desconociera la exigencia de su defensa, término consagrado inicialmente por Carl Schmitt²⁵⁹, y que por su parte el jurista italiano Mauro Cappelletti posteriormente denominó *giurisdizionedecostituzionale*²⁶⁰.

El segundo modelo que califica como descriptivo de la Constitución concebida como orden (artificial); solamente expresa un conjunto de fenómenos sociales, que a diferencia del anterior, no posee valor intrínseco ni

²⁵⁸Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”; en Carbonell, Miguel, *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, ed. 4ta., México, Ed. Porrúa, 2008, p. 123.

²⁵⁹Véase Sánchez, Sarto Manuel, *La defensa de la Constitución*, en traducción a Schmitt, Carl, Barcelona, Ed. Labor, 1931.

²⁶⁰Fix-Zamudio, Héctor, en traducción a Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, Ed. UNAM, 1961.

genera normas, y que, como tal, puede ser descrito con los instrumentos de las ciencias sociales (sociología jurídica, teoría del derecho de tendencia realista, entre otras). Con otras palabras dice Comanducci, designa una situación estable para un tiempo determinado de las relaciones de poder, sociales y políticas, que equivale a la estructura fundamental de la sociedad y/o del Estado. Así que, tal Constitución como orden cristaliza las relaciones de poder sociales y políticas, un equilibrio momentáneo de negociación como orden artificial, pues la estructura social o estadual fue creada en la simbolización de que puede ser cambiada por la acción consciente de individuos o grupos.

Guastini controvierte el que en materia constitucional, sean en realidad frecuentes las costumbres, de una estructura discontinua, cuyo significado normativo es simplemente permitir el ejercicio de los poderes que ellas mismas confieren a ciertos sujetos, es decir, poderes inexistentes con anterioridad, o incluso desconocidos –al menos, implícitamente— por disposiciones escritas en los textos constitucionales y legislativo²⁶¹.

Con eso el autor habla ya prescriptivamente, pero al menos recuerda y permite dejar entrar la luz hacia la opacidad de la práctica formal a través de una Constitución que presuntamente guardó el orden, aunque sin duda su posición en verdad ratificaba la inmodificabilidad segmentaria y temporal de las atribución del poder del Estado hacia sí mismo.

El modelo tercero, calificado como descriptivo de la Constitución entendida como norma, es aquella que designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, respecto a las otras reglas jurídicas, son fundamentales (es decir, fundantes de todo el ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas).

Constata la disciplina que dictan las normas constitucionales, respecto a las posiciones clasificatorias de los órganos del Estado, la uniformidad de la delimitación de sus atribuciones, la instauración de principios, que siendo trasladado a lo normativo en palabras de Cossío Díaz representa el conjunto regulatorio de jerarquía final a partir del cual se puedan construir interpretaciones alternativas por parte de los operadores jurídicos, y en ese

²⁶¹Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Ed. Distribuciones Fontamara, 2003, pp. 247-248.

enfoque de lucha por un lenguaje normativo tener como eje central la comprensión funcional del derecho mismo²⁶².

El último modelo (cuarto) es el entendido como axiológico de la Constitución concebida como norma, entendida como conjunto de reglas jurídicas positivas consuetudinarias o expresadas en un documento que, respecto a las otras reglas jurídicas, son fundamentales (fundantes y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas), ante la condicionante de que poseen determinados contenidos a los que se atribuye un valor específico, donde parafraseando a Dogliani expone que la Constitución aparece "...cargada de un valor intrínseco: la Constitución es un valor por sí misma..."²⁶³.

Conduce a la recompreñión del constitucionalismo actual, el cual no trata de instaurar en los ordenamientos una norma denominada Constitución, sino que asegura libertades y derechos frente al poder público²⁶⁴, porque el sólo texto constitucional sin diseño, no asegura su valor por la simple descripción.

Pero también ata un nudo teórico que continúa en debate, la transmutación del apartado analítico del derecho en la actual construcción discursiva de lo que fue inicialmente al pretender el entendimiento del objeto de estudio —el derecho tal cual es— por un lado, y, al día de hoy la reflexión entorno al reclamo de efectividad contemporánea, en el posicionamiento de un derecho inquiridamente justo, por el otro. En otra estructura pues, actualmente el sistema jurídico mexicano se corona por una Constitución, que impone una superioridad moral a través de la cual se concede pertenencia a las infranormas, que introduce una ideología de reconocimiento cuidadosamente elaborada, y a partir de ese enjuiciamiento ético, se constriñe el encuentro del razonamiento del derecho, de predominancia constitucional en el lenguaje de los derechos²⁶⁵.

²⁶² Cossío, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, Ed. Miguel Ángel Porrúa, 2001, pp. 80-99.

²⁶³ Dogliani, M., *Introduzione al dirittocostituzionale*, Bolonia, Ed. Il Mulino, 1994, pp. 14-16.

²⁶⁴ Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ed. Ariel, 1988, p. 12.

²⁶⁵ Véase Glendon, Mary Ann, *Rights Talk: The impoverishment of political discourse*, New York, Ed. Free Press, 1991.

Es el convencimiento incuestionable de que el control de la supremacía constitucional mediante los mecanismos judiciales contribuye a someter al poder público al imperio del derecho, en defensa de la apuesta del régimen democrático. No hace tanto Sunstein expresaba:

“...La protección constitucional de algunos derechos fundamentales proviene del deseo de proteger el sistema democrático, como sea que se entienda. El derecho a la libertad de expresión y el derecho a sufragar son ejemplos [...] del hecho que las mayorías no pueden conculcar estos derechos si se quiere preservar la democracia...”²⁶⁶

Entre el comparativo que el propio autor elabora encuentra lo siguiente. El segundo y tercer modelo presentan nociones de Constitución conceptualmente distintas, aunque contienen relaciones cercanas entre las nociones descriptivas de Constitución como orden y como norma, en un doble sentido: *a)* la norma constitucional es expresión, reflejo del orden constitucional; *b)* la norma constitucional forma, determina el orden constitucional. Lo mismo sucede, entre la noción descriptiva de Constitución como orden y la noción axiológica de Constitución como norma: *a)* la norma constitucional debe ser (o ser interpretada como) expresión, reflejo del orden constitucional; *b)* la norma constitucional debe formar, determinar el orden constitucional.

También el segundo y tercero de los modelos, son descriptivos, y los otros dos primero y cuarto son axiológicos. Los defensores del primer modelo excluyen su compatibilidad con el tercer y cuarto modelo, pues no admiten dos puntos: que la norma constitucional forme y determine el orden constitucional, ni que por consiguiente, la norma constitucional debe formar, determinar el orden constitucional.

El primero y segundo de los modelos, la Constitución no es norma sino un conjunto de fenómenos sociales, que permiten distinguirse del tercero y cuarto modelo, que permite atribuirles la denominación de modelos de Constitución como orden. Aunque en el primero (axiológico) a diferencia del segundo (descriptivo) la Constitución es orden dotado de valor y productor de normas por sí mismo, mientras que en el otro, la Constitución es un orden neutro que no genera normas.

²⁶⁶Sunstein, Cass, “Constituciones y democracia: epílogo”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, México, Ed. FCE, 1999, p. 328.

Siguiendo con el enlace, el tercero y cuarto son una norma. El tercero (descriptivo) se identifica básicamente del cuarto (axiológico) porque es una norma entre las otras normas, es un texto con peculiaridades frente a los demás textos normativos, pero que no difiere cualitativamente de ellos; mientras que el otro modelo sí (axiológico) pues es una norma dotada de valor específico, por sí misma productora de normas y cualitativamente diferente de las demás normas del sistema.

Descrito desde el ángulo de Nonet y Selznick, la evolución del derecho en las prescripciones constitucionales atraviesa cronológicamente por las tres dimensiones del Estado de derecho: *a)* represivo y autoritario; *b)* autónomo y formalista; y, *c)* responsivo y con apertura cívica, ésta última de soporte más avanzado²⁶⁷.

Esa consideración con mirada interior a la evolución constitucional, se concierta así, desde la primer dimensión: el esclarecimiento de un autoritarismo disfrazado del rótulo democrático con exigencias de gobiernos instaurados funcionalmente dentro de los límites; que pasa a la segunda dimensión: el abastecimiento liberal al contenido constitucional, requiriendo ausencia de dominios de poder reservados a actores externos, la protección de la legalidad, pluralismo y libertades de los individuos; para llegar al otro extremo —cuando Comanducci expone la Constitución como normatividad axiológica— la introducción de las constituciones justiciables, entendidas como el pacto constitucional del respeto irrestricto de los controles contra las tiranías políticas, y exigible por el derecho en sustento de los valores y principios en ella consagrados, un deliberación ética, pública, razonable y desinteresada, sobre la interpretación judicial (constitucional).

3.3.1.1 MODELO AXIOLÓGICO DE CONSTITUCIÓN COMO ORDEN.

Concuerta con el modelo elaborado por Carl Schmitt, quien polemiza con el constitucionalismo liberal-democrático, considerado el legítimo heredero del ilustrado-revolucionario. Al referir que el concepto positivo de Constitución, consiste en:

²⁶⁷ Véase Nonet, Philippe y Selznick, Philip, *Law & society in transition*, New Jersey, Ed. Library of Congress, 2009.

“...el acto de la legislación constitucional en cuanto tal no contiene normas determinadas y singulares, sino que define con una sola decisión el conjunto de la unidad política respecto a su forma especial de existencia. Este acto *constituye* la forma y la especie de la unidad política, cuya existencia se presupone: la unidad política no se forma porque sea dada una Constitución. La Constitución, en sentido positivo, contiene sólo la determinación consciente de la forma especial del conjunto por la que se decide la unidad política. Esta forma puede modificarse. Pueden introducirse nuevas formas fundamentales sin que cese el Estado, es decir, la unidad política del pueblo. Pero siempre forma parte de esta fundación de la Constitución la existencia de un sujeto capaz de obrar, que viene dado conjuntamente con la voluntad de dar una Constitución. Una Constitución semejante es una decisión consciente que comporta por sí misma la unidad política y se la da por sí misma, a través del titular del poder constituyente...”²⁶⁸

En donde Comanducci condensa el pensamiento del citado teórico, para explicar que el concepto positivo de Constitución, es la concreta realidad de un existir político independiente, dotada de valor intrínseco y generadora de normas por sí misma. En la consigna de que Schmitt puede asentar la unidad política del pueblo a través de un acto (la Constitución) producto de normas como fundamento de todo el ordenamiento jurídico.

Aseveración recordatoria de que la unidad política pareciera --en la función ordenadora valorativa—siempre un acto puramente soberano, sin embargo, el argumento histórico demuestra que tras la breve fase revolucionaria, la mayoría de las Constituciones eran consideradas como concesiones del monarca o como pactos, por lo que los mismos poderes que aprobaban la Constitución, serían los que luego observarían su regulación consentidamente.

3.3.1.2 MODELO DESCRIPTIVO DE CONSTITUCIÓN COMO ORDEN.

En éste modelo se encuentran las posturas que comprenden a la Constitución con la estructura fundamental de la sociedad o con la estructura fundamental de la sociedad política (o Estado), creada y cambiada por la cooperación y la lucha entre los grupos de poder.

²⁶⁸Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Ed. Alianza, 1992, p. 38.

Apoyados en reflexiones del profesor Zagrebelsky, se recuerda el hecho de que la Constitución en época prerrevolucionaria no coincidía con la concepción del sentido de Constitución moderna, pues efectivamente, la carta constitucional configuraba una serie de reglas sistematizadora de las relaciones y equilibrios entre las diversas fuerzas involucradas (monarquía, iglesia, nobleza, burguesía, etcétera) en donde cada empuje buscaba su mejoramiento. Así que, Constitución en el Antiguo Régimen era simplemente el concreto orden de tensión política. No es entonces, hasta la segunda postguerra, que la Constitución conforma otro significado, ya como un ordenamiento jurídico de las funciones del Estado y como determinación fundamental de los valores de la vida social.

Adviértase que de ese modo, la Constitución del Estado plural es el fruto de acuerdos entre numerosos sujetos particulares que, con ella, buscan proteger la propia identidad política, en que se intenta trazar a través de los compromisos, un diseño social y político general²⁶⁹.

Una base certera es constreñirse a inducir que el sistema jurídico desprendido del eje constitucional es el precedente inmediato de la evolución del Estado, dicho ello, es frecuente comprender que la razón principal para el establecimiento institucional de otras estructuras son llevadas de la mano de la mutación del orden jurídico.

En otra explicación, sobre el concepto de Constitución descriptiva entendida como orden, Michel Troper dice:

"...si retomamos la distinción clásica entre Constitución en sentido formal y en sentido material, nos vemos impelidos a otorgarle una acepción diferente de la tradicional: en sentido formal, la Constitución es el conjunto de las disposiciones que tienen el carácter subjetivo de normas, emanadas y modificables según un procedimiento específico, que no es el de la legislación ordinaria y que resulta más difícil de aplicar; en sentido material, la Constitución es el sistema de relaciones que condiciona de modo efectivo la acción de los poderes públicos. Pero, ni en sentido formal ni en sentido material, se muestra la Constitución como un conjunto de normas. No pertenece al mundo del *Sollen* sino al del *Sein*.. La Constitución es un sistema de órganos competentes para determinar conjuntamente su competencia... La Constitución pertenece al mundo del

²⁶⁹Zagrebelsky, Gustavo, *Società-stato-costituzione*, Bolonia, Ed. Il Mulino, 1988, p. 14-27.

Sein no al del *Sollen*. No es obligatoria pero, en la medida en que incorpora a todos los poderes públicos en un haz de relaciones numerosas y complejas, limita la libertad de cada uno de ellos para determinar autónomamente sus propias competencias. Esta limitación no es de naturaleza jurídica. No se trata de obligación, sino de vínculo fáctico. Se sigue de ahí que el estudio de la Constitución no puede ser llevado a cabo por una ciencia normativa y que, teóricamente, se le pueden aplicar los métodos usuales de las ciencias que se ocupan de los fenómenos del *Sein*, en particular, nada se opone al intento de desvelar las relaciones causales entre la Constitución y el comportamiento efectivo de los poderes públicos. Por otra parte, la separación entre ciencia del derecho constitucional y ciencia sociológico-política, insuperable si se concibe como un aspecto de la división entre *Sein* *Sollen*, deja de justificarse si la Constitución es un hecho..."²⁷⁰

Aclara que la Constitución —en ésta comprensión—no es una cosa, sino una función, la cual es esencial al orden jurídico porque le permite crear y relacionar los diferentes elementos y estructuras orgánicas que la conforman, es pues condicionante de relación de grada superior vinculada a una inferior, que prescribe el contenido y acciones del poder público.

3.3.1.3 MODELO DESCRIPTIVO DE CONSTITUCIÓN COMO NORMA.

Identifica a la Constitución como un texto normativo específico, es el entendimiento propio de Constitución formal. En dicho modelo una seriación dual de características aparecen diseminadas: primero, aquella distinción propia de Constitución por la formalidad del texto y su proceso dificultado de producción, revisión ó modificación; y, segundo, porque se asume que contiene una especificidad normativa, como la circunscripción en la producción de las normas, organización de los poderes del Estado. Un concepto de Constitución propuesto por Kelsen:

"...lo que se entiende en primer lugar y en todos los casos por Constitución —la noción coincide en este aspecto con la de forma de estado— es un principio por el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en un momento considerado, la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales cuya ejecución ocupa la actividad de los órganos estatales (tribunales y autoridades administrativas). Esta regla para la creación de las normas jurídicas esenciales del estado y la

²⁷⁰La referencia indirecta aparece en Comanducci, Paolo, "Modelos e interpretación de la Constitución"; *op. cit.*, pp. 132 y 133.

determinación de los órganos legislativos y de sus procedimientos forma la Constitución en el significado propio, originario y estricto de la palabra. Ella es la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal e, incluso, de las que establecen los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas, y el modo en que tales órganos deben proceder: en definitiva, ella sustenta la disposición fundamental del ordenamiento estatal...²⁷¹

El enfoque kelseniano sin lugar a dudas contenedor de una lógica deóntica, al observar que las normas –incluyendo la Constitución—presentan un *substratum modal indiferente*²⁷², es decir, un modalizador deóntico (obligatorio, prohibido y permitido) que sólo bajo esa estructura lingüística puede integrarse en el sistema jurídico, sin debatir en éste breve espacio la discusión de la norma fundante.

3.3.1.4 MODELO AXIOLÓGICO DE CONSTITUCIÓN COMO NORMA.

Se presume que éste modelo es quizá el más reciente, porque se encuentra genéticamente imbricado con la ideología constitucionalista. Según la opinión del teórico del análisis en referencia, éste modelo ha adquirido el interés como objeto de estudio a partir de la promulgación de las Constituciones europeas de la postguerra.

Éste tipo de Constitución, tiene características distintivas específicas: *a)* La Constitución se sitúa al vértice de la jerarquía de las fuentes y, además, modifica cualitativamente esa jerarquía. La ley sustituida por la omnipresencia constitucional, que informa por sí misma a todo el sistema, pues toda legislación es interpretada a la luz de la Constitución; *b)* La Constitución es un conjunto de normas, que no sólo contiene reglas, sino también principios; *c)* La Constitución tiene una relación especial con la democracia, en doble sentido: primero, hay una conexión necesaria entre (una concepción de la) democracia –la democracia como *isonomía*— pues no puede haber Constitución sin democracia, ni democracia sin Constitución, y, segundo, la Constitución funciona necesariamente como límite de la democracia entendida como regla de mayoría; *d)* La Constitución funciona como puente entre el derecho y la

²⁷¹Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (justicia constitucional)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre 2008, p. 40.

²⁷²Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, México, Ed. Trillas, 1994, p. 72.

moral (o la política), ya que abre el sistema jurídico a consideraciones de tipo moral, en un doble sentido también: primero, los principios constitucionales son principios morales positivados; y segundo, la justificación en el ámbito jurídico (sobre todo la justificación de la interpretación) no puede dejar de recurrir a principios morales; y, e) La aplicación de la Constitución, a diferencia de la ley, no puede hacerse por el método de la subsunción sino que, precisamente por la presencia de los principios, debe realizarse generalmente por medio del método de la ponderación o del balance.

En una crítica de otro diverso trabajo de Comanducci²⁷³, el profesor Moreso aclara al teórico italiano que la ciencia jurídica normativa, es denominada así por Ferrajoli, porque usa el contenido de determinadas normas superiores (constitucionales) para determinar la validez de otras normas inferiores (infraconstitucionales)²⁷⁴.

Lo señalado es hace indicativo el que la teoría jurídica contemporánea tome en cuenta la estructura jerárquica del diseño constitucional, para que a partir de allí se analicen los conceptos centrales de la teoría jurídica, esencialmente el concepto de validez (normativa), desde dicha perspectiva.

Lo cual presupone que efectivamente la Constitución remite a la argumentación moral y, en ese sentido, el texto constitucional exige una lectura moral; pero otra cosa muy distinta, es suponer que todas las obligaciones constitucionales son también obligaciones morales o que la Constitución no puede vulnerar la moralidad²⁷⁵.

3.3.2 INTERPRETACIÓN A PARTIR DE LOS MODELOS DE LA CONSTITUCIÓN.

Es importante no olvidar desde un inicio que la actividad interpretativa es siempre una actividad volitiva y no cognoscitiva, que encuadra ya la inevitable indeterminación del derecho. Agrega el crítico español –Moreso—que:

“...el hecho de que el proceso de constitucionalización disminuya, algunas veces, la certeza no ha de verse como algo necesariamente inadecuado, por el contrario, a

²⁷³ Se trata del ensayo “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”.

²⁷⁴ Moreso, Juan José, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, *Seminario Albert Calsamiglia*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 13 y 14 de febrero de 2003, p. 3.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 5.

menudo es el único modo de hacer de nuestro derecho un derecho más respetuoso con nuestra autonomía personal...²⁷⁶

El ánimo demostrativo de la tesis de Comanducci, no exalta la instrumentación de su postura como efecto totalizador, aunque si vale bien la pena atisbar que el adornamiento de traslucir casi en completitud su tesis, es para clarificar racionalmente las distintas posturas metodológicas de interpretación que se adopten según se configure el objeto Constitución. Siendo claro al expresar –el autor-- que la especificidad que existe en la interpretación constitucional, depende de cuatro variantes además: 1) el modelo de Constitución; 2) de los sujetos que producen e interpretan; 3) de las técnicas de interpretación utilizadas; y, 4) de los problemas de interpretación.

Adelantando un tanto, resáltese que la estructura de referencia preferencial en ésta investigación es sobre el hecho de que el razonamiento jurídico en sistemas constitucionalizados, es una especie de razonamiento moral, bajo dos condicionantes: a) que se trate de sistemas constitucionalizados que remiten a la moralidad, y, b) el razonamiento jurídico es una especie de razonamiento moral sólo en aquellos fragmentos de razonamiento en los cuales el texto constitucional remite a la moralidad.

Ya que sin rubor ninguno, la propuesta actual de las democracias consolidadas es insertar a las democracias emergentes –como lo es México— la judicialización exponencial a través de la función de los tribunales constitucionales.

3.3.2.1 INTERPRETACIÓN EN EL MODELO AXIOLÓGICO DE CONSTITUCIÓN COMO ORDEN.

Es totalmente interpretar un orden, una esencia --siguiendo el estudio sobre Schmitt—la mejor hipótesis ó praxis consuetudinaria. Porque si el productor de la Constitución es el pueblo, entendido como entidad orgánica, sería obvio corroborar que en sustitución de una asignación de sentido al documento, se atribuye en realidad un sentido a un objeto natural-cultural. Se dice entonces, que la doctrina jurídica coopera con el pueblo en la construcción

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 6.

de la Constitución, porque es el único intérprete técnicamente preparado, así se asume pues.

Lo cual quiere decir, primero que la supremacía constitucional representa la cúspide del ordenamiento jurídico, establecido por decisión política del Poder Constituyente —que implica el ejercicio de la soberanía popular—y sólo modificable, como tal por decisión de éste²⁷⁷.

Segundo porque la Constitución es la expresión configuradora de un sistema jurídico, por lo cual tiene pretensión de permanencia ó duración, lo cual entonces parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias, pues demarca la estructura normativa²⁷⁸.

Y por último, frenar las dificultades políticas, a través de la legitimidad política expresada por la soberanía popular e instaurar una legalidad constitucional desde el sistema normativo, que evite las arbitrariedades e institucionalización de la ilegitimidad²⁷⁹.

3.3.2.2 INTERPRETACIÓN EN EL MODELO DESCRIPTIVO DE CONSTITUCIÓN COMO ORDEN.

Perifraseando el comparativo del tercer modelo de Constitución como norma, explica que ésta incluye su incorporación como orden, en el sentido de que es un equilibrio entre los órganos constitucionales, en la medida en que hay un documento normativo llamado Constitución al que esos órganos otorgan significado, en el mismo sentido o en sentido análogo por el que se atribuye significado a la ley.

Lo cual quiere decir que, los productores de la Constitución-norma, son aquéllos que, de hecho, y dentro de un determinado sistema político, tienen el poder de interpretar con autoridad la Constitución-documento. Se aclara del siguiente modo: la ciencia política y la teoría del derecho de inspiración realista harán uso de los instrumentos de estudio lexicográfico y de análisis empírico de los comportamientos institucionales, sin señalarse los posibles significados del documento y mucho menos, la adscripción de éstos. Ya que tal significado o

²⁷⁷ Brewer-Carías, Allan, *Instituciones políticas y constitucionales*, Caracas, Ed. Jurídica Venezolana, 1982, pp. 159-176.

²⁷⁸ García De Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma*, Madrid, Ed. Civitas, 1983, p. 106.

²⁷⁹ Véase Horowitz, Louis, "La legitimidad política y la institucionalización de la crisis en América Latina", *Revista Colegio de México*, México, vol. VII, núm. 3, enero-marzo 1968, pp. 235-257.

significados son atribuidos de hecho al documento, en el espacio y tiempo de parte de los órganos que logran imponer o negociar su interpretación de la Constitución; en donde no necesariamente se asigna la función a los jueces exclusivamente.

En objeción a tal postura, es Kelsen —quien en respuesta al trabajo de Carl Schmitt sobre *La defensa de la Constitución*, al atribuirle éste, idílicamente la neutralidad de esa defensa al poder ejecutivo—bajo el siguiente argumento:

“...La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder y garantía de la Constitución significa certeza de que estos límites no serán rebasados. Si una cosa es indudable, es que ningún órgano es menos idóneo a realizar esa tarea al cual la Constitución encarga —en todo ó en parte—el ejercicio del poder y que tiene en sus manos la ocasión jurídica y los estímulos políticos para violarla. Ningún principio técnico jurídico es tan generalmente compartido como aquél por el cual ninguno puede ser juez en causa propia...”²⁸⁰

Y justamente aquí revela pertinencia la profunda concepción del profesor Fix-Zamudio, sobre la defensa de la Constitución, en el siguiente sentido:

“...la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normatividad constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento, y lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el ángulo de la Constitución material, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia Carta Fundamental. Por este motivo nos atrevemos a sostener que una verdadera defensa constitucional es la que puede lograr la aproximación entre estos dos sectores, que en ocasiones pueden encontrarse muy distanciados: la Constitución formal y la Constitución material [...] la defensa constitucional no debe considerarse sólo desde un punto de vista estático, que concuerda de cierta manera con la idea de conservación de la Constitución, sino que la Constitución tanto en su sentido material, pero también desde el ángulo formal, es forzosamente dinámica, y con mayor razón en nuestra época de cambios acelerados y constantes [...] por lo que la idea de la defensa constitucional tiene por objeto no sólo el

²⁸⁰Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Ed. Tecnos, 1995, p. 73.

mantenimiento de las normas fundamentales sino también su evolución y su compenetración con la realidad política para evitar que el documento escrito se convierta en una simple fórmula nominal o semántica de acuerdo con el profundo pensamiento de Karl Loewenstein, es decir, que solo resulta digno de tutelarse un ordenamiento con un grado de eficacia y de proyección hacia el futuro y no un simple conjunto de manifestaciones declamatorias...²⁸¹

3.3.2.3 INTERPRETACIÓN EN EL MODELO DESCRIPTIVO DE LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA.

A partir de éste modelo se complejiza un tanto la especificidad de la función interpretativa porque el texto constitucional se presenta como un documento normativo, y entonces, surge en especie el género de la interpretación jurídica, que se define genéricamente como la adscripción de significado al texto normativo en consulta.

Que a diferencia del siguiente modelo, relativiza la gradualidad cuantitativa entre la interpretación constitucional y la interpretación de la ley. En éste apartado entonces, metodológicamente se sujeta a tres factores sustraídos de la tesis de Guastini, quien manifiesta que la especificidad de la interpretación constitucional puede depender de los siguientes:

"...a) los agentes de la interpretación; b) las técnicas de interpretación; c) los problemas de la interpretación..."²⁸²

A través de esa modalidad se desarrolla la reflexión de Comanducci, porque al referirse al punto *a)*—de la tesis de Guastini— sujeta al hecho de que los agentes de la interpretación constitucional son parcialmente distintos a los intérpretes de la ley, como ocurren en muchos sistemas jurídicos; en codependencia de otros tres elementos más:

1. Las funciones que se atribuyen a la Constitución. Cuando se atribuye a la Constitución la función de establecer límites al poder político, siendo que los únicos intérpretes constitucionales sean órganos supremos del Estado, y por exclusión los jueces ordinarios.

²⁸¹ Fix-Zamudio, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Año 1, núm. I, enero-abril, 1968, pp. 89-93.

²⁸² Carbonell Miguel, en traducción a Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Ed. Porrúa-UNAM, 2000, pp. 113-137.

2. El régimen jurídico de la Constitución. Si la Constitución es flexible, hay una especificidad radical, porque es interpretada sólo por el legislador; si es rígida y dotada de garantías que la preserven, hay una especificidad sólo parcial: hay un único intérprete privilegiado, que es la Corte Constitucional; o, junto a él, permanece la competencia de los jueces ordinarios.

3. El contenido normativo de la Constitución. Si la Constitución contiene sólo la delimitación del poder público, hay especificidad pues los intérpretes son los órganos supremos del Estado; en cambio si también tiene carta de derechos cobra validez la solución inmediata anterior; y, si además de todo se integran normas programáticas, resultan aplicables las soluciones dadas a los puntos 1 y 2, ya explicadas.

Continuando el estudio, al referirse al punto *b)* de la tesis de Guastini, respecto a las técnicas de interpretación sucede que, por una parte, la especificidad de las técnicas empleadas es contingente y no necesaria, y además, en algunos casos esa especificidad es censurable tanto a partir de consideraciones teóricas como desde orientaciones ideológicas que concurren a la defensa del ideal del Estado de derecho.

Crítica de Guastini sobre las peculiaridades de la ponderación, ya que ésta consiste en evidenciar la antinomia entre principios como una incompatibilidad parcial-parcial, en la institución, por parte del intérprete, de una jerarquía axiológica entre los principios implicados, pero sólo con referencia al concreto caso de que se trate. Sin embargo, sí se procede así, el intérprete se atribuye a sí mismo un poder (el de instituir una jerarquía y, por tanto, modificar el sistema y hacerlo, además, caso por caso) que resulta incompatible con la defensa de dos valores incorporados al ideal del Estado de derecho, que son el de la separación de poderes y el de la certeza del derecho.

Llegando al punto *c)*, el mismo autor señala algunos problemas sobre la interpretación de la Constitución, entre ellos: la forma de interpretar una Constitución sin cláusula de revisión; la forma de interpretar una Constitución que contenga una declaración de derechos; la forma de interpretar los preámbulos de algunas Constituciones, tienen calidad normativa y por ende son justiciables; hay una delimitación a la revisión constitucional, por mencionar algunos.

En la narrativa no es posible aislar el contraste mostrado por Böckenförde, quien sostiene que el significado de la Constitución no viene dado por sí misma, sino que es consecuencia de un método interpretativo:

“...Existe una conexión recíproca constante entre el método de la interpretación constitucional y la teoría o el concepto de Constitución que le sirva de base. O bien un determinado método de interpretación se funda y desarrolla a partir de una idea fundamental teórico constitucional o un determinado concepto de Constitución, o bien, se obtiene de una determinada idea fundamental de Constitución como consecuencia (quizá anticipada) de un planteamiento metódico interpretativo seleccionado...”²⁸³

Mientras que Prieto Sanchís²⁸⁴ centra las problemáticas en otros factores, como lo son:

1. La naturaleza del objeto interpretado, pues la Constitución a diferencia de la ley, contiene reglas y principios; en donde se presentan standards elásticos.

2. La función del intérprete, a diferencia del juez ordinario que solamente establece una interpretación única, el juzgador constitucional indica que interpretaciones no son tolerables, mostrando así, cuales son las interpretaciones razonables.

3. Las consecuencias de la actividad interpretativa, esto significa —en correlación al párrafo anterior— que las decisiones del juez constitucional contemporáneo son enteramente distintas a las del resolutor ordinario, porque las del primero pueden tener un alto impacto económico, y, un singular alcance jurídico. Tanta es la prudencia recuperada del juez constitucional como legislador negativo, porque no sólo anula la ley, sino también vincula las interpretaciones al conformar el objeto Constitución. Entonces, las decisiones motivadas del juez constitucional tienen la misma fuerza que las normas legislativas, porque modifican el sistema jurídico.

A lo que se suman dos exigencias para la obtención de una motivación racional: a) sinceridad y transparencia, la primera como exposición abierta de todos los criterios relevantes al caso, de su origen e implicaciones, así como los distintos argumentos que permiten inferir la decisión a partir de las

²⁸³Requejo, Juan Luis y Villaverde, Ignacio, *Escritos sobre derechos fundamentales*, en traducción a Böckenförde, Ernest-Wolfgang, Baden, Ed. NomosVerlagsgesellschaft, 1993, p. 37.

²⁸⁴Véase Prieto Sanchís, Luis, “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 9, 1991, pp. 175-198.

premisas; la segunda como necesidad de utilizar un lenguaje y construcción gramatical inteligible y capaz de persuadir; y, *b)* respeto a los antecedentes, se trata de un símil a la *integrity* workiniana, que como principio de universalización, manda tratar de modo igual los casos iguales.

En esas alusiones, Prieto Sanchís itera que solo existe especificidad en la interpretación constitucional de forma cuantitativa, porque: *a)* con frecuencia al ponderar principios es de especial importancia motivar la decisión que justifique la integridad del razonamiento; *b)* la técnica de motivación soportada en el juicio de racionalidad, varía de un caso a otro, lo cual requiere una justificación minuciosa; *c)* la motivación del juzgador ordinario permite el control social de su decisión por sus enjuiciantes revisores, mientras que la justificación del juez constitucional que es una operación que *es* Derecho propiamente y no surge a partir de dicho objeto de estudio, reconstruye el sistema jurídico; y, *d)* las decisiones del juez constitucional demandan coherencia al interior del sistema y respeto del principio de universalidad.

La positivización de valores para la justicia constitucional, fue introducida luego de la segunda posguerra, incluso con las arremetidas del Estado social de derecho que se incorporaron en principio en la Constitución de Weimar; lo cual acaece en el objeto de reforzar la legitimidad del Estado después del debacle histórico sufrido entre los desacuerdos de la pluralidad de fuerzas políticas.

Lo cual trasluce a través de la pujante jurisprudencia de los valores, que se transpola al ámbito interpretativo para evidenciar las consecuencias que para el sistema constitucional promueve el activismo judicial. Y es que siempre al interior del texto constitucional se encontraran disposiciones de contenido indeterminado, que son llevados al juzgador para que descifre lo que intentó normarse en ellos, los cuales para Hart son zonas de penumbra²⁸⁵.

Siguiendo en éste apartado la tesis de Böckenförde, cuando indica la necesidad de establecer una teoría de la Constitución, constitucionalmente adecuada que dé soporte a los esfuerzos hermenéuticos sobre la base de la objetividad y certeza jurídica, definitivamente encuentra eco en la opinión de

²⁸⁵Hart introduce la distinción entre *zonas de certeza* y *zonas de penumbra*, dentro del campo de la interpretación para evidenciar la potestad creativa del juez en el segundo de los casos, por la necesidad que tiene de trascender el texto de la norma para encontrar su sentido. Hart, L.A., *El concepto del derecho*, México, Ed. Nacional, 1980, p. 181.

Cossío Díaz, quien incorpora que lo más prudente para obtener una interpretación correcta de la Constitución deben fortalecerse los instrumentos que permitan al juez comprender de mejor manera el concepto, la cualidad, la naturaleza, los principios y presupuestos teórico contemporáneos de la Constitución²⁸⁶.

3.3.2.4 INTERPRETACIÓN EN EL MODELO AXIOLÓGICO DE LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA.

De entrada el modelo que se analiza tiene una radical especificidad de la interpretación constitucional a diferencia de la ley, y como trazo demostrativo la aplicación de la Constitución. Porque muchas Constituciones –regularmente— contienen una carta de derechos formulada en un lenguaje abierto, razón por la cual, Dworkin impulsa una técnica peculiar de interpretación a la que denominó *lectura moral de la Constitución*²⁸⁷, que implica el cese de la distinción entre la disciplina jurídico-positiva del derecho constitucional y lo que el citado filósofo norteamericano dice *political morality* –moral política— en otras palabras, una disciplina ético-normativa.

Esa lectura propuesta, en palabras del propio Dworkin:

“...we all –judges, lawyers, citizens— interpret and apply these abstract clauses on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice...”²⁸⁸

La postura de Dworkin tiene zonas de sombra si de entrada no se intenta descifrar su concepción del Derecho, por lo cual, transitoriamente se hará una correlación que atisbe la importancia del señalamiento que hace sobre la interpretación constitucional axiológico-normativa, en que redimensiona la comprensión de la paradoja que constituye cumplir con el principio de legalidad y a la vez realizar los valores abstractos e imprecisos que incorporan los derechos humanos, sobre los que opera el derecho real.

Dworkin comienza por entender al derecho como una *praxis* social, un fenómeno universal. Comenzando por la crítica realizada a la reflexión sobre el concepto de Derecho que propuso Hebert Lionel Adolphus Hart –a quien debate Dworkin, por un presunto reduccionismo positivista—cuyo aspecto central

²⁸⁶ Cossío, José Ramón, “La teoría constitucional moderna (lecciones para México)”, *Meta-política*, México, Volume 4, num. 15, Julio-Septiembre 2000, pp. 108-110.

²⁸⁷ Dworkin, Ronald, *Freedom's Law*, Oxford, Ed. Oxford University Press, 1996, p. 22.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 30.

consiste en la construcción de un sistema general y descriptivo con base en un análisis lógico-empírico de la estructura de los sistemas jurídicos nacionales; que constriñe comprender al derecho como un sistema complejo de reglas²⁸⁹.

Dworkin ataca la *regla de reconocimiento*, indicando que ese *test* de identidad (la norma como parte del derecho) atiende al origen de la norma ó lo que denomina *pedigree* y que no considera el contenido de la misma. Crítica a dicha *regla de reconocimiento* también porque sus estándares son incapaces de proporcionar una representación completa del derecho. Asimismo la valoración moral, puede ser un criterio de validez adicional establecido por el mismo sistema jurídico válido.

Dworkin identifica que en ciertos casos, no se puede subsumir de manera sencilla utilizando las reglas jurídicas, lo que lleva a distinguir que un caso difícil –*hard case*—recae en que el juez no tiene a su disposición una norma jurídica que establezca los parámetros para resolverlo. De modo que el juzgador no debe trabajar sólo soportado en reglas establecidas sino también con base en principios, que funcionan más como una brújula ó directriz.

Para el mencionado autor, los principios en sentido estricto contienen las directrices políticas que son especies de los principios precisamente, en sentido amplio. Sirve lo explicado para diferenciar entre los argumentos

²⁸⁹Para Hart, cualquier sistema jurídico cuenta con dos grupos de reglas que se diferencian lógicamente por la función que cada uno de ellos cumple. El primer grupo se integra reglas que prescribe el comportamiento que es de esperarse por parte de los miembros del grupo en determinadas circunstancias –reglas imperativas—o que, autorizan o facultan –reglas imperativas—a éstos para llevar a cabo ciertas conductas, llamadas *normas primarias*. El segundo grupo de reglas, denominadas *reglas secundarias* son un complemento necesario para subsanar ciertos defectos propios de las *reglas primarias*. Dentro de tales deficiencias se encuentra la indeterminabilidad de su contenido, su carácter estatal y su ineffectividad social. Así que, el ámbito material de validez de las *reglas secundarias* son las *reglas primarias*, por lo que bien se puede decir que son *reglas sobre reglas*. Dentro de las *reglas secundarias*, Hart clasifica: *reglas de decisión* (rules of adjudication), *reglas de modificación* (rules of change) y *reglas de reconocimiento* (rules of recognition). Se explica que la *regla de reconocimiento* obtiene mayor importancia que las otras dos, porque cumple la función de regla última. Establece el criterio de validez, sobre lo que debe valer como derecho, o, como parte del derecho, especialmente ante los tribunales. La siguiente subdivisión, se refiere a los puntos de vista interno y externo, el primero es la circunstancia interna y psicológica sobre la aceptación de una norma para sus conductas, la segunda se sostiene por aquel quien verifica un criterio que valga para establecer una regularidad de conducta y a la que le vale también la aceptación de una sociedad determinada. Desprendido de ello, se presentan dos aspectos más. El aspecto exterior radica en la existencia de una *praxis compleja*, pero regularmente coordinada, de los tribunales, autoridades administrativas y personas privadas, que identifican lo que vale como derecho. Su aspecto interior interpreta Hart, que una regla llegar a ser una *regla de reconocimiento* cuando –desde el aspecto interior—la misma se acepta por las autoridades. Entonces la validez de una norma presupone la existencia y aplicación de la *regla de reconocimiento* (es la concepción del Derecho en un concepto de validez normativo). Véase Hart, L.A., *El concepto del derecho*, México, Ed. Nacional, 1980.

permitidos y los argumentos no permitidos en la decisión jurídica; porque los primeros se ofrecen al juez (principios en sentido estricto) mientras que los segundos son reservados para el legislador (principios en sentido amplio, directrices políticas).

Viene coligado el que en la tesis de los derechos *–rightsthesis–* son los jueces quienes al encontrarse frente a casos difíciles deciden con base en principios en sentido estricto, porque configuran exigencias de justicia, equidad o moralidad encaminados hacia la eficacia de los derechos fundamentales. Mientras que las directrices políticas (principios en sentido amplio) proponen un objetivo que debe ser alcanzado, generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad.

Otra anotación importante es cuando Dworkin propone la concepción del fenómeno jurídico (inicialmente en su obra *Law's Empire*) donde el teórico se niega a conceder la separación entre lo que es y debiera ser el derecho, sosteniendo que la teoría y filosofía jurídicas son dos gemelos que hacen lo mismo. Es relevante el hecho de que incorpora una óptica alternativa sobre la real magnitud del derecho, considerando el arquetipo de la actividad jurídica a la decisión judicial.

Así que para el filósofo norteamericano, el derecho no consiste en reunir diversas piezas separadas, sino más bien resulta que el derecho en cada aplicación se renueva y redefine sus límites y contornos.

Por lo tanto centra su pensamiento analítico en los métodos de la argumentación judicial, los cuales invoca como los que sirven para descubrir el derecho y justificar su aplicación. Por lo tanto, si el derecho es un fenómeno social, debe ser concebido como una *praxis* que involucra las relaciones sociales, y esa *praxis* muestra el aspecto proposicional del derecho.

El andamio comprensivo sobre la teoría dworkiniana desciende sobre la interpretación como método de descubrimiento del derecho, con lo cual quiere decir que todo aquello que pertenece a las prácticas jurídicas y que constituye el trabajo de los operadores jurídicos, no es más que el resultado de una interpretación material jurídico actual, lo cual implica que el entendimiento objetivo de una regla incluso viene necesariamente junto con el resultado de la interpretación en la *praxis* jurídica.

En esa medida cada interpretación es dependiente de la moral política, que presupone una comprensión deontológica de las pretensiones jurídicas de validez. Ya que uno de los problemas fundamentales de la jurisprudencia analítica fue el prescindir de la combinación entre la utilización de proposiciones jurídicas descriptivas y la exposición valorativa hacia el sentido de un derecho ideal. Es decir, el método de interpretación propuesto es un método de descubrimiento que obtiene su resultado a partir de una combinación crítica y de creación, el beneficio es la función interpretativa en su mejor sentido, siendo allí donde el juez encuentra el verdadero derecho aplicable al caso del que conoce.

La interpretación creativa-constructiva atribuye un sentido a la *praxis* social que muestra a una sociedad determinada en su mejor forma, dado que la historia y forma en que se practica el derecho influye de manera decisiva en la actividad interpretativa, se requiere que a través de éste método se reconstruya el orden jurídico en su totalidad para cada caso, de tal forma que el sistema jurídico pueda justificarse con base en un conjunto de principios.

Su objeto es reflejar el sistema jurídico a través de la teoría del derecho. Para delimitar mejor, según la óptica de Dworkin concepción y concepto constituyen dos diferentes niveles de abstracción, en ese sentido, concibe como derecho todo lo que se puede hacer valer en una sociedad para justificar el uso del poder público en contra de individuos o grupos; mientras que el concepto representa el consenso absoluto más necesario bajo el que los operadores jurídicos pudieran considerar a la práctica social como expresión del derecho.

Su concepción interpretativa oscila entre la diferencia de la *rule-bookconception* y la *rightsconception*, como dos posibles formas de lectura de los conceptos jurídicos. Proponiendo una concepción del derecho –también expone el convencionalismo y pragmatismo— denominado el derecho como integridad, el cual es la concepción del derecho construida a partir de la interpretación.

El ideal de integridad se representa como un principio de moral política, junto al cual se realizan ideales de justicia y equidad. Por lo cual es el conductor de la función interpretativa porque significa que el juez interpretará el derecho como expresión de una conducta integral del Estado, es pues la

actuación conforme a una moral institucional. Ese ideal como se ha dicho es indisoluble de una asociación de principios –*association of princip*—que aparentemente proviene del postulado de fraternidad consolidado en la Revolución Francesa.

Que además se encuentra condicionado legítimamente para Dworkin sobre el axioma de igualdad como último criterio de decisión, que se logra a través de la práctica habitual del momento –*dimension of fit*— y la representación de los valores de la sociedad –*dimension of value*—ambos filtros exigen pues, la justificación del material jurídico de la mejor manera posible, perfilando en ese sentido, el principio de la igualdad.

La igualdad como valor más elevado de una concepción moral política, no requiere una fundamentación extra, que además comprende el respeto a la autonomía y dignidad de los seres humanos. Esa postura no equivale al orden moral racional sobre la sociedad en el sentido del derecho natural. Porque lo sucedido en realidad es la subordinación de la teoría política del liberalismo a la teoría del derecho, porque su teoría de los principios coloca al individuo como centro del sistema, la cual puede ser denominada liberal-igualitaria.

Para conceder congruencia a la alternativa, el mismo Dworkin responde el cómo decidir si las cláusulas constitucionales contienen principios morales, según tres elementos que justifiquen esa atribución de significado:

1. Lo que los *framers* han dicho, lo que quiere decir, la literalidad del texto interpretado según el uso normal de las palabras de cuando fueron pronunciadas.

2. Lo que querían decir los *framers*, que implica el significado atribuido por ellos a las palabras empleadas, en otras palabras, lo que concretamente pensaban hacer elaborando las cláusulas, su intencionalidad ulterior. El argumento total utilizado por Dworkin es la exposición de la tercera enmienda: “...thegovernmentmaynotquartersoldiers in citizen´shouses in peacetime...” que se traduce en la consistencia coherente del principio de la *privacy*.

3. El contexto extralingüístico del momento en que se elaboró (particularmente la praxis jurídico-política de esa etapa histórica) indica como significado más probable de lo que los *framers* han dicho y querían decir. Dicho distinto, la reconstrucción histórica del contexto es instrumental auxiliar, tanto respecto a la determinación de lo que los *framers* han dicho, como respecto a

la identificación de las intenciones de los *framers*: sirve para escoger una entre las varias interpretaciones posibles a partir de la formulación normativa y de la voluntad de los *framers* incorporada en ella.

La metodología propuesta por Dworkin es instrumental en dos momentos, la primera es una reconstrucción histórica del contexto, y, la segunda una reconstrucción sistemática de la Constitución como un todo, lo que el propio autor conceptualiza *constitutional integrity*.

Tal concepto indicativo de la interpretación de las cláusulas de modo congruente de acuerdo a la estructura del conjunto de la Constitución y con las interpretaciones anteriores dadas por la Corte Suprema. Invoca en éste apartado lo que él llama *chain novel*, que refiere el que cada juez debe añadir un capítulo nuevo a los escritos por los otros, pensando también en quienes escribirán los próximos capítulos.

En ese contexto, los jueces en su lectura interpretativa están ceñidos a encontrar la mejor concepción de los principios morales constitucionales, sobre el convencimiento de que la carta de derechos, los contiene en tanto fundamentales de forma abstracta, excluyendo las preferencias de justicia parcializadas por la visión del intérprete.

Para apostar a la limitación de la función interpretativa de los citados operadores jurídicos, existen dos posturas. La primera que consiste en el no rechazo de la lectura moral, pero confiada al pueblo y no a los jueces, que carecen para la vieja escuela, de legitimación democrática. La segunda, ya antes expuesta y denominada como *originalista*, no acepta la lectura moral sosteniendo que la Constitución sólo significa lo que el constituyente pretendió asignarle de contenido.

Obviamente Dworkin disiente, porque en realidad debe otorgarse preferencia a lo que los *framers* han querido hacer al formular el texto constitucional, como el hecho de expresar principios morales abstractos en relación con lo que tal vez pudieron pensar los *framers* que ocurriría al aplicarse ese texto. Es notoriamente un discurso prescriptivo en la interpretación, asentado en una elección de valor; que para la crítica de Comanducci no es más que un argumento consecuencialista, ya que el sentido se traduce sobre las consecuencias de la lectura originalista que resultarían perjudiciales, porque esa lectura impediría tomar algunas decisiones

interpretativas que desde una asignación de contenido moral, en la actualidad condensan la comprensión constitucional norteamericana.

La tesis de la lectura moral constriñe la coherencia interpretativa, pues los operadores jurídicos comprenden a la Constitución como una expresión abstracta de principios morales que sólo serán aplicados al caso concreto a través de innovadores criterios jurisprudenciales. Circunstancia que propiciará la clasificación de los juzgadores constitucionales, por un lado de progresistas, y por el otro de conservadores; siendo que los primeros para Dworkin, generalmente desarrollan una lectura moral adecuada al texto constitucional.

No sale de las manos del teórico, la inadmisión de los operadores jurídicos sobre la realización de la lectura moral de que se habla, por las siguientes experiencias: *a)* el hecho de que la lectura moral parece eliminar la distinción entre derecho y moral, de modo que lo que es derecho aparece subordinado a las opiniones morales de los jueces; *b)* el hecho de que la lectura moral parece confiar a los jueces, entendida como elite profesional –y no al pueblo, como obligación democrática— la solución de grandes problemas de la moral política; *c)* el hecho de que generalmente los mismos estadounidenses infravaloran la importancia y peculiaridad de su sistema constitucional.

La respuesta que Dworkin ofrece es la comprensión de que mediante la interpretación se reconstruyen los principios morales abstractos, y a través de la aplicación se concretan.

3.3.3 CONSIDERACIONES FINALES.

El tratamiento sobre la interpretación constitucional permite alimentar la suspicacia sobre la multiplicidad de factores que han quedado fuera de la limitada reflexión, lo que solamente conduce a intentar explicar una serie de apreciaciones finales que son guía para la interpretación de los derechos en México, según la metodología contemporánea.

Cabe hacer la indicación que, de acuerdo a los tres sistemas de evolución o transformación constitucional a que se refiere el constitucionalista británico Wheare, es decir, modificación formal, interpretación judicial y los

usos y costumbres²⁹⁰, ha predominado en forma indiscutible el primero en la mayor parte de los países latinoamericanos incluido México, de modo que por ello la interpretación constitucional mereció una desatención teórica.

Por otra parte, hay consenso teórico sobre que debido a que las normas constitucionales poseen caracteres peculiares debe determinarse una interpretación específica, así lo asiente el profesor Fix-Zamudio²⁹¹, pues sin apartarse de las reglas generales, requiere de matices particulares, que predicen su autonomía sobre interpretaciones hacia futuro.

Otras convenientes anotaciones surgen al consultar autores como Guastini²⁹², que habla sobre la interpretación del derecho, y quien desde otra postura coinciden en rechazar la posibilidad de la argumentación racional en el ámbito valorativo, extraído de la convicción de que sólo el discurso asertivo es apto para la verdad y la falsedad y de que el discurso valorativo —en su versión genuina, el discurso de los valores, no el discurso acerca de los valores—no lo es, aún cuando el autor defiende la tesis escéptica que a partir de la cual se pretenden introducir breves ideas.

Guastini pretende responder al cuestionamiento sobre la aptitud de verdad del discurso jurídico-interpretativo. Primero sostiene que aunque superficialmente los enunciados interpretativos se comportan como enunciados asertivos, su estructura profunda revela que su verdad no trasciende a nuestras creencias, dicho distinto, que durante su formulación no se expresan creencias sino que sólo se asigna una relación de sinonimia entre enunciados. Con ello el autor intenta demostrar que la práctica jurídica deja expuesta que las prácticas lingüísticas no son suficientes para dotarnos de una noción de identidad de significado apta para el discurso jurídico.

De ahí se tiene que la verdad depende de determinada atribución de significado a algunas disposiciones —en éste caso constitucionales—además de determinadas propiedades. Siempre que, la identidad de significado adopte

²⁹⁰ Morera, Fernando y Alandí, Ángel, *Las constituciones modernas*, en traducción a Wheare, K., Barcelona, Ed. Ariel, 1971, pp. 73-75.

²⁹¹ Véase Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", *Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Guadalajara, Jalisco, 5 al 10 de noviembre de 1973, pp. 1-50.

²⁹² Véase Moreso, Juan José, "Dos concepciones de la interpretación jurídica", *Isonomía*, Alicante, núm. 29, octubre 2008, pp. 7-14.

el principio de tolerancia, que se traduce en una actitud neutral basada en que cada individuo es libre de utilizar el lenguaje más adecuado a su objetivo.

La segunda razón encuentra procedencia en la filosofía del lenguaje. Anótese que un lenguaje es visto como un sistema de reglas y convenciones, con arreglo a las cuales los conjuntos de símbolos cuentan como oraciones bien formadas, significativas. El significado de una oración está determinado por los significados de sus partes y por el modo en que dichas partes se combinan, en esa medida, la referencia y la verdad no pueden adscribirse a las expresiones lingüísticas al margen de su uso.

De manera que en realidad no preexiste una certeza de significados literales, sino al margen del contexto, hay únicamente *potenciales semánticos*, que interactúan en cada contexto produciendo contenidos significativos. Justo en éste apartado es donde Guastini opina que los contextos en que el derecho es promulgado, son contextos incompletos, incapaces de determinar unívocamente el significado de las expresiones, porque para hacerlo se requiere precisar el contexto de aplicación del enunciado.

Siendo precisos, es que la interpretación de textos (jurídicos) no depende exclusivamente de lo que los textos dicen, sino también de aquello que los textos presuponen y de aquello que presuponen los destinatarios de los textos.

Aunque Rafael Hernández Marín²⁹³ opine distinto, precisamente en respuesta al trabajo de Guastini (una teoría cognoscitiva de la interpretación) cuando con firmeza alude el que las convicciones sobre la ontología que realiza el citado autor italiano son endeble y hasta incomprensibles.

Porque de su percepción los problemas ontológicos, a los que incluye el resto de los problemas filosóficos, tienen continuidad con los problemas científicos; unos y otros, se hallan en el mismo plano; por lo tanto, las tesis ontológicas son, al igual que las científicas: verdaderas ó falsas y están sujetas a los mismo controles lógicos y empíricos que las tesis científicas.

Asimismo frente a la aseveración de Guastini sobre que es necesario concebir al derecho como un conjunto no de textos, sino de significados, es necesario por tanto, concebir las normas no como enunciados, sino como

²⁹³ Véase Hernández Marín, Rafael, "Sobre ontología jurídica e interpretación del derecho", *Isonomía*, Alicante, núm. 29, octubre 2008, pp. 33-78.

significados; Marín aduce que en realidad no existen significados, y la contradicción estriba en que las teorías parciales no identificadas por el primer autor (respecto a la ontología jurídica) es negar la unidad del conocimiento humano.

Marín también afirma que interpretar es atribuir significado a algo, especialmente a un texto, lo que implica afirmar que algo, principalmente un texto, tiene un sentido determinado; por lo cual, el resultado de la interpretación, es un enunciado afirmativo o una afirmación, esto se traduce en: *un enunciado asertivo, verdadero o falso.*

Lo que pretende armonizar con su tesis de la ontología jurídica, que hace indicativo el que el Derecho está formado por textos, concretamente enunciados, llamados *enunciados jurídicos* ó *normas jurídicas.*

Por esas dos razones, las anteriores tesis son complementarias: el Derecho está formado por enunciados, enunciados jurídicos; la interpretación del Derecho consiste en atribuir sentido a los enunciados jurídicos, que vienen a ser *enunciados interpretados.*

Los *enunciados interpretados* vienen a ser una variable metalingüística, que están en lugar del nombre del enunciado, que ya en la afirmación, denomina *enunciados interpretativos.*

Todo ello para manifestar que se circunscriben acuerdos y desacuerdos entre Marín y Guastini, por ejemplo sobre la interpretación del Derecho discrepan en que la premisa en el tema (interpretación jurídica) se refiera en sentido amplio de modo similar a la interpretación en el lenguaje común; porque Guastini prefiere aducir que el enunciado interpretativo es resultado de una convención.

Marín opina también que el intérprete del Derecho se encuentra el Derecho como algo dado previamente a su actividad interpretativa, de manera que el intérprete del Derecho ni crea el Derecho, ni lo modifica, contrariamente a lo que Guastini conduce sus tesis.

El mismo Guastini dedica un reflexión sobre qué hace una teoría interpretativa sana, cuando expone que precisamente una buena teoría de la interpretación debe partir de la constatación de que todos o casi todos los documentos normativos son (al menos diacrónicamente) equívocos, una vez visualizada esa distinción, se bifurcan dos tipos de enunciados interpretativos,

aquellos que por así decirlo *reconocen* la equivocidad; y aquellos que la *resuelven*.

Así que la disputa entre teoría cognoscitiva (Hernández Marín) y teoría escéptica (Guastini) de la interpretación del Derecho sobre la filosofía del lenguaje (en su sentido literal o sentido total); respecto la falsedad o veracidad de los enunciados interpretativos; lo cual continúa en discusión.

Por otra parte, la función interpretativa parte de la presunción de coherencia normativa, lo cual no implica —cómo se expone en éste trabajo— que la formulación de normas constitucionales contradictorias sean disimuladas por los intérpretes.

La interpretación considerada como unidad, prioriza el enlazamiento normativo para que el sentido, alcances y fines del texto constitucional sean concordantes.

La actividad interpretativa considera igualmente los objetivos perseguidos por los derechos fundamentales, porque su inclusión constitucional es relevante y no decorativa, de modo que, esa función deberá tender a asegurar el cumplimiento real y efectivo de los fines perseguidos.

La Constitución Mexicana hasta hace poco considera reglas de interpretación —reformas en derechos humanos 2011— para el propio texto constitucional. Que marcan la pauta para que los operadores jurídicos desde una nueva perspectiva apliquen estándares interpretativos como los de razonabilidad, corrección funcional, proporcionalidad y ponderación, por mencionar algunos.

Un esquema abiertamente aceptado es el *principio pro homine*, de acuerdo con el cual él intérprete puede aplicar más de una norma al caso concreto y deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe en la jerarquía normativa.

Otro es el denominado mayor protección de los derechos, cuya tesis sugiere que la normatividad constitucional exclusivamente enmarca un estándar mínimo de regulación, y que los intérpretes pueden ampliarlo en su aplicación.

Es así que el derecho por principios denominado “dúctil” por su naturaleza, invasiva y flexible, tiene la necesidad de una metodología interpretativo-aplicativa no severamente deductiva, como la de la subsunción,

entendida solo correcta ó incorrectamente en el iuspositivismo, sino de una técnica ponderativa, conectada a la razonabilidad práctica y a instrumentos equitativos.

Se trata de un balanceamiento de principios y valores en pugna, en cada caso concreto transportados de una postura a otra, permitiendo que la justicia se asomara de distintas periferias²⁹⁴.

El intérprete en el fondo –expone SusannaPozzolo-- deberá elegir entre la estricta legalidad y la justicia sustancial, adoptando la solución menos traumática y más compatible con la realidad (ocasional) y con el sistema jurídico en su conjunto, haciendo prevalecer el valor contingentemente más relevante. Entonces, así el intérprete privilegiado se convierte en un custodio del constitucionalismo moderno, siendo el juez de las leyes.

Adjudicándose el papel de “legislador concurrente”, que empuja la remodelación de la ley de acuerdo a los contenidos de la Constitución; relegando finalmente el espacio ocupado a las cuestiones políticas.

Las interpretaciones constitucionales concretas sobre los derechos abstractos en la actualidad se recoge de otros países por vía legislativa y jurisprudencial, es lo que Häberle denomina “recepciones cruzadas” que se producen cuando un ente constituyente asume lo que en otro lugar una sentencia constitucional pionera ya ha elaborado de forma incipiente²⁹⁵.

Algunas de las críticas de Comanducci sobre la especificidad de la interpretación en el modelo axiológico de la Constitución como norma, versa sobre el tema a la ponderación, ve en ella un grave peligro, pues la no jerarquización de principios atribuye subyacentemente a los jueces constitucionales un margen de discrecionalidad que los convierte en colegisladores, pero también en muchos casos coautores de la Constitución; en palabras de García Amado, con la ponderación los derechos están en riesgo de muerte por sobredosis²⁹⁶.

²⁹⁴Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, p. 122.

²⁹⁵Häberle, Peter, “Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica”, en Pérez Luño, Antonio, *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996, pp. 161 y 162.

²⁹⁶García Amado, Juan Antonio, “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del Neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel, *Teoría del Neoconstitucionalismo, ensayo escogidos*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, pp. 237-264.

Otra crítica versa sobre que en el último de los argumentos enfrenta la postura de que los modelos axiológicos concebidos como instrumentos de lucha política ó instrumento de política del derecho, difícilmente serán usados con fines científicos, porque no sirve para describir cómo es el derecho, sino para decirnos cómo debería de ser.

Además SusannaPozzolo manifiesta su adhesión a la hipótesis de que sí hay una especificidad de la interpretación constitucional estrechamente ligada a una peculiar configuración del objeto “Constitución”, formulando una síntesis identitaria para su formulación²⁹⁷:

a) Principios versus normas; los principios se diferencian de las normas por la dimensión de peso y la no aplicabilidad *prima facie* sobre una controversia; expresados regularmente en la mayoría de las constituciones contemporáneas bajo el esquema de estándares abstracto-normativo.

b) Ponderación versus subsunción; los principios no son interpretables/aplicables según el método de subsunción, peculiar de las normas, ya que aquellos requieren del método denominado ponderación ó balanceo; consistente en tres etapas: / operación interpretativa tendente a localizar los principios aplicables al caso concreto; // los principios son internamente sopesados para poder para establecer de modo axiológico su jerarquía; y, ///la jerarquía axiológica instaurada por el intérprete se caracteriza por estar construida en concreto.

c) Constitución versus independencia del legislador; la sustancialización de la Constitución indica que dicha norma, no sólo tiene por objeto la distribución y organización de los poderes, sino que también es condicionante sustancial de validez del contenido de las normas subconstitucionales, que sirve de guía para la producción legislativa.

d) Jueces versus libertad legislativa; propone la interpretación creativa de la jurisprudencia puesto que en presencia del juez se encarga al legislador el continuo adecuamiento de la ley a las prescripciones constitucionales.

Cañidas esas tesis a los casos de penumbra –*hard cases*— en que la norma se atrapa por su lenguaje normativo, los positivistas sostienen que el juez, hace uso de una discrecionalidad fuerte, porque recurre a brindar una

²⁹⁷Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Isomía*, Alicante, núm. 21-II, 1998, pp. 339-353.

solución a través de razones extrajurídicas (morales, políticas, ideológicas, ó simplemente subjetivas), y en respuesta, Dworkin expone su equivocación porque algunos sistemas jurídicos (los del Estado constitucional) están compuestos por principios, además de reglas jurídicas; con lo cual sencillamente incorpora una dimensión valorativa representada en el derecho; o dicho con otras palabras, la interpretación moral del caso concreto incide, en la interpretación de las palabras del derecho, asumiendo el juez su configuración como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico.

La desatención sobre la importancia de la especificidad en la función interpretativa, apareja involución social porque sin la atribución de significado a los valores morales subyacentes de los principios, estos no tendrían nada que decir y perderían todo su valor prescriptivo.

En el mismo sentido, otras características permiten hablar de especificidad: la peculiaridad de los sujetos de la interpretación, la peculiaridad de las técnicas interpretativas, los efectos peculiares de las sentencias, la interpretación constitucional en razón de la rigidez o flexibilidad del texto normativo y la especificidad del objeto.

Sobre la especificidad del objeto, para quienes adoptan el modelo axiológico (jueces constitucionales) configuran el objeto constitución, siempre como un documento normativo, pero de tipo específico, que sería tratado distinto de la ley, siendo que constituye una suerte de puente entre el discurso jurídico y el moral. Ello supone para Carlos Santiago Nino, que el intérprete actúe comparando un modelo ideal de Constitución con el modelo real e interprete a este último a la luz de las asunciones de valores derivados del primero²⁹⁸.

El modelo axiológico de la Constitución concebida como norma rechaza la concepción del siglo XVIII que consideró a dicho documento normativo como una barrera contra el poder. El modelo citado, por el contrario, identifica en la Constitución un objetivo, una guía para el legislador, a la que no sólo debe adaptarse, sino que debe desarrollar; tiende, en definitiva, a configurar el documento constitucional como un instrumento capaz de moldear las

²⁹⁸Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia liberal*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996, p. 188.

relaciones sociales, y no como un mero instrumento de limitación del poder político y garantía de derechos individuales.

Por consiguiente, la interpretación moral de la Constitución, responde a una demanda de justicia sustancial, en que se busca la elección de los valores que se creen prevalentes, pero consecuentemente al mismo tiempo aglutina dificultades.

Entre algunos de los problemas se ubican: *a)* que por esa interpretación la Constitución implica la imposibilidad de asumirse como la norma más elevada del ordenamiento jurídico, al presuponer que sea interpretada a la luz de algunos principios superiores, genera la interrogante de sí la naturaleza de esos principios son supraconstitucionales²⁹⁹; *b)* la apertura del peligro del llamado “gobierno de los jueces” en sustitución de la idea de que la comunidad sea gobernada por los ciudadanos, cuyos sujetos son los responsables de aprobar la instauración de nuevas jerarquías axiológicas u objetivos socio-políticos; *c)* la superioridad moral del juicio del juez sobre la valoración del legislador, que significa la debilitación del principio de autodeterminación de las personas, colocando a los ciudadanos bajo tutela siempre judicial; *d)* confiar tareas de educación moral a la aplicación del derecho; *e)* la injustificación del modelo de toma de decisiones colectivas de tipo democrático, porque la existencia de la Constitución, entendida como documento auto-obligatorio establecido por los ciudadanos, no tendría razón de ser, en el sentido de que el juicio moral del juez individual sería siempre más justo que lo establecido por las normas constitucionales; *f)* la postura de que los modelos axiológicos concebidos como instrumentos de lucha política ó instrumento de política del derecho, difícilmente serán usados con fines científicos, porque no sirve para describir cómo es el derecho, sino para decirnos cómo debería de ser; y *g)* que la interpretación moral vuelve al derecho incierto, bajo la subjetividad ético-normativa del juzgador.

3.3.3.1 LEGISLATIVO *VERSUS* TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL DEBATE.

²⁹⁹Troper, Michel, “Justicia constitucional, democracia y los principios supraconstitucionales”; en Cruz, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Ed. Porrúa, 2006, p. 121.

Un enfoque que ha centrado el debate respecto de la justicia constitucional en la democracia, es el del aparente enfrentamiento entre el Legislativo y el Tribunal Constitucional –atribución semántica atribuida a sí misma, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación- habrá quienes se identifiquen con la sugerencia presuncional de la actuación del órgano productor de normas, y por su parte los que estén a favor de conceder la última palabra al llamado guardián de la Constitución.

Bajo dicho tratamiento, Robert Burt concibe a la democracia constitucional como ineludiblemente ligada a dos principios: la regla de la mayoría y la de igual autodeterminación, los cuales se encuentran potencialmente en conflicto. Porque si los procesos mayoritarios se emplean para promover la dominación de unos sobre otros, la contradicción latente en la política democrática se hace evidente. En tales circunstancias la democracia entra en guerra consigo misma, y requiere de un mecanismo institucional para resolver el conflicto³⁰⁰.

Ese mecanismo se encuentra en la revisión judicial, entendida como un instrumento coercitivo extrínseco a los contrincantes, en una lucha política. Para el autor norteamericano la revisión judicial es una respuesta lógica a una contradicción interna entre la regla de la mayoría y la igual autodeterminación.

Esa lógica predispone el papel legítimo de los tribunales en una democracia, porque previene la dominación mediante el proceso democrático; y por eso, el tribunal debe limitar su función a tratar las consecuencias de la contradicción democrática; advirtiendo que si su objetivo es evitar la dominación, tiene aunada la tarea de autorrestringirse de tomar partido en las disputas que son subproductos de la contradicción democrática –es decir, imponer los deseos dominantes de un grupo sobre otro-- el mismo autor ejemplifica así:

“...el enfoque del Tribunal Supremo de Estados Unidos en los casos sobre la supresión de la segregación racial de los años cincuenta y posteriores, para Burt el Tribunal adoptó la posición correcta. En el caso *Brown v. Board of Education* los magistrados declararon que la doctrina de separados pero iguales, era una violación inconstitucional de la

³⁰⁰ Véase Burt, Robert, *The constitution in conflict*, Cambridge, Ed. Harvard University Press, 1992.

cláusula de igual protección, pero no establecieron qué condiciones de escolarización serían los aceptables...³⁰¹

Un condensamiento de la postura del citado autor, se resume en tres puntos elementales. En primer lugar, articular una respuesta institucional adecuada para la exigencia de que, más que imponer la democracia a las actividades colectivas, el objetivo debe ser intentar estructurar las cosas de manera que la gente encuentre vías para democratizarlas por sí misma. Al asignar a los tribunales una función negativa de anular por inaceptables las prácticas que violen las exigencias más estrictas de la justicia democrática, los tribunales pueden forzar a los legislativos, y a las partes en conflicto que representan, a buscar soluciones creativas a sus conflictos que sean constitucionalmente aceptables.

En segundo lugar, ejemplifica el pragmatismo creativo que motiva a la justicia democrática, lo cual, implica aceptar que existe una importante, aunque circunscrita función para los tribunales en una democracia, pero deja fuera las inmanejables exigencias administrativas sobre los tribunales que acompañan concepciones más activistas de la función judicial.

Por último, al reconocer que la legitimidad de los legislativos es relativamente mayor que la de los tribunales, y al tratar a éstos como mecanismos institucionales para hacer frente a los errores legislativos, el enfoque del citado autor da cuenta de que ningún mecanismo de toma de decisiones es perfecto. Pero lo analiza basado en la idea de que los procedimientos democráticos deben ser diseñados para operar de la mejor manera posible, y que, cuando fracasan, los remedios no deben interferir en el proceso democrático más de lo que sea necesario para repararlo.

3.3.3.2 PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN.

La supremacía constitucional ha destacado la elaboración del principio de interpretación conforme que incorpora una manifestación del criterio general en virtud del cual toda regla jurídica ha de entenderse en términos compatibles con los enunciados normativos de superior rango jerárquico.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 61.

Su técnica en la interpretación constitucional consiste en develar – volitivamente—dos aspectos del significado, primero que sea el que mayormente se acomode a los dictados constitucionales, y segundo que lo haga de la mejor manera.

Tiene su raíz en el principio de unidad del ordenamiento jurídico, que indica que todas las normas forman un totalidad que obliga a no contemplarlas de forma aislada, sino inmersas en una unidad sistemática regida por la norma superior que fundamenta la validez de todo ordenamiento y que impele a que todo producto normativo sea interpretado en consonancia con la misma.³⁰²

Aunque si alguna ley es percibida de manera contraria a los postulados constitucionales, cuyo efecto normativo sea declarar su invalidez; suele ser una opción determinante para, también, garantizar la unidad del ordenamiento; esto implica una medida diametralmente opuesta a la defendida por Konrad Hesse.

Siendo entonces coincidente con el principio el objetivo de plantear coherencia normativa y concordancia práctica, sobre el que cada norma adquiere sentido en función al conjunto. El producto es que la Constitución al ser un orden jerárquico constituido en un contexto sistémico consistente y coherente, compuesto con reglas que no se contradicen y que están ordenadas axiológicamente.

Tal principio de interpretación es una manifestación de la forma en que la Constitución impregna todo el ordenamiento jurídico estatal y reorienta toda la producción subconstitucional a sus dictados. Es además una directiva de actuación para todos los operadores jurídicos que expresan exigencias formales y materiales, como garantía de preeminencia que tiene la Constitución en su contenido, principios, fines y objetivos.

El principio de que se habla exclusivamente opera siempre que no se fuerce el sentido que de forma inmediata se deduzca de la ley a la luz de la voluntad del legislador; pues el juzgador constitucional está impedido para imponer su interpretación a la voluntad del productor de norma; pues con una situación de esa índole se conduciría a la desfiguración y manipulación de los

³⁰²Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Ed. Tecnos, 1983, p. 16.

enunciados legales, esto es, al cambio legislativo por obra de los jueces, inconciliable con la condición democrática del Estado³⁰³.

Pero esa sola postura es insuficiente de modo explicativo, dígase que es contradictorio sostener sin lugar a dudas que, la idea del control de constitucionalidad acompañada de la interpretación conforme a la Constitución prescinde de todo, excepto de ser tautológica, es decir, un argumento que sostenga la no constitucionalidad de una ley a través del principio interpretativo *in dubio pro libertate*, se contrapuntea en la exigencia de interpretar dicha ley, justamente en armonía de la Ley Fundamental.

Pero es la sustantiva crítica de Virgílio Da Silva³⁰⁴, la que recapitula las problemáticas desde una postura complementaria cuando atina en opinar que no es la Constitución la que debe ser interpretada de conformidad consigo misma sino con las leyes infraconstitucionales, con lo cual propone demostrar que dicha interpretación es sólo indirectamente constitucional –de forma mínima dice el autor brasileño-- entre otras aristas apreciadas en lo que sigue.

Una dificultad se presenta sobre el simbolismo de la interpretación conforme a la Constitución, ya que delimita el intento de otorgar al dispositivo legal cuestionado su validez, bajo dos razonamientos –simbólicos repito—el respeto a la función legislativa (aunada a la presunción de constitucionalidad) y evitar la declaratoria de invalidez expulsando normativamente la ley atacada. Con lo que, consecuentemente el Tribunal de la constitucionalidad trata de que al realizar un examen de compatibilidad no funja como un *legislador positivo*, en acción correctiva de las omisiones legislativas.

Asimismo Da Silva expone que, la falla de la interpretación conforme a la Constitución reside justamente en el hecho de no poder desempeñar ni siquiera esa función, puesto que apunta a una dirección completamente equivocada que se basa en el deber de intentar *salvar* toda y cualquier ley que, aunque mínimamente, posea alguna chispa de constitucionalidad.

Mientras que esa interpretación conforme a la Constitución desempeña una función de legitimación sutil de la centralización de la tarea interpretativa;

³⁰³ Jiménez Campo, Javier, *La sentencia sobre la inconstitucionalidad de la ley*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 48.

³⁰⁴ Véase Da Silva, Virgílio Afonso, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, *Cuestiones constitucionales*, México, núm. 12, enero-junio 2005, pp. 3-28.

con lo que el Tribunal Constitucional pasa a estructurar de forma casi ilimitada la exclusión de función interpretativa en un complejo sistema judicial, como el mexicano.

3.4 PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.

García Pelayo sostiene que la Constitución significa una culminación del proceso de racionalización y planificación de la vida estatal que había iniciado el absolutismo³⁰⁵; lo que implica pues la racionalización del poder para la defensa de la libertad, tendiendo a asegurar el constitucionalismo actual además las funciones del Estado social y el fomento de la participación política que destine a la autodeterminación del pueblo. Así que desde esa óptica la Constitución asume funciones prestacionales, de dirección y de regulación.

Como se dijo se orienta hacia la operatividad de la autodeterminación de los miembros de una comunidad jurídica que se reconocen libres, iguales y autónomos, porque solo preexistiendo esas condicionantes, actúan como autores de las normas a las que quieren someterse; es decir, hay una conversión de la participación ciudadana de objeto a sujetos del poder.

Además en la fuerza normativa de la Constitución está implícita la llamada *conscienzacostituzionale*. a) la conciencia de la necesidad y el valor de la existencia de un orden normativo inviolable que evite la arbitrariedad; b) la conciencia de que se trata de un orden legítimo y necesitado de constante legitimación; y, c) la conciencia de que el ordenamiento adquiere y conserva su vigencia a través de actos de voluntad³⁰⁶.

Obviando el que la Constitución como esquema abierto, elástico y flexible de normas que son poseedoras de una mayor potencialidad de cambio histórico, en comparación a las normas infraconstitucionales. Porque finalmente está puesta —la Constitución— para dotar a la comunidad de instrumentos para conformar su futuro, asegurar su continuidad y unidad solidaria entre los ciudadanos.

Su carácter abierto está coligado al propósito de consolidar su legitimidad, mantener su estabilidad y duración, propiciar su adaptación a las

³⁰⁵ García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Ed. Alianza, 1984, p. 37.

³⁰⁶ Vasconcelos Méndez, Rubén, *Una Corte de Justicia para la Constitución. Justicia constitucional y democracia en México*, México, Ed. IJ-UNAM, 2010, p. 5.

condiciones sociales emergentes, la introducción de principios abstractos y garantía de los derechos fundamentales evolucionados; concediendo un amplio espacio a la actuación de las fuerzas políticas en la participación de una sociedad plural.

Sin lugar a dudas la propia estructura originaria de las normas constitucionales requiere que su fuerza normativa sea activada por las organizaciones que tomen decisiones colectivamente vinculantes. En principio, esa fase interpretativa como fase esencial de la producción de normas, cobra vida a partir de la aplicación de algunas instancias del poder público, principalmente el legislador y los órganos judiciales; lo que hace suponer que su efectividad está condicionada por el comportamiento regular de dichos poderes públicos, Manuel Aragón aduce que el principio democrático obliga a considerar al órgano representativo del pueblo, esto es, al legislador, como único poder constituido capaz de realizar normativamente la Constitución³⁰⁷.

Sin que ello sirva para evidenciar una especie de jerarquía de mando, funciones secundarias ó inferiores en la organización estatal, pues todas las funciones del poder público se encuentran en un mismo plano y en equilibrio, gozando así de ámbitos funcionales específicos y diferentes, igual rango jurídico-público, paridad jerárquica, independencia y competencias de coordinación; siendo la propia Constitución el documento que consagra el pluralismo de poderes, que implica centros de decisión múltiples.

En esa medida, la Constitución consigna para el legislador, los límites extremos respecto a su libertad prácticamente total e intangible de conformación de la realidad, esto implica, que el legislador está facultado para realizar distintas interpretaciones que impliquen perspectivas múltiples hacia diferentes soluciones de los problemas políticos, básicamente es, el cuadro de la pluralidad democrática.

Mientras que la jurisdicción constitucional ingresa en el debate competencial para mirar hacia la conservación, en tanto es una instancia que tiende a proteger, asegurar e imponer el derecho producto de la voluntad constituyente, basado en criterios estrictamente jurídicos, a través de los cuales se establecen los límites dentro de los cuales pueden desarrollarse las

³⁰⁷Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Ed. Tecnos, 1989, p. 120.

expresiones políticas, para evitar interpretaciones políticas arbitrarias ó intolerables.

De modo que jurídicamente, la división funcional del poder público atiende a la coherencia del sistema, siendo que el juez extrae el significado de la norma, mientras que la función creadora corresponde exclusivamente al legislador; Wrobléwsky explica:

“...En la configuración de un sistema legal se supone que: pertenecen al sistema legal las reglas que o son promulgadas por el legislador o son sus consecuencias lógicas o consecuencias interpretativas...”³⁰⁸

Vista la reflexión entorno al principio de interpretación conforme a la Constitución se liga el aseguramiento del principio de mantenimiento de la ley, el cual establece que:

“...Sólo puede declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal cuando su incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo aquella interpretación conciliadora...”

Con lo cual ambos principios vienen a ser una mancuerna instrumental para el control normativo predilecto; cumpliendo con la función de evitar vacíos normativos; misma que pudiera ser inclusive eventual provocada por la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma; lo cual trae aparejado desorden, imprevisibilidad e inseguridad jurídica.

Ahora bien, ese principio de presunción de constitucionalidad de las leyes es una característica del que gozan las normas, como acto de gobierno; ya que procede directamente del órgano que representa al pueblo y ello obliga a que el sistema de fuentes, del cual la ley es la central, sea interpretada en su favor.

Ya que la inconstitucionalidad de una norma tiene que ser demostrada a partir de argumentos justificatorios de suficiente peso entre los que tendrán un importante papel los principios de igualdad, coherencia y proporcionalidad; en la medida en que la interpretación del legislador es reemplazada por la del juez, como una especie de juzgamiento discreto del legislador.

En palabras de Habermas:

³⁰⁸ Azura, A., en traducción a Wrobléwsky, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Ed. Civitas, 1988, p. 83.

"...La tarea legislativa es realización y continuación del proyecto de creación de la Constitución. Cada ley individual representa una interpretación y un perfeccionamiento hermenéutico de los principios básicos que se encuentran y se explicitan en una Constitución dada..."³⁰⁹

3.4.1 JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES.

Víctor Ferreres³¹⁰ realiza una argumentación sobre las razones que justifican el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. En su denominado argumento epistémico señala que la superioridad precisamente de la democracia está fundamentada en su valor epistémico.

Relacionado con dicha simbolización valorativa Elías Díaz expone que el procedimiento democrático se basa en tres presupuestos contenidos en las normas constitucionales que los rigen: *a)* los individuos se reconocen recíprocamente autónomos a través del otorgamiento de ciertos derechos fundamentales básicos que condicionan todo el procedimiento de creación normativa, que son la base de la legitimidad de todo el ordenamiento jurídico; *b)* es la expresión más acabada de la soberanía popular, ya que constituye la mejor vía para expresar las decisiones políticas de la comunidad y garantizar la autonomía de la misma, lo cual es indicativo de una producción democrática de normas; y, *c)* opera a través del principio de la mayoría (no del dominio de la mayoría o de la casualidad de la aritmética) porque es un criterio que fundamenta la creación de normas jurídicas y toma de decisiones políticas, llevando implícitamente al interior de su lógica, exigencias y cualidades, como la tolerancia, la libertad intelectual y la participación política³¹¹.

Carlos Nino enfoca con precisión al exponer que la razón esencial de que el procedimiento democrático genere una dinámica de acción colectiva con mayor tendencia a aproximarse a decisiones imparciales que cualquier otro procedimiento alternativo de decisión es la conexión o semejanza que tiene con

³⁰⁹Habermas, Jürgen, "¿Impera el derecho sobre la política?", *Revista de Estudios sobre el Estado y la sociedad*, Barcelona, núm. 4, 1998, pp. 10-26.

³¹⁰Véase FerreresComella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 163-213.

³¹¹Díaz García, Elías, *Ética contra política*, México, Ed. Fontamara, 1993, pp. 41-46.

el discurso moral³¹². Que finalmente es resultado de las profundas analogías e importantes correlaciones de fondo que existen entre el método y los valores de la democracia y los que impulsan el razonamiento moral por lo que el método democrático se presenta como el más legítimo, justo y ético.

Así que el procedimiento democrático tiende a producir leyes justas porque para su aprobación debe cumplir ciertas condiciones similares a las que satisfacen los principios morales para ser válidos; en ese tenor, las desviaciones que se detecten deberán ser reconducidas al parámetro que representa el modelo del discurso moral originario. Con lo cual se disminuye la probabilidad de los desvíos morales en el dictado y aplicación de las normas jurídicas, precisamente por su conexión intrínseca, que además incorpora una práctica discursiva con carácter inclusivo.

El procedimiento democrático señala ser un espacio que otorga la misma consideración y oportunidad a las opiniones, necesidades, problemas e intereses de todas las personas; que reconoce un trasfondo diferenciado de convicciones conscientes o de pluralismo razonable. Considerando a cualquier individuo las mismas posibilidades de plantear su escala de valores y propósitos sobre el objeto de profundizar en el entendimiento de lo que se considera sustancial para la comunidad; lo cual requiere un debate libre, abierto y reflexivo entre individuos autónomos.

Con lo cual es viable formar, en palabras de Robert Alexy, una voluntad común que disuelva el poder y la violencia, haciendo realidad la idea de la igualdad básica al evitar que un particular grupo de gente se encuentre en posesión del conocimiento de las necesidades de la colectividad como propone Gargarella³¹³.

Es importante anotar que al tasar en el mismo valor todos los intereses involucrados de manera imparcial, se edifican las bases para que la resolución de problemas aparezca como el producto de un esfuerzo cooperativo y el procedimiento como el camino para la búsqueda cooperativa de la verdad; integrando a las minorías hay mejor cohesión social. Tal vez por qué en los resultados obtenidos subyace la idea de que el procedimiento institucionalizado

³¹²Nino, Carlos Santiago, "La democracia epistémica puesta a prueba. Respuestas a Rosenkrantz y Ródenas", *Isonomía*, Alicante, núm. 10, 1991, p. 300.

³¹³Gargarella, Roberto, *No los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*, Buenos Aires, Ed. Miño y Dávila, 1995, p. 140.

garantiza una red de comunicación en donde todas las contribuciones relevantes pueden oírse, y las negociaciones son formuladas sobre la base de las mejores razones posibles³¹⁴.

Esa participación insiste en la confianza de competencia básica de todos los ciudadanos para identificar sus intereses y la idea de no exclusión. Porque precisamente el procedimiento democrático dota de una distribución paritaria de derechos para que las personas tengan el mismo poder para influir en la toma de decisiones. Una aparente distribución igualitaria del poder.

La característica básica del procedimiento democrático de creación de normas, institucionaliza los discursos jurídicos que opera bajo las restricciones propias del procedimiento jurídico como de las restricciones internas, estas últimas, bajo el tamiz de intercambios de críticas y justificaciones conducidas dentro del marco de criterios morales; pues supone congruencia, libertad, igualdad, razonamiento público y ejercicio argumentado del poder.

Que para Nino conduce:

"...A una profunda moralización de la política, haciendo que el choque crudo de intereses sea atenuado por las necesidad de ofrecer justificaciones morales de posiciones que pueden favorecer tales o cuales intereses; aunque tales justificaciones sean sólo racionalizaciones, la necesidad de formularlas constituye una limitación importante a la persecución del autointerés..."³¹⁵

Es ahí cuando al debate se torna democrático, porque gira alrededor de principios de moralidad social válidos no excluyentes, y así, la legislación deviene algo sensible a los bienes públicos, no vinculado solo a la inclusión de intereses personales, accionando un ejercicio de autocontrol y represión selectiva.

En esa esfera se percibe una soberanía comunicativamente realizada que brota de los espacios públicos autónomos, pero que toma forma en las resoluciones de las instituciones democráticamente organizadas de formación de la opinión y la voluntad. De modo que la formación parlamentaria solo es un fragmento del poder público, pues el contexto de cultural y poder legítimo viene dado por la sociedad civil.

³¹⁴Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 1998, p. 238.

³¹⁵Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992, p. 206.

Tal es la importancia concedida a la sociedad civil que para Peruzzotti el constitucionalismo está formado por un complejo institucional tripartito compuesto por un Estado de derecho, un sistema jurídico racional y una moderna sociedad civil; ninguno de estos elementos es autoestabilizante, sino que dependen uno del otro para su institucionalización y continua reproducción³¹⁶.

Así que la presunción de constitucionalidad de la legislación tiene identidad a partir de que el derecho concebido como legítimo, es aquél racionalmente aceptado por todos los miembros de la comunidad jurídica de la opinión y voluntades comunes, aunque un derecho siempre falible y abierto; que tiene como resultado el objetivo ideal del procedimiento político establecido en la Constitución: la cooperación social³¹⁷.

Logrando que al obtener el derecho como un producto racional que organiza el consenso preexiste una necesidad de su obediencia, un cumplimiento por convicción que implica la propia actividad realizativa de la legislación; que aspira además al autogobierno de la comunidad, pues en democracia cada persona puede vivir bajo la ley que ella misma elija.

Ese espacio del que goza el ciudadano se desarrolla bajo las tres premisas básicas del sistema democrático: igualdad política, no tiranía y deliberación; que le conceden el voto de obtener decisiones con imparcialidad, confiabilidad y racionalidad; que a diferencia de la acción judicial excluye de los procesos la participación directa de la ciudadanía, ya que precisamente su asimetría se identifica desde una crisis o déficit de consenso.

3.6 CRITERIOS O CASOS PARTICULARES.

Los contornos que rodean a la idea de la igualdad han sido en Latinoamérica una afección crecientemente insuficiente y defectuosa, aún cuando el propósito central de la investigación no es definir los acontecimientos que han impedido la consolidación de ese principio, si queda, aunque sea oblicuamente expuesto que esa problemática ha minado el armazón

³¹⁶Peruzzotti, Enrique, "Constitucionalismo, populismo y sociedad civil. Lecciones del caso argentino", *Revista Mexicana de Sociología*, México, núm. 4, 1999, pp. 149 y 150.

³¹⁷Rawls, John, *Las libertades básicas y su prioridad*, México, FCE, 1996, p. 86.

constitucional y ello entre muchos efectos, establece barreras infranqueables en el ámbito social.

El escalón para enfocar correctamente el sentido de la investigación es caminando a través de la muestra constitucional de los artículos 1º, 102, apartado B, primer párrafo y 123, Apartado B, fracción XIII, segundo párrafo, cuya explicación mostrará cómo es que se contraponen al principio de igualdad una norma derivada del sistema de pesos y contrapesos, y otra relativa a la instauración de un bien constitucional:

“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 más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Esta prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

“Artículo 102. ...” B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas contra actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes

de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen esos derechos”.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales y jurisdiccionales.

“Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

B. Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores:

XIII. Los agente del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido”.

Para que la confrontación explicativa se haga evidente es necesario rebanar finamente la realidad en el debate teórico propuesto, aunado a que al final del recorrido pueda buscarse la inclusión normativa o configuración, dependiendo el caso, para dar respuesta consensuada.

3.6.1 LOS DERECHOS EN EL PARADIGMA DEMOCRÁTICO.

Ya durante el sustento teórico de la investigación se han hecho varias reflexiones entorno al diseño arqueológico de los derechos fundamentales y su carácter de indispensabilidad e indisponibilidad, por ello, a continuación se harán solo anotaciones concretas dirigidas a la problemática abordada.

En la actualidad la teoría de la democracia es esencialmente teoría de la democracia constitucional dedica principalmente a la conciliación entre derechos y soberanía popular, es decir, una democracia inclusiva de los

derechos. Y es que para auxiliar a la democracia además se requiere atribuirle de valores que le impidan quedar abandonada a la pura fuerza mayoritaria, entonces teniendo una democracia fundamentada en valores habrá defensa para los derechos.

Además el vocablo democracia no es puramente normativo, sino que además de mirar las reglas del método —o la llamada democracia procedimental— también observa al orden de la sociedad en la que el método ha de operar. La democracia presupone una atmósfera social liberal, plural, activa, tolerante y autónoma, que le atribuye al concepto democracia una metamorfosis occidental de la segunda posguerra.

El postulado transitorio del autoritarismo o regímenes oligárquicos ha tenido bien entender que hay un modelo normativo de democracia en el que se observa nítidamente la promoción e impulso garantista de la idea de igualdad en los derechos fundamentales que orquestan el núcleo de la integración social.

La redefinición implícita de la democracia viene a aliviar axiológicamente los problemas de legitimidad. Porque las personas son quienes gozando de sus derechos atribuyen al poder público la capacidad de gobernabilidad bajo un procedimiento, reglas y previsiones constitucionales; pues sin esos presupuestos el funcionamiento democrático entra en una crisis seria de su calidad.

Sin una ola sistémica que promueva seriamente el modelo normativo-democrático expresado y respetado en la Constitución, los principios configurados en norma hacen carecer de legitimidad al régimen gobernante, construyen obstáculos de poder en el acceso a los derechos y determina permitir contraindicar cualquier valor constitucional en un deliberado grado de ambigüedad.

Frente al escenario anterior secundariamente trasluce un aparente cinismo de ineficacia constitucional en el paradigma precisamente de la democracia constitucional, porque desde el punto de vista teórico-normativo los aparentes valores democráticos de asegurar la estabilidad política y la paz social no ocupan la cúspide de su axiología, pues poco valdrían la pena sino se garantiza un mínimo de justicia y los de derechos fundamentales.

Es una persuasión real el que en ausencia de los valores narrados arriba, la democracia como mera forma de organización política se convierta en otra forma de dominación con las obvias consecuencias de desviación de autoridad, procedimientos oligárquicos, prácticas elitistas³¹⁸ y prescripciones constitucionales en contraposición ideológica que desborden en un colapso normativo.

Es conveniente desde el punto expuesto tomar en cuenta que la democracia puede contaminarse al no desmentirse normativamente exigencias idílicas insuficientes para los gobernados, es decir, no hay duda que las democracias emergentes son frágiles y por lo tanto requieren vigilancia, al interior de ese monitoreo se encuentra la compleja tarea de interpretar congruentemente la democracia –libre de ambigüedades normativas— precisando mantener incólume la fidelidad a sus exigencias mínimas que le caracterizan, es pues enrejar sí sucede, a una democracia enmascarada para que no se desnaturalice desde las entrañas.

3.6.2 EL ELEMENTO AXIOLÓGICO EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS.

La época del positivismo jurídico teórico-descriptivo de postulación perfecta ante la concepción formal del Derecho y como una ideología del legalismo –en la categorización de Bobbio—ha desencadenado serios embates a la reconfiguración de una teoría que a lo largo de la investigación se articulan sus más ejemplares predilecciones.

Conviene entrecruzar la idea de que ese modelo teórico-normativo explicitado, ha provocado la ebullición analítica de connotados académicos del siglo XXI sobre dos temas principalmente: *a)* el advenimiento del constitucionalismo en el ámbito jurídico y, *b)* el constructivismo ético de corte discursivo en el ámbito moral.

Los albores del paradigma anunciaron un nuevo modo de entender el Derecho ante la incómoda necesidad del aparente latido constante del protagonismo de la ley, la omnipotencia del Parlamento, la centralidad de las reglas y el privilegiado principio de certeza jurídica; sustituyendo con

³¹⁸ Véase Rubio Carracedo, José, “Democracia mínima. El paradigma democrático”, *Isonomía*, Alicante, núm. 15-16, 1994, pp. 199-226.

defendidas declaraciones que los ordenamientos jurídicos constitucionalizados están colmados de fuertes contenidos morales, normas principales y jueces legitimados en su función, en esa órbita teórica se propone moverse la pieza articuladora del Derecho en función de calibrar cultural y normativamente *e/ tomar en serio la Constitución*.

En el ajetreado debate jurídico contemporáneo se ha hecho noticioso que en efecto el constitucionalismo ha aproximado el Derecho a la moral (a través precisamente de la incorporación de elementos morales al Derecho, en palabras de García Figueroa es un caso de *deixis ética*) y el constructivismo ético ha aproximado a la moral al Derecho porque la moral ha dejado de ser un dominio individual y confinado a la conciencia de cada uno para transformarse en un discurso entre diversos participantes que siguen un procedimiento, y reconocer lo contrario implícitamente falsea el principio de legitimidad democrática.

La inmensa carga axiológica de las normas principales o principios del texto constitucional son flexibles porque constituyen un ángulo de operatividad justificatoria, pese a sus singularidades institucionales tienden a integrarse dispositivamente sobre un discurso –dice Dworkin-- de las criaturas constitucionales que son bellas criaturas de la moralidad³¹⁹ en constante debate y escrutinio dirigido hacia las criaturas del poder³²⁰, como lo expresa Laporta.

Un convincente raciocinio explica que el Derecho radicado en el respeto de los derechos fundamentales requiere necesariamente un anclaje en la razón práctica, pues una vez introducido el Derecho en ese ámbito, no es posible sustraerse de sus exigencias, allí en la axiología cobran sentido y justificación en su interacción con fenómenos sociales, como el mismo de la aceptabilidad social.

Toda esa traducción teórica se tiene positivada en la Constitución, señala indicativa de que si la Constitución dice algo, debe servir para algo y no solamente alumbrar un romanticismo, asumiendo la correlativa responsabilidad de que los derechos son entonces fuente inagotable de discrepancias morales.

³¹⁹La referencia indirecta aparece en García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Ed. Trotta, 2009, p. 21.

³²⁰Laporta, Francisco, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, p. 71.

Luego que los derechos también exhiben cuatro rasgos en grado máximo: *a)* presentan máxima jerarquía, *b)* gozan de máxima fuerza jurídica, *c)* regulan objetos de máxima importancia y *d)* adolecen de máxima indeterminación, como lo expone Alexy³²¹, siendo hasta su conjugación sucesiva donde se presentan gravosos detalles porque la habitual forma de designarles un carácter principal problematiza entre sí todos sus rasgos, como el problema ya ha dejado entrever, que por si poco representara requieren de la protección más intensa del ordenamiento constitucional, ya entonces allí la paradoja de los límites o alcances de los derechos.

Dos críticas han apuntado a la carga axiológica de esos principios llamados derechos fundamentales: su vocación omnirregulativa y la sobreinterpretación de que pueden ser objeto –conducción, dicen al estrangulamiento del Legislador—una traducción breve sería, la omnipotencia de los tribunales. Por ello a estos se impone –teóricamente hablando—un procedimiento racional para la determinación de respuestas a las cuestiones morales que se enrejan a través de un problema jurídico-positivo, tomando sería conciencia de que dicho procedimiento no ofrecerá la construcción de un discurso ni absolutamente relativo ni absolutamente objetivo, pues tendrá peculiaridades de los participantes pero también reglas racionales, justamente donde se inserta el discurso filosófico del constructivismo ético.

Todas las convenciones teóricas contemporáneas continentales se dirigen a lo que la cultura jurídica anglófona denomina *new legal positivism*³²² o como es sabido dos posturas, el positivismo débil inclusivo o incluyente (afirma la posibilidad de que la regla de conocimiento de un sistema jurídico presente carácter sustantivo, moral) –conocido según Coleman como incorporacionismo—y el positivismo excluyente de la escuela de Joseph Raz. Pero al cruce del trasatlántico la cultura jurídica europea ha encontrado el llamado neoconstitucionalismo, que contiene un elemento adicional: la necesidad de corrección de las normas jurídicas dentro del discurso práctico racional, pues siempre el iusnaturalismo y positivismo jurídico han constituido la esencia de la dinámica viviente del debate antagónico que reconstruye nítida e

³²¹ Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”; en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ra. ed., Madrid, Ed. Trotta, 2006, pp. 32-37.

³²² Sebok, A. J., *Legal positivism in America jurisprudence*, Cambridge, Ed. Harvard University Press, 1998, pp. 102-138.

históricamente la filosofía del Derecho; alternativa propositiva del neoconstitucionalista es asumir un paradigma con pluralidad de conceptos de Derecho con criterio de utilidad para su aprovechamiento; pues no cabe duda además que el Derecho no es el mismo desde que se consumó cierta constitucionalización del ordenamiento y el universo moral se propagó en teorías constructivistas específicamente discursivas.

3.6.3 LA VALIDEZ NORMATIVA (LA CONSTITUCIONAL INCLUIDA).

La conceptualización de la validez normativa se inclina en el paseo de las corrientes del pensamiento jurídico hacia una pendiente de ambigüedad y vaguedad que agrupan en el acontecer filosófico una serie de complejidades, en este apartado y para efectos de la investigación se toman como hilo conductor las visiones de dos juristas europeos: Ernesto Garzón Valdés³²³ y Robert Alexy.

El mapa geolocalizador —como es necesario—permitirá observar los modelos de validez normativa que representaron importancia durante la segunda mitad del siglo XX. En ese entendido, algunas de las cuestiones que asaltaron a Garzón fueron conceptuales: “la regla X es una regla válida”, “la regla X es válida porque pertenece al sistema jurídico Y”, “la regla X por ser válida debe ser obedecida”, “la regla X es válida porque regularmente es observada por las autoridades competentes”, por mencionar algunas que sirven al trabajo. También precede a ello la interrogante sobre la norma última (o primera) de los sistemas jurídicos, el fundamento de la norma maestra, que se encarga validar el resto de las normas pertenecientes al sistema normativo.

La validez de esa norma ha llevado a sostener posturas en el sentido de que sobre ella no puede predicarse su validez, como sucede en la “norma básica” de Kelsen, la “regla de reconocimiento” de Hart y la “norma soberana” de von Wright.

Kelsen postuló el que una norma es válida cuando ha sido dictada por el órgano competente y de acuerdo al procedimiento adecuado. El contenido de la norma juega un papel secundario o hasta nulo con respecto a su validez, a

³²³Para un estudio sistematizado Véase De la Vega, René, “Problemas conceptuales en algunos modelos de validez normativa. La postura de Ernesto Garzón Valdés”, *Isonomía*, Alicante, núm. 29, octubre 2008, pp. 121-147.

partir de dónde Garzón articula dos razones opuestas: *a)* el carácter hipotético de la norma fundamental o básica le acarrea problemas relacionados con su origen, carácter y fundamentación, ya que no hay una cadena de validez finita; y, *b)* el modelo kelseniano no distingue entre validez y existencia de las normas y por lo tanto toda norma existente se presume válida, sin embargo, la norma básica no es válida ni inválida pero si existe, y ello hace una categorización diferenciada, pues el resto de las normas del sistema (normas fundadas o secundarias) aplican al primer modelo y la norma básica o maestra aplica al segundo modelo.

Hart por su parte acepta que las normas no derivan de los hechos, menos aún que validez equivale a existencia de las normas, puesto que existe una norma de la que no cabe predicar su validez: la “regla de reconocimiento”. De modo que la norma será válida al satisfacer los requisitos de la norma de reconocimiento además quien acepta las reglas jurídicas como pautas de comportamiento (enunciado válido) es propio del punto de vista interno, mientras que quien no las acepta constituye un observador del punto de vista externo —del sistema—y es que Hart atribuye su entendimiento —o fundamento— a la práctica social compleja. Garzón cuestiona el estatus de esa regla, concisamente si es que se trata de una metanorma que está por encima del sistema.

Luego Von Wright expone que una norma es válida cuando existe otra norma de orden superior que autoriza su creación en orden soberano. La relatividad de la tesis es que haga depender la validez de una norma en la existencia de otra norma —que se presupone superior—pero ello también le permite introducir la categoría de invalidez, pues una norma será inválida cuando su creación no haya sido autorizada o esté prohibida por otra norma. Esa “norma soberana” está sujeta sin embargo a las cadenas de subordinación, que en palabras de Josep Raz dijimos era cadenas de validez. Visión que comparte Garzón si se incluyeran las ventajas del modelo haitiano.

Es así que Garzón argumenta algunas críticas. Propone la separación entre validez y existencia, pues en caso contrario podría enfrentarse el problema que puede denominarse la “norma sin ombligo” (analiza análogamente el origen bíblico de Adán) porque se cae en el error de suponer que la validez es una propiedad necesaria y genética de las normas. Es

entonces importante distinguir conceptualmente entre validez y existencia de las normas, por ejemplo normas existentes pero declaradas inconstitucionales —inválidas—o no convencionales, como adelante se verá.

Por otro lado, la relación entre una norma individual y su eficacia no es condición necesaria de su existencia, en cambio, en un sistema jurídico la eficacia se convierte en la condición necesaria de su existencia. Porque la aplicación institucional hace depender necesariamente que la estructura interna de pertenencia al sistema presuponga su eficacia, y en esa medida, la existencia en tanto finalidad de la norma.

Una mirada a otra esfera de discusión se ciñe en donde la validez ha sido entendida a través de la noción de pertenencia de las normas a un determinado sistema jurídico o como dice Garzón “membresía de las normas”. La identidad de la norma perteneciente al sistema varía de acuerdo a cada modelo. Kelsen dirá que una norma pertenece al sistema jurídico cuando su validez deriva de la norma básica. Para Hart el estatus de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios proporcionados por la regla de reconocimiento, o sea, membresía es igual a validez. Y von Wright acepta dos criterios distintos, pues explica que todas las normas que son eslabones en al menos una cadena que se origina en las normas soberanas dictadas por una misma autoridad se dirá que pertenecen a la misma jerarquía u orden o sistema, mientras que las normas soberanas mismas será incluidas por definición en el sistema.

Garzón mira con mayor predilección el modelo de von Wright. Pues el primero coincide en la condición de promulgación de la norma, pero teniendo como suplemento su eficacia, según tres aspectos: *a)* la norma es eficaz de acuerdo a la frecuencia con la que los sujetos normativos obedecen o desobedecen a la norma jurídica; *b)* la norma es eficaz de acuerdo a la frecuencia con la que los jueces usan o aplican una norma jurídica; y, *c)* la circunstancia de que la regla sea adecuada para alcanzar los fines deseados por el legislador.

Y es que validez la entiende con legalidad de las normas, es decir, su coincidencia con los requisitos de validez establecidos por la regla última o suprema del sistema.

Por otra parte la visión de Alexy³²⁴ es compensatoria a la anterior, desde la textura del estado constitucional democrático; el filósofo alemán ciñe su tesis de filosofía jurídica bajo la afirmación de que el Derecho tiene una doble naturaleza: la dimensión real o fáctica reflejada en los elementos definitorios de la legalidad, denominada “positivista”, y la dimensión ideal o crítica identificada con la corrección moral y llamada “no-positivista”. Pero para que ello suceda requiere de su inserción concreta en el sistema jurídico bajo la idea rectora de la institucionalización de la razón, cuya estructura práctica es el constitucionalismo democrático, razón por la que se exponen los elementos principales de su afirmación.

a) Pretensión de corrección, ubica el que aquellos que intervienen en el Derecho y actúan por él, al crearlo, interpretarlo, aplicarlo y hacerlo cumplir. Al constituirse en alguna de sus fases afirmen que el acto jurídico es procedimental y materialmente correcto, esta posición incluye una aseveración de justificabilidad y la expectativa de aceptación razonable, la tríada es así: 1) afirmación de la corrección, 2) aseveración de la justificabilidad y 3) expectativa de aceptación. Por lo tanto, aquel que aduzca argumentos en contra de determinados contenidos estará planteando una pretensión de corrección en alguna parte de la fórmula triádica.

b) La necesidad de la pretensión, presupone la consistencia de un contradicción, como en el acto de promulgar en la Constitución implícitamente una afirmación que contradiga el contenido explícito del acto constituyente, con una cláusula de injusticia³²⁵, o como sucede en la investigación, de desigualdad.

Además que la necesidad de la pretensión correctiva no admite una sustitución por la pretensión del poder, es decir, la posibilidad de sustituir al Derecho por el mero poder muestra en qué sentido se hace más necesaria la pretensión de corrección desde una dimensión crítica.

c) El contenido de la pretensión, dos rasgos caracterizan la pretensión de corrección del Derecho, la pretensión de justificabilidad y la corrección

³²⁴ Véase Alexy, Robert, “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho”, *Isonomía*, Alicante, núm. 32, 2009, pp. 67-89.

³²⁵ *Ibidem*, p. 70.

moral, que implica la operatividad del derecho desde una interpretación moralmente validada.

d) Argumentación práctica racional, las opiniones del relativismo sobre la determinación de bueno y malo, justo e injusto pueden dimensionarse en la teoría del discurso con fórmulas de exigencia de racionalidad, entre las que figuran: la no contradicción, la universalidad, la claridad lingüística y conceptual, la verdad empírica, la consideración de las consecuencias, la ponderación, el intercambio de roles y el análisis del origen de las convicciones morales. Asimismo equipara la imparcialidad del discurso asegurando la libertad e igualdad así:

(1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

(2a) Todos pueden problematizar cualquier aserción.

b) Todos puede introducir cualquier aserción en el discurso.

c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

(3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (1) y (2) mediante coerción interna o externa del discurso.

Con esas dosis de igualdad y libertad en el plano argumentativo, conecta la validez en los siguientes términos: *Únicamente son correctas y, por tanto, válidas las normas que en un discurso ideal todos juzgarían correctas*³²⁶.

Las críticas a las limitantes de la teoría del discurso son así: la aplicabilidad porque el sistema de reglas no ofrece un procedimiento que permita llegar a un único resultado en un número finito de operaciones, pues no hay puntos de partida, las reglas no fijan todos los pasos de la argumentación y hay una serie de reglas de carácter ideal, y es que ésta última asume una completa capacidad que en la vida de un mortal jamás se participaría en tal idealización. Pero a final de cuentas el discurso ideal constituye una idea regulativa siempre presente en los discursos reales en tanto meta óptima u objetivo. Tanta es su importancia que aproximarse al discurso ideal es relevante durante la discusión real de la corrección moral.

e) La coerción, la necesaria conexión entre el Derecho y la coerción conduce al elemento decisivo de la eficacia social, funciona así: el Derecho tiene que organizarse a través del Derecho, y la tesis de la doble naturaleza

³²⁶ *Ibidem*, p. 73.

conduce primero hasta la idealidad en forma de corrección moral y discurso, para pasar después a la facticidad en forma de legalidad y eficacia; y es que, ninguno de los principios (positivo y no-positivo) puede jamás desplazar por completo al otro³²⁷.

f) Institucionalización de la razón, que configura transversalmente a partir de la fórmula de Radbruch en su versión abreviada: *La injusticia extrema no es Derecho*.

Su particularidad es que hay una conexión entre Derecho y moral sin exigir una coincidencia plena entre ambos, pues podría haber Derecho positivo válido aun cuando sea injusto, y solo en el extremo de la injusticia las normas establecidas carecen de validez jurídica³²⁸.

Esa invalidez sí puede formularse sobre la base de razones morales positivadas, o mejor dicho, normativas, que entran a debate desde la perspectiva de sus participantes que depende de hechos sociales pero también argumentos morales que son parte de las condiciones de corrección de las afirmaciones jurídicas, penetra al Derecho que es, lo que el Derecho debe de ser autorizado por la interpretación.

g) Constitucionalismo democrático, la única forma legítima de solventar la confrontación entre positividad y corrección es en el constitucionalismo democrático que plantea dos exigencias cardinales respecto al contenido y estructura del sistema jurídico: derechos fundamentales y democracia³²⁹.

Los derechos humanos imponen exigencia de validez al sistema jurídico sólo si estos existen, y son el hilo conductor de institucionalizar la razón cuando hay una pretensión de corrección para validar a una norma jurídica, cualquiera que ésta sea, discusión germinante en una democracia deliberativa que anuncie la posibilidad de una racionalidad discursiva.

Ese poder de auto-sanación de la democracia en dónde se vulneren derechos fundamentales o haya incompatibilidad con los principios será la jurisdicción constitucional –o como el diagnóstico histórico prevalece hoy sería la jurisdicción convencional—en cuya parte final se apunta hacia la necesaria apertura del Derecho, que equivale a la argumentación jurídica. Dicho de otra

³²⁷ *Ibidem*, p. 76.

³²⁸ *Ibidem*, p. 77.

³²⁹ *Ibidem*, p. 78.

manera en términos de la corrección moral: cuando la ley, el precedente y la dogmática no fijan la respuesta a una cuestión jurídica, es preciso realizar valoraciones adicionales que no se puedan extraer sólo del material autoritativo preestablecido y si se ha de satisfacer la pretensión de corrección, las premisas adicionales tienen que justificarse, incluso no bastan las razones morales, pues como bien criticó Habermas a Alexy también vienen implícitos —en la justificabilidad—argumentos éticos y pragmáticos, que forman un vínculo sistemáticamente necesario en el que se manifiesta la unidad substancial de la razón práctica.

h) Los principios, los mandatos de optimización exigen una realización de mayor medida posible de las condiciones jurídicas y fácticas que no merme la relación mutua de implicación entre los derechos fundamentales, donde participa ya el esquema de la ponderación.

3.6.4 ANTINOMIAS CONSTITUCIONALES Y COLISIÓN DE PRINCIPIOS.

El postulado de la tesis principalmente es la confrontación e incompatibilidad de dos normas constitucionales que chocan con el principio de igualdad. Para efectos de análisis sirve categorizar bajo dos secciones que aclaren los planteamientos primarios:

a) La naturaleza de las normas constitucionales *in concreto*.

Las dos normas constitucionales que agrietan el principio de igualdad, presuntamente no adolecen de un límite sustancial, o mejor dicho, de distinciones irrazonables que demeriten justamente el valor agregado que les asigna pertenecer —tal vez sin síntomas de identidad—al ordenamiento constitucional, esfera normativa suprema del estado; se repite pues, presuntamente, o al menos eso aparenta de inicio.

Siendo así, cada artículo —de los confrontados—que son el 1º, 102, apartado B, primer párrafo y 123, Apartado B, fracción XIII, segundo párrafo, de la Constitución gozan *per se* de la cualidad de supremacía, el asunto es entonces categorizar su identidad en la dimensión normativa de su contexto.

a) El artículo 1º sin duda alguna es una prescripción del principio específico de la igualdad en su modalidad antidiscriminatoria conectada a la

expresa prohibición de particularizar jurídicamente condiciones que objetivamente sirvan de conducción para atentar contra la dignidad, para anular o menoscabar derechos o libertades de las personas.

Hablando de dignidad, la postura actual --que incluso deriva de la filosofía kantiana—sostiene que el concepto de dignidad humana no es una expresión clasificatoria vacía, sino que, por el contrario – dice Habermas—es la fuente de la que derivan todos los derechos básicos (en la experiencia concreta de violaciones a la dignidad humana), además de ser la clave para sustentar la indivisibilidad de todas las categorías (o generaciones) de los derechos humanos; lo cual demuestra cómo la idea de dignidad humana sirve como un “portal” a través del cual la sustancia igualitaria y universalista de la moral se traslada al derecho.³³⁰

En la investigación se abordaron diversas razones que integran el principio de igualdad, aquellas que lo hacen razonable conforme a la justificación que le da sentido; pues es un principio de potencial contenido axiológico en el que para muchos se cimientan tantos los derechos humanos, como el derecho mismo o la propia democracia, entre férreos de sus defensores encontramos a Dworkin, Ferrajoli, GargarellaGuastini, Alexy, Pozzolo, Prieto Sanchís, Ollero, Nino, Garzón, Rawls, por mencionar algunos.

Algunos de ellos lo analizan desde la filosofía política y otros en una dimensión teórica del Derecho; cada uno con matices oportunos de escrupulosa acidez crítica; pero ninguno que abogue por su lado opaco e indiferente: la desigualdad; posiblemente esa composición es – subjetivamente—la que guía peregrinamente los postulados de esta investigación; y es que además no puede dejarse de lado que la teoría constitucional contemporánea de occidente, grava con dimensionada trascendencia el prescindir de un principio como ese.

Ante la necesidad de evitar repeticiones inútiles, queda dicho, que la igualdad es pues un principio constitucional inmanente a la teoría actual del Derecho y todas las connotaciones que de ella derivan.

b) Luego el artículo 102, apartado B, primer párrafo de la Carta Magna prevé una configuración dual, porque consigna un sistema de pesos y contra-

³³⁰ Véase Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, México, vol. LV, núm. 64, mayo 2010, pp. 3-25.

pesos propio del estado federal en tanto limitante al poder público (ejecutivo, legislativo y judicial local) para la protección de los derechos humanos y además garantiza a las personas el acceso a la protección de sus derechos a través de un órgano constitucional autónomo especializado que conocerá de las quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, exceptuando los emitidos por el Poder Judicial de la Federación. Asimismo se excluyen de su competencia los asuntos electorales y jurisdiccionales, hasta antes de la reforma de junio del dos mil once, también se incluían los asuntos laborales, pero dicha excepción ya ha sido eliminada a través de la modificación constitucional mencionada.

Dicho organismo –hablando de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos—tiene naturaleza no jurisdiccional y se encarga de fiscalizar la actividad administrativa de las autoridades públicas, por medio de una instancia fácilmente accesible para los afectados, que se desarrolla en un procedimiento sencillo y rápido, sin las formalidades judiciales³³¹ y se le atribuye para esa función promover la observancia y defensa de los derechos humanos.

Se habla de un mecanismo entonces de tutela de los derechos fundamentales, que implícitamente contiene la composición jurídica-procesal de protección a los derechos humanos; esa filiación protagónica se muestra como un derecho, es decir, el mecanismo de acceso previsto y descrito concisamente sobre la conducción del organismo constitucional autónomo no es otra cosa que el derecho a la tutela de los derechos humanos por un órgano especializado.

Es indispensable fijar la disertación, porque de ese tutelaje se desprende su carácter complementario a la protección jurisdiccional a cargo del Estado mexicano en tanto los contenidos de los derechos humanos se van haciendo progresivos en la realidad social. La posición razonable de integrar una tutela diferenciada no de índole judicial permite avanzar en dirección de reprimir o restaurar violaciones a los derechos humanos que el poder público desde una actuación administrativa haya producido, depositando constitucionalmente un

³³¹Fix-Zamudio, Héctor, “Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica” en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, Ed. IJ-UNAM, 2001, p. 17.

dispositivo procesal con especificidad a los derechos humanos que igualmente admite una necesaria reciprocidad para la vigilancia precisamente de situaciones tan gravosas para cualquier persona.

c) El 123, apartado B, fracción XIII, segundo párrafo de la Constitución mexicana, en su redacción y origen de discusión ampara un bien constitucionalmente protegido, que es, la seguridad pública, tal como se advierte incluso en los razonamiento vertidos al momento de presentar la iniciativa de reforma al precitado artículo, en representación del Presidente de la República, a través del oficio número SEL/300/1153/07 de fecha 9 de marzo de 2007, suscrito por el entonces Subsecretario de Enlace Legislativo de la Secretaría de Gobierno, en el que se observa lo siguiente:

"...A medida que un estado democrático de Derecho avanza en su desarrollo político y económico, algunas variables se ven afectadas de modos diversos. Tal es el caso de la ' incidencia delictiva. Es por eso que en el mundo se reconoce que deben adecuarse las estructuras constitucionales y legales para dar respuesta a este fenómeno social con mayor efectividad y absoluto respeto a la legalidad.

México no es la excepción; nuestro sistema de justicia penal ha sido objeto recurrente de críticas y llamados a su modernización, tanto por la sociedad en general como por organismos públicos y privados, nacionales e internacionales.

En nuestro país, los niveles de impunidad y de *inseguridad pública* se han incrementado en los últimos años.

Es claro que esta situación dificulta el desarrollo de México, ya que aleja las inversiones, da lugar a una percepción de temor generalizado en la sociedad, provoca desconfianza en las instituciones públicas y obstaculiza el desarrollo personal de los individuos y de toda nuestra comunidad.

Es imperativo revertir los índices de *inseguridad pública* e imprescindible que la sociedad recupere la confianza en sus instituciones; que sienta la certeza de que, ante la comisión de un delito, por menor que éste sea, se impondrá una sanción proporcional a la conducta y que la víctima tendrá a su alcance los elementos y medios eficaces para ser restituida en el agravio ocasionado. No podemos permitir que nuestros hijos se acostumbren a vivir en medio de la violencia, a que vean como natural la impune comisión de los delitos. Es necesario generar un ambiente de *paz pública* que devuelva la tranquilidad a nuestras familias y sea uno de los elementos esenciales para el desarrollo de cada individuo y de la sociedad, en un marco de libertad y justicia.

El actual sistema de justicia fue concebido en una época distinta a la que vivimos. Hoy, la globalización y las nuevas tecnologías han modificado no solo las necesidades y los intereses de los distintos grupos que conforman la sociedad, sino sus valores y costumbres. Esto exige una revisión a fondo, una modernización que permita hacer frente a las formas que la delincuencia ha adoptado.

Nuestro sistema de justicia ha colocado la figura del Ministerio Público, a lo largo de nuestra historia postrevolucionaria, como la autoridad a cargo de la investigación de los delitos, con el auxilio de una policía bajo su autoridad y mando inmediato que, sin autonomía funcional y administrativa, ha visto limitada su capacidad de investigación.

El Ministerio Público fue concebido por el Constituyente de 1917 como la autoridad a la que correspondía, en conjunto con la policía, mas no a ésta como un auxiliar de aquél, la persecución del delito, reservando la acción penal al órgano jurídico que presentase el caso ante los tribunales. Fue hasta la reforma constitucional de 1996, cuando la palabra "investigación" se incorporó al texto del artículo 21 y se dejó por completo esta función y la persecutora al Ministerio Público, convirtiendo a la policía en un órgano auxiliar que sólo puede investigar bajo las directrices estrictas del primero. Esta reforma constitucional, que fue producto de la tradición de la legislación procesal secundaria, hizo que el Ministerio Público fuera rebasado por la realidad social.

Actualmente, el Ministerio Público no realiza la investigación por sí mismo sino que, tradicionalmente, la ha delegado en la policía y ésta, al no ser constitucionalmente la autoridad responsable de la investigación, se constriñe al cumplimiento de las instrucciones que recibe, limitando así sus habilidades e impidiendo su profesionalización al no asumirse como actor principal de la investigación.

Es indispensable redefinir a la policía como un órgano corresponsable de la investigación penal y devolverle las facultades que poco a poco fue perdiendo en la práctica y en las legislaciones secundarias. El objetivo es que, como sucede en otros países, se fortalezca la profesionalización policial para que ésta pueda recibir denuncias, recabar evidencias físicas y datos relacionados con los hechos posiblemente delictuosos, sin la camisa de fuerza que significa una innecesaria subordinación jerárquica y operativa al Ministerio Público, sino únicamente contando con su conducción jurídica para construir los elementos probatorios que permitan llevar los asuntos ante los tribunales.

Asimismo, redistribuir las facultades de investigación entre los órganos responsables (policía y Ministerio Público) permitirá una investigación más científica, objetiva y profesional, con la consecuente solidez en el ejercicio de la acción penal.

También se propone promover mecanismos alternos de solución de controversias que, en muchas ocasiones, resultan más apropiados para los fines de la justicia que la imposición de una pena de prisión, al restituir al agraviado en el pleno goce de sus derechos y reconstruir el orden social quebrantado por medio de la restitución y no de la represión.

La existencia de estos mecanismos alternos de solución de controversias permite que el Estado mexicano centre sus capacidades institucionales en la investigación y persecución de los delitos que dañan la estructura social, *el orden y la paz públicos*. A su vez, es una forma de despresurizar el sistema judicial y lograr justicia pronta, completa e imparcial en tiempos breves, lo que generará satisfacción a la sociedad y a las víctimas.

La reestructuración del sistema de justicia penal que se propone se sustenta en la experiencia internacional y además, en los esfuerzos realizados por diversas entidades federativas que han abordado la problemática con responsabilidad y sensatez, tales como Chihuahua, Estado de México, Nuevo León y Oaxaca, en las que se han concretado reformas legislativas para agilizar los procedimientos penales y facilitar la restitución de los derechos a las víctimas u ofendidos.

El Ejecutivo Federal a mi cargo reconoce profundamente los esfuerzos y el trabajo realizado para alcanzar la meta de una justicia pronta y expedita y considera de la mayor importancia sentar las bases constitucionales para aplicar un nuevo modelo de justicia penal en todo el país. La Federación y las entidades federativas, bajo criterios uniformes y sistemáticos, podrán coordinar los esfuerzos y obtener la colaboración de todos los actores en el abatimiento de la impunidad y la recuperación de la seguridad y la justicia.

La unificación penal ha sido una tendencia cada vez más fuerte de las repúblicas que han elegido como modelo de organización el sistema federal.

Por otra parte, es preciso reconocer la necesidad de articular el modelo de justicia con los instrumentos internacionales de los que México es parte y que preceptúan diversos derechos de las víctimas y los imputados. En efecto, un modelo eficaz, ante el incremento de la delincuencia, no puede estar sustentado de manera exclusiva en mayores facultades para las autoridades policiales sin control alguno; sino que, en todo caso, debe contar con los equilibrios propios e indispensables que exige la justicia y, en general, un Estado democrático de derecho.

Es de advertir que la presente iniciativa parte de un tratamiento diferenciado entre los delitos graves y aquéllos considerados como de delincuencia organizada. En estos últimos, se propone conceder al Ministerio Público mayores herramientas de investigación que puedan ser implementadas con la premura que estos casos requieren. El gobierno de México es enfático en reiterar su compromiso de enfrentar al crimen organizado con todas las fortalezas del Estado, con permanencia y efectividad. Esta reforma es fundamental para lograr ese objetivo.

Para elevar la capacidad de investigación y estar a la altura de las nuevas facultades constitucionales, así como para fortalecer las tareas de prevención policial, se propone un Sistema Nacional de Desarrollo Policial que regulará el ingreso, selección, permanencia, profesionalización, promoción, remoción, separación, sanción y reconocimiento a sus miembros. Es imperativo para el Estado mexicano blindar a sus policías de la corrupción y conceder a sus integrantes un proyecto de vida, y dignificar así su papel ante la sociedad.

Como se hizo evidente en los párrafos anteriores, el principal problema que aflige a la sociedad mexicana es el de la *inseguridad*. Éste ha mermado la calidad de vida de los ciudadanos así como sus relaciones familiares, laborales y comunitarias. México no puede esperar más.

La reforma que aquí se propone tiene como objetivo el abatimiento de este problema por medio de una reestructuración de fondo de nuestro sistema de justicia que se traduzca en mayor tranquilidad y *seguridad jurídica* para nuestras familias.

A través de la presente Iniciativa, el Ejecutivo Federal a mi cargo hace un enérgico llamado a todas las fuerzas políticas para que sumemos esfuerzos en un proyecto de unidad que tiene como fin último el único interés y objetivo que, como servidores públicos, debemos tener en consideración: México..."

La seguridad pública y los derechos fundamentales guardan una estrecha violación porque la eficacia de los últimos se hace prácticamente dependiente directa de la existencia de seguridad para los habitantes de un país.

Para el profesor Sergio García Ramírez la precedida afirmación es primordial:

"...En la fundación del Estado de Derecho, oriundo de las libertades fundamentales proclamadas al final del siglo XVIII en las revoluciones estadounidense y francesa, y enseguida en los movimientos insurgentes de Europa y América la seguridad fue

recogida como derecho natural e inalienable de los seres humanos. [...] No obstante, la Declaración francesa, definió la seguridad como una obligación fundamental del Estado para la preservación de los derechos del hombre...³³²

Esa muestra expone que transitoriamente el derecho de seguridad se convirtió en una función específica de los estados; porque es la tutela del orden y la paz pública, teniendo como objetivo principal la conservación del Estado de Derecho sin afectar los derechos y libertades constitucionalmente protegidos; aunque finalmente para García Ramírez la seguridad ponderada en su acepción más amplia y generosa constituye un derecho fundamental³³³ a la vida pacífica y ordenada.

En la oscilación definitoria entre seguridad y derechos fundamentales, se advierte que la seguridad pública tiene una función tripartita: proteger la vida e integridad de las personas, garantizar los derechos y libertades y, mantener el orden y paz públicos; por lo tanto, es en efecto una función específica del Estado mexicano y además su existencia constituye una condicionante para el respeto de los derechos fundamentales, lo que le atribuye la categoría de bien constitucionalmente protegido, en una formulación así: los derechos fundamentales serán eficaces si y solo sí, existe seguridad pública.

Finalmente para acotar el esquema de análisis posterior se concluyó la naturaleza *in concreto* de las normas constitucionales así: el artículo 1° constitucional consigna el principio de igualdad, el artículo 102, apartado B, primer párrafo del Código Supremo prevé el derecho a la tutela de los derechos humanos por un órgano especializado no jurisdiccional y el artículo 123, apartado B, fracción XIII, segundo párrafo de la Constitución mexicana articula el bien constitucionalmente protegido de la seguridad pública.

b) Los efectos de las normas constitucionales confrontadas.

Un resumen sobre principales aportaciones de Norberto Bobbio al tratamiento de las antinomias permite identificar que tanto por la naturaleza de las normas constitucionales como por su eslabón de protección y destinatarios, es el efecto de que produce una de las normas constitucionales cuestionadas

³³²García Ramírez, Sergio, "En torno a la seguridad pública –desarrollo penal y evolución del delito–", en Peñaloza, Pedro José y Garza Salinas, Mario (coords.), *Los desafíos de la seguridad pública en México*, México, Ed. IJ-UNAM, 2002, pp. 83.

³³³*Ibidem*, p. 98.

desde su escrutinio de igualdad —el artículo 123, apartado B, fracción XIII, segundo párrafo concretamente— para hacerlo con la exhaustividad debida, se examina desde el decálogo que sirve de hilo conductor.

1) *De la norma al sistema*, Bobbio ajusta la visión de que se ha de partir de la concepción de la norma como parte, para poder entender el sistema de normas, como un todo en sí mismo estructurado más vasto que comprende a las normas. Se trata de una red de relaciones internormativas que en su conjunto definen satisfactoriamente el Derecho, es entender los órdenes jurídicos como totalidad ordenadas nunca aisladas.

2) *Relaciones de las normas para constituir un sistema normativo*, expone el jurista italiano que las tres principales características para todo sistema normativo son: unidad, coherencia e integridad.

3) *Las antinomias como exponente de un sistema normativo*, son el fenómeno predilecto de un sistema normativo que figura el choque entre dos normas incompatibles pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico, ya sea *í* porque un determinado comportamiento está regulado por dos normas incompatibles, o, *íí* porque para un mismo comportamiento están previstas consecuencias jurídicas incompatibles.

4) *La regla implícita prohibitiva de las antinomias*, se dirían distintas connotaciones sobre antinomia, un sentido empírico hablaría de incoherencia instrumental o un sentido valorativo de antinomias impropias, es por ello que Bobbio decide extenderlo a la idea de contradicción normativa con la finalidad de poder incluir en ella el mayor número posible de supuestos de contradicción. Y es que para Bobbio a diferencia de Kelsen, el que un ordenamiento jurídico pueda ser coherente o incoherente depende únicamente de su contenido normativo, incluso considerando que ello es una cuestión meramente empírica (un hecho) porque la no coherencia de las normas tienen sentido al comprender que provienen de autoridades normativas diversas que persiguen políticas de derecho en conflicto permanente, dice Bobbio que el Derecho resulta ser *fatalmente antinómico* pero no por ello se toleraran las antinomias.

Pues para que un ordenamiento jurídico constituya un sistema propiamente dicho no deberían coexistir en él normas incompatibles, haciendo uso precisamente de la regla, implícita, de prohibición de las antinomias, tales

críticas las dirige principalmente hacia dos actores públicos: los legisladores y los jueces.

5) *La necesidad de determinar las antinomias*, para individualizar un supuesto de antinomia normativa se deben reunir dos características: / que las dos normas pertenezcan al mismo ordenamiento jurídico o a varios ordenamientos que se encuentren en alguna relación de coordinación o subordinación entre sí, y, // que ambas no puedan ser aplicadas al mismo caso, puesto que tienen un mismo valor o ámbito de validez (temporal, espacial, personal y material).

Una vez individualizadas las normas antinómicas, se procedería a determinar cual sería la norma conservada y cual debería ser eliminada o relegada, para lo cual Bobbio construye los tres criterios tradicionales de resolución de antinomias en aplicación al principio de seguridad jurídica e igualdad.

6) *Los peligros de la prevalencia jerárquica de criterios*, sobre si es posible establecer una prelación entre los criterios, Bobbio indica que, por una parte, el criterio cronológico es cómodo y de fácil aplicación pero resulta ser el más débil porque termina cediendo ante los otros dos, el criterio jerárquico es el más sólido, pero ello no es enunciativo de desdén sobre su peligrosidad inmanente.

7) *La prelación jerárquica entre normas antinómicas*, para la lectura de Bobbio encierra algunas presunciones que es necesario identificar. La primera es la relativa a la existencia de una ordenación de las fuentes del Derecho sobre la validez del modelo kelseniano. La segunda es que los criterios de resolución de las antinomias no se aplican automáticamente, pues precede la presunción sobre la necesidad de interpretar previamente los textos.

8) *Lex posterior versus Lex specialis (antinomias reales)*, en las antinomias de segundo grado –reales—hay dos posibilidades de resolución. Primero cuando el ordenamiento prevé –explícita o implícitamente—una serie de criterios de resolución, y por lo tanto este puede ser reconducido a la coherencia. La segunda posibilidad, el ordenamiento jurídico no prevé criterios de resolución para una determinada antinomia, o previniéndolos no resultan aplicables porque hay antinomias indisolubles, bajo dos escenarios: / no resulta aplicable ningún criterio de resolución para una determinada antinomia,

o, // no se pueden aplicar simultáneamente dos o mas criterios de resolución de conflictos. Lo cual precisamente constituye uno de los peligros que señalaba Bobbio, y en esa caso, dependerá directamente del intérprete al momento de resolver el asunto frente a sus circunstancias especiales.

9) *La ausencia del metacriterio positivo*, en el caso expuesto en el párrafo anterior ejemplificando que, se produzca una antinomia entre dos normas contemporáneas, del mismo nivel jerárquico y generales, se presume que no pesa sobre el intérprete un deber jurídicamente cualificado de resolver. Pero ante el deber que pesa sobre los hombros del juez se encuentra frente a sí una verdadera obligación fáctica y además ejerce –durante la solución de la antinomia—un poder discrecional orientándose en tres opciones: eliminar una de las normas, eliminar las dos o conservar las dos, esta última posibilidad es la más utilizada en la práctica jurisdiccional.

10) *La coherencia del sistema*, el caso anteriormente expuesto que denomina Bobbio extremo o irresoluble, es apreciativa la aplicabilidad del criterio de los criterios, que es el criterio último de la justicia, y es que la coherencia no implica una condición de validez del sistema jurídico y está lejos de conducirse como una exigencia necesaria para su existencia.

En otras palabras, la necesidad de coherencia constituiría una condición para la justicia a la que aspira todo ordenamiento jurídico, dígame así: / sería condición necesaria, pero no obligatoria que las normas estén en relación de coherencia entre sí; // en el que dicha relación de coherencia sería condición necesaria, pero no suficiente para que un ordenamiento jurídico pueda ser considerado como sistema; /// en el que prevalecería un criterio de criterios, un metacriterio de carácter mixto y alternativo para que la resolución de aquellos supuestos en los que las normas no se encuentran en relación de coherencia entre sí.

Ahora bien, el razonamiento permite identificar que en efecto se trata de antinomias constitucionales partiendo del concepto de bloque de constitucionalidad³³⁴, porque la red de relación internormativa al no leerse aisladamente debe responder a la unidad, coherencia e integridad. Entonces si dos normas son incompatibles de modo parcial-parcial dentro de un mismo

³³⁴ En el siguiente apartado se aprecia una breve explicación sobre el concepto *bloque de constitucionalidad*.

orden jurídico requiere que su contenido axiológico-normativo sea individualizado a partir de un criterio de interpretación: colisión de principios.

Sin embargo, en la colisión de principios de las antinomias constitucionales no proceden los tres criterios de resolución tradicionales, porque precisamente sería imposible ingresar al terreno de los peligros de la prevalencia jerárquica de los criterios y no es necesario porque ya ha sido positivado un metacriterio: *principio pro personae* que lleva intrínsecamente el que su aplicabilidad sea la justicia, que se traduce en la necesidad de coherencia con los derechos fundamentales que conduzca a la validez del sistema jurídico.

Ese metacriterio ha sido desarrollado por Robert Alexy. El filósofo alemán ha establecido que la base de la teoría de los principios es la distinción que la teoría de las normas establece entre reglas y principios, los principios son mandatos de optimización que exigen su realización en la mayor medida posible y su forma de aplicación es la ponderación, las reglas —como se ha dicho—son normas que ordenan, prohíben o permiten algo y son mandatos definitivos con una forma de aplicación a través de la subsunción.

Para la aplicación de la ponderación debe anticiparse la relación de mutua implicación entre el carácter de principio (los derechos fundamentales en pugna) y el principio de proporcionalidad³³⁵, este en sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La aplicación metódica de la formulación ponderativa requiere —dice Alexy—la optimalidad de Pareto que se combine armónicamente con el principio de proporcionalidad en estricto sentido, que se trata de la optimización de las posibilidades jurídicas, bajo la ley de la ponderación que reza así:

“...Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro...”³³⁶

Para la solución el citado filósofo desarrolló la fórmula del peso, expresada y explicada así:

$$G_i \neq I_i G_i^* S_i$$

³³⁵ Significa que si los derechos fundamentales tienen el carácter de principios, entonces se aplica el principio de proporcionalidad; y que si se aplica el principio de proporcionalidad, entonces los derechos fundamentales tienen carácter de principios. Véase Alexy, Robert, “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho”, *op. cit.*, p. 83.

³³⁶ *Idem.*

$I_j^* G_j^* S_j$

G_{ij} representa el peso concreto de un principio P_i en relación con el principio en colisión. P_j : Si G_{ij} es mayor que 1, prevalece P_i ; si G_{ij} es menor que 1, prevalece P_j ; Si G_{ij} adopta el valor 1, existe un empate o situación de igualdad, para cuya solución son precisas consideraciones adicionales. La fórmula del peso define G_{ij} como el cociente del producto de tres factores referidos a cada uno de los principios. En el lado P_i son la intensidad de la injerencia en P_i (I_i), el peso abstracto de P_i (G_i) y la seguridad de las apreciaciones o asunciones empíricas acerca de lo que la ejecución de la medida evaluada significa para la no realización de P_i (S_i). Los factores correlativos, en el lado de P_j , son la intensidad de la injerencia en P_j , que resultaría de la no injerencia en P_i (I_j), el peso abstracto de P_j (G_j) y la seguridad de las apreciaciones empíricas acerca de lo que la omisión de la medida evaluada significaría para la realización de P_j (S_j).

Esos factores pueden evaluarse con escalas como “leve” (l), “medio” (m) y “grave” (s). Así que para calcular el valor de G_{ij} se deben asignar las cifras l , m y s .

Un ejemplo para su aclaración: P_i representa el derecho fundamental a la libertad de expresión, si se asigna el valor 1 a l_i , entonces 1 representa el juicio “la injerencia en la libertad de expresión es leve”.³³⁷ Ese juicio, precisa de una fundamentación por medio de argumentos. Lo cual implica que para el trazo de la colisión de esta tesis se posicionará la anterior fórmula en el discurso práctico racional a partir de argumentos.

3.6.5 PROBLEMÁTICA TEÓRICA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES EN COLISIÓN.

Las dos normas constitucionales que agrietan el principio de igualdad, presenta inicialmente dos problemas vistos desde la teoría constitucional: *a*) la presunción de su legitimidad por ser constitucionales y *b*) el tamiz del órgano revisor de la Constitución.

³³⁷ *Ibidem*, p. 84.

a) La presunción de su legitimidad por ser constitucionales.

La teoría constitucional hace depender la validez normativa de todas las normas inferiores a partir de su objeto de estudio (la Constitución) en lo que implícitamente subyace la idea de una expectativa de equilibrio del sistema jurídico. A la Constitución se le asigna la función pues de aprobar la validez material del orden jurídico, para que pueda construirse el vínculo sucedáneo entre la norma jurídica y la validez del acto desprendido de esta; además que precisamente es la Constitución la que introduce las reglas de formación legislativa.

La suposición anticipada de que la Constitución mexicana protege un orden político liberal, concentra un catálogo de derechos fundamentales y que *per se* tiene un grado superior de acatamiento normativo, se cimienta en dar por hecho que justamente la Norma Fundamental ha sido beneficiada por el efecto de constitucionalización del ordenamiento como norma jurídica.

Esa fuerza especial que le es inmanente como fruto de su conceptualización hace asumir sin lugar a dudas que se respeta a sí misma, que es coherente hacia su interior, que en ningún momento atentaría contra su coherencia y conexión de valores ético-políticos, pues ello corrompería en todo sentido su identidad material axiológica.

Sospechar siquiera que la Constitución carece de correspondencia sobre la defensa de sus principios fomentaría entornos críticos, pero también los detractores ingresarían a un debate sobre la necesidad de asegurarle el valor de supremacía que la propia teoría la ha asignado y la suposición de que su legitimidad se ve cuestionada aún estando vigentes los actos de voluntad del poder reformador, y eso influiría confusamente en cuestionar su continuidad, eficacia y unidad normativa.

Sin embargo, sucede que al ser la Constitución un esquema abierto y flexible de normas que poseen un alto grado de indeterminación tiene a su merced un amplio espacio de decisión en el que se formulen normas a su interior que contradigan principios identitarios del constitucionalismo moderno, como es el caso de la igualdad.

Ha dicho Manuel Aragón que el principio de democracia obliga considerar al legislador como el poder capaz de realizar normativamente la Constitución, sorpresa se llevaría, al evidenciar que la jerarquía de mando

sistémica aprueba funciones de disparidad consagrada por el centro decisorio al que se han confiado valores como la libertad, igualdad y dignidad de las personas.

Ante esa brecha confirmativa, la Constitución consigna la idea de respetar en extremo dichos principios, pero al mismo tiempo el Derecho Internacional de Derechos Humanos ahora condiciona que en serio se ajuste a tales parámetros. Caso contrario será la jurisdicción internacional en derechos humanos la instancia autorizada para asegurar que ninguna imposición rebase los límites jurídicos en contra de dichos principios.

La mancuerna Constitución-tratados internacionales en materia de derechos humanos es actualmente el contexto predilecto para normativamente garantizar una fidelidad teórica para hacer reales los principios de igualdad, coherencia, proporcionalidad, en la medida que la actividad legislativa, aún de la Constitución desperfeccione los postulados básicos de la teoría constitucional.

h) El tamiz del órgano revisor de la Constitución.

La Constitución de carácter rígido como la mexicana impone límites por conducto de sus propias normas constitucionales para ser transformada, es lo que se conoce como límites formales al prever un procedimiento específico y dificultado para su reforma.

Del mismo modo en los sistemas constitucionales de corte democrático se compaginan los límites formales con los límites sustanciales, que no son otra cosa que la sustracción de determinados contenidos para la reforma, es decir, es una precondition inhibitoria para reformar contenidos materiales; el asunto interesante es que en algunos países tales límites se vierten en una cláusula constitucional especial llamada *regla de inalterabilidad constitucional*—superconstitución al interior de la constitución esencial— que se encuentra sustraída de la derogación; la crítica de Guastini al respecto es que la Constitución no puede al mismo tiempo, autorizar y prohibir su propia reforma, porque entonces no habría modo legítimo de adecuar la Constitución a los cambios políticos y sociales³³⁸.

³³⁸Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, op. cit., p. 58.

Esos límites sustanciales se traducen precisamente en no transformar la denominada *constitución esencial* (derechos fundamentales, principios, separación de funciones del poder, soberanía, entre otras) que tengan por objeto reducirlos. Pues esa inalterabilidad axiológica –al hablar de principios, derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos—tiene razón al salvaguardar la perturbación o subversión de los valores o principios supremos que le caracterizan como norma constitucional.

Es incuestionable que la Constitución incentiva la práctica democrática con el proceso de su transformación –sostenida sobre el principio de igualdad en la participación cívico-política—sin embargo, hay una parte estructural a su interior que ha sido vedada de modificación si transgrede derechos fundamentales o principios como la libertad e igualdad, porque ello asegura a los ciudadanos justamente un ejercicio democrático verdadero; solo así diría Hesse se constituye la condición de estabilizar, racionalizar y limitar el poder garantizando la libertad e igualdad, que estriban como cualidades de cualquier Constitución.

En el cuerpo de la realidad se fraguó sin intervalo crítico la paradoja prevista por Zagrebelsky, pues la reforma como resultado de un acto constituyente contiene la experiencia histórica de sujetar al poder público a los postulados constitucionales, pero desde el enfoque de la contradicción, no es de olvidarse que –aún sometido a la norma constitucional el poder público—es a través del poder político que se fijan y verifican los procedimientos de reforma; tal como sucede en el debate propuesto. Ha sido el poder revisor de la Constitución el que proclama igualdad y al mismo tiempo irrumpe su eficacia mediante un procedimiento especial y dificultado de reforma constitucional.

Tal vez lo fallido estriba en que el constitucionalismo ha sufrido de una deficiente cultura social de aceptación, y eso lo hace inefectivo además de peligroso porque sin esa comprensión jurídico-cultural los mandatos constitucionales están en riesgo constante, para un constitucionalismo viviente, se dice es necesario aceptar la constitucionalización de la política.

El hecho de que la Constitución no solo aparezca como la norma superiormente elevada frente a las demás, sino que al mismo tiempo impone al legislador tanto el respeto lógico-formal sobre sus propias decisiones, como en el desarrollo de tales normas constitucionales y sobre todo en su aplicación.

Esto quiere decir que, los textos constitucionales tienen una fuerza invasiva que predispone el respeto a una serie de valores fundamentales, que transforma los cánones materiales comprendidos.

Que tiende a verse favorecido a través de la instauración de las jurisdicciones supranacionales, la configuración convencional de tratados internacionales supraconstitucionales y la expansión axiológico-interpretativa de los principios y los derechos fundamentales, atraído a México por los efectos transnacionales de la comprensión del constitucionalismo democrático.

No es momento histórico prudente para aislar los postulados de los teóricos constitucionalistas contemporáneos en su propuesta de construir propiedad sustantivas en los contenidos del derecho mediante la dimensión ideal plasmada en las modernas Constituciones; al incorporar virtudes morales al derecho y mezclar virtudes jurídicas (en) la moral, en aras de evitar nuevamente lo que Nino nombró *un obvio déficit democrático*³³⁹.

3.6.6 LA INTERPRETACIÓN DESDE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

La alternativa propuesta a la problemática descrita está sedimentada sobre las fabulaciones dominantes de la más actual teoría del Derecho, en donde el poder judicial tiene un predominio racionalizador para resolver las colisiones de principios o antinomias constitucionales.

Pedro Haba³⁴⁰ explica que el derecho consiste básicamente en discursos, pues aunque comprende otras dimensiones, las conductas que se inspiran en, o que de todos modos están relacionadas con el mundo jurídico están ocupadas centralmente por los discursos (derecho positivo, derecho jurisprudencial o dogmática jurídica).

De lo que se desprende la necesidad de que el lenguaje exija auto-realizarse a través de la significación de su contenido –al tratarse de un orden eminentemente volitivo-social—que signa la delegación del lenguaje jurídico con el derecho de ser interpretado. Interpretado por aquellos que en la

³³⁹ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, op. cit., p. 44.

³⁴⁰ Haba, Enrique Pedro, *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales (A contrapelo de las fabulaciones dominantes en la más actual Teoría del Derecho)*, Madrid, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, 2007, pp. 33-54.

sociedad se considera como autorizados por el derecho positivo vigente, en esa medida, la autoridad significadora para *decidir que dice el derecho* es especialmente el juez, quien está en condiciones de imponer mediante una paráfrasis cualitativamente racional la proporción de determinar lo que aparece en una Constitución relativamente indeterminado, ese, nuestro intérprete autorizado, también está obligado hoy por hoy a hacerlo, porque tiene la encomienda de proyectar sistematicidad.

Todo operador jurídico –como intérprete autorizado—siempre va a encontrar alguna doctrina jurídica en que apoyarse para argumentar su decisión, esa teoría está constituida por la del estado constitucional democrático que pretende irradiar un efecto transversal a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de los derechos humanos para todo el sistema jurídico mexicano, de acuerdo a la nueva reforma en materia de derechos humanos.

Significa en ese sentido que el poder público fincará su atención a los derechos como centro de la protección constitucional a través del eje del Derecho Internacional de Derechos Humanos –DIDH—que va más allá del concepto tradicional de soberanía, se trata de una superación de fronteras para ubicar a la persona como el elemento trascendente para la consolidación de un Estado democrático.

El cambio es que los jueces darán voz a esas personas para aquellas manifestar: *“disfruto o ejerzo este derecho”* así serán dichos derechos o principios los límites de la validez normativa –como ya lo ha expresado el ministro Cossío Díaz— la nueva forma de regularidad convencional a partir de los derechos.

Un aspecto determinante en ese sentido lo constituye la aplicación del *principio pro persona* como criterio hermenéutico que deberá hacer prevalecer los derechos humanos durante la interpretación, porque es el elemento que rompe jerarquías entre las normas integrantes del bloque de constitucionalidad, será la llave que dé la solución. Entre las unidades de este principio-regla de la interpretación se encuentra su orientación para privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer y tutelar en la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales, su finalidad entonces será acudir a la norma más protectora acudiendo a una interpretación de mayor alcance.

El principio se robustece cuando la nueva alineación constitucional incorpora como fuente del derecho ineludible y directamente eficaz a los tratados internacionales en materia de derechos humanos porque incluyen obligaciones que ya anteriormente la jurisdicción supranacional a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos había señalado:

“...El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación...”³⁴¹

a) La interpretación convencional desde el diseño axiológico-normativo de la constitucionalidad.

El modelo de interpretación axiológico-normativo de la Constitución repara precisamente en ese sometimiento a la Constitución, el panorama se modifica cuando dicha función interpretativa tiende a ubicarse entre la Constitución y la Convención (Inter)Americana de los Derechos Humanos en cuyo rol democrático los jueces dan vigencia a la eficacia de los derechos fundamentales.

Y es que en esa modalidad varían algunas composiciones del sistema, por una parte los agentes de interpretación autorizados en la actualidad serán cualquier autoridad judicial –sin importar su adscripción— por otra parte, consignan técnicas de interpretación casi idénticas –excepto el resultado de la confrontación entre ellas—y esencialmente es axiológico-normativo el ejercicio del control de la convencionalidad porque enfrentan síntomas parecidos en la problemática de la interpretación al evidenciar el tratamiento de antinomias entre principios en donde persiste una incompatibilidad parcial-parcial entre ellos, y que en cada caso concreto exige una jerarquización axiológica.

Sirve acudir análogamente a Böckenförde cuando el autor señala que entre el significado Constitución y su método de interpretación hay una conexión irrefutable, lo mismo sucede en el control de convencionalidad, ya que este al tratarse de un instrumento internacional en materia de derechos

³⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 4, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 174.

humanos tiene diseñada una idea anticipada –de acuerdo a su significación— sobre los lineamientos metodológicos de interpretación seleccionados.

Además del naturaleza del objeto interpretado –la Convención—contiene principios que se presentan como estándares elásticos que son fusionados a través de una interpretación razonable ante la positivización de valores exigidos para la justicia, ahora, convencional; allí subyace el presupuesto teórico contemporáneo de la Convención frente a la Constitución.

b) El bloque de constitucionalidad.

Todo postula con sentido al entender el concepto bloque de constitucionalidad, que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional, no sólo la colombiana sino la comparada y que fuera acuñado por el jurista francés Louis Favoreu, en el Consejo Constitucional francés.

Tal concepto hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional, es decir, que una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio constitucional. Su explicación señala que la Constitución no es un eje normativo completamente cerrado, sino que puede hacer remisiones (expresas o tácitas) a otros principios, sin que ellos estén en la Constitución; tal como sucede en la nueva formulación del artículo 1° constitucional cuando remite a los tratados internacionales de derechos humanos como un rango constitucional.

Se diría pues que el bloque de constitucionalidad es compatible con la idea de que la Constitución escrita accede a una nueva longitud normativa de supremacía convencional, por cuanto que ha sido por su propio mandato que las normas que no aparecen en su articulado comparten su misma fuerza normativa.

Implica prácticamente la adquisición de una novedosa porción jurídica esencialmente sobre los principios en donde no es el articulado constitucional el único facultado o relevante para resolver las controversias dadas entre principios que se contradigan al interior de la Constitución, sino que, el acogimiento del bloque de constitucionalidad da prevalencia para favorecer una interpretación supraconstitucional a través del control de convencionalidad; ello incita a que los intérpretes autorizados desplieguen el progreso democrático a

través del conocimiento preciso de la extensión evolutiva en la que actualmente atraviesan.

La eficacia o logros del bloque de constitucionalidad depende entre otras cosas de factores como: *a)* el grado de aceptación social de los nuevos valores reconocidos por los jueces, *b)* el rigor jurídico con el cual los tribunales realicen en su interpretación la incorporación del bloque de constitucionalidad.

Un problema implícito que se le plantea al bloque de constitucionalidad, es la posibilidad de jerarquizar las normas confrontadas. La respuesta es que no hay jerarquías sino una concreción de aplicación que da prevalencia a un derecho a través del *principio pro persona*, ello, en otras palabras, es el control de convencionalidad constitucionalizado para la práctica de los intérpretes autorizados.

La apuesta del constitucionalista francés Louis Favoreu en el enfoque del bloque de constitucionalidad se vio reflejada en los avances de su jurisdicción al lograrse:

“...un conjunto constitucional suficientemente armonioso y coherente, que combina la modernidad y las tradiciones y en el que, sobre todo, los derechos fundamentales han sido finalmente integrados...”³⁴²

c) La colisión de principios: igualdad *versus* tutela no jurisdiccional especializada en derechos humanos.

³⁴²Favoreu, Louis, “El bloque de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 5, enero-abril 1990, p. 45.

A la luz de los artículos 1° constitucional³⁴³ y 24 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos³⁴⁴ se considera que el artículo 102, apartado B, primer párrafo también de la Constitución³⁴⁵ vulnera el bloque de constitucionalidad porque se orienta a empujar al principio de igualdad hacia un vacío de contenido cuando dicha disposición –que goza de supremacía constitucional—regula una distinción en que no hay igual protección de la norma –insisto—aún siendo constitucional, porque prefiere asumir *a priori* que los actos de naturaleza administrativa a cargo de los órganos del Poder Judicial de la Federación son *per se* aplicaciones rodeadas de una garantía nuclear a los derechos humanos.

Esa suposición constituye un error y desenmascararla procesalmente es la posición de esta investigación. La igualdad es como coinciden las máximas de Bobbio y Rawls un elemento –axiológico si se quiere—intrínseco para la convivencia social y un presupuesto necesario para el logro de la justicia.

Esta posición no ingresa a los planteamientos provenientes de la filosofía griega sobre la determinación de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, porque precisamente allí, donde se justifica la distinción y

³⁴³ **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 más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Esta prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

³⁴⁴ **Artículo 24. Igualdad ante la ley.** *Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.*

³⁴⁵ **Artículo 102. ...” B.** *El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas contra actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen esos derechos. Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales y jurisdiccionales”.*

circunstancias de trato distinto en el beneficio traducido a la sumisión de los actos u omisiones de naturaleza de un Poder Judicial Federal, se encuentra el desajuste normativo. Tal principio ético fue diseñado para comprender las particularidades de los seres humanos y no así, construir un diseño de pesos y contrapesos en que un Poder gozará privilegiadamente de diferencias en sus modalidades de actuación pública por suponerse, un poder bondadoso.

En esta colisión de principios, se argumenta que la igualdad deberá interpretarse en sentido extensivo bajo el *principio pro persona* desde la modalidad y reglas del control de convencionalidad para armonizar la unidad que constituye el bloque de constitucionalidad, entonces, su explicación tiene dos vertientes, los argumentos teórico-normativos contra el artículo 102, apartado B, primer párrafo constitucional y la propuesta de interpretación.

Argumento a) La ilegitimidad normativa de meta-atribuciones. La igualdad formal, como suposición de uniformidad de la condición jurídica de las personas en el acceso a sus derechos desde la posición legislativa se caracteriza porque destierra cualquier excepción y/o privilegio establecido aún en la propia Constitución, en aras de proteger una certeza jurídica de que las personas tuvieran prevista la misma capacidad para acceder a la protección de sus derechos, es decir, la posibilidad de ejercer sus derechos en una estructura normativa que no distinga sobre *meta-atribuciones* de un Poder sobre otro, pues hecho ello abonaría a lo que históricamente ha impulsado una ilusoria práctica de limitación a la garantía de los derechos humanos.

Argumento b) El escrutinio intenso a la norma constitucional. El establecimiento de un mandato legislativo en que se fijen diferencias no razonables o injustificadas requiere de un *escrutinio intenso* para que no se regulen en el texto constitucional distinciones de accesibilidad a la tutela no jurisdiccional especializada de los derechos humanos, porque ello redundaría en que esa desigualdad se convierta en un obstáculo al acceso y además en incompatibilidad hacia el bloque de constitucionalidad.

En este aspecto son precisamente los jueces los llamados a realizar una democracia constitucional y a vigilar su realización, que sirvan para la transformación estructural del sistema jurídico a través de su constitucionalización –siguiendo a Guastini nos referimos a la garantía suprajurisdiccional, la fuerza vinculante del bloque de constitucionalidad, la

interpretación extensiva de los principios, la aplicación directa de las normas del bloque de constitucionalidad—en el aseguramiento de la tutela y desarrollo de los derechos humanos en igualdad.

Para que el ordenamiento concentre adecuadamente al bloque de constitucionalidad se requiere destacar la centralidad que los derechos humanos juegan en su ejercicio frente al poder público, precisamente al reclamar que para el acceso a su protección no jurisdiccional se destrabe la fabulación hipotética de un Poder Judicial Federal omniconstitucional.

Dicho por la Corte mexicana, son los jueces que inspirados en los parámetros de validez normativa del respeto a los contenidos esenciales de los derechos humanos, siendo especialmente exigentes y cuidadosos aplicarán un *escrutinio intenso*—aún sobre la norma constitucional—cuando ella se ubique en la hipótesis de tener una proyección central sobre los derechos fundamentales³⁴⁶ —complementado en esta investigación—que sean garantizados por el bloque de constitucionalidad.

Por lo tanto, la igualdad en el acceso a la tutela no judicial de los derechos humanos al verse impactada sobre la incidencia del goce a su protección se ve disminuida sin que para ello se determine por el legislador que la distinción persiga un objetivo constitucionalmente admisible, como durante su interpretación se verá.

Argumento c) La validez normativa en el Estado constitucional democrático. El papel del Estado constitucional democrático tiene como eje central de la validez normativa —como explica Alexy— la institucionalización de la razón, en cuya estructura práctica se da lugar la consideración de la persona en el ejercicio de sus derechos, y que en esta investigación se traduce en una pretensión de corrección, es decir, se aduce que la palabra final de los actos u omisiones de naturaleza administrativa no tienen por qué quedarse al arbitrio no razonable del Poder Judicial Federal, sino por el contrario, al suponerse una contradicción de que esa limitación configura *una desigualdad en el acceso a la protección de los derechos humanos* se persigue una dimensión crítica del derecho a partir de dimensionar si ello hace regresivos los derechos humanos y además les resta *constitucionalmente* la cualidad de universalidad.

³⁴⁶ Tesis 1ª. CIV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 183. Reg. IUS. 163,768.

Esa partitura novedosa de la validez normativa tiene en efecto un sentido garantista que transforma el sistema de fuentes del derecho, conduciéndolo a que la conexión entre derecho y moral haya sido positivada. La conectividad descrita impone que los derechos humanos al ser la validez del sistema jurídico, son también el hilo conductor de la institucionalización de la razón, así que, al existir una pretensión de corrección para validar incluso una norma constitucional, la discusión también tiene su soporte en la democracia deliberativa, que es la que anuncia la posibilidad de una racionalidad discursiva.

Y el discurso central para que los derechos humanos y democracia continúen en el mismo rumbo es extraer el material legislativo autoritario de la Constitución mexicana para que su variación sea en el sentido de satisfacer una igualdad en el acceso a la protección de los derechos.

Eso hace implicar que para la consolidación democrática es necesario hacer que la igualdad sea verdaderamente el nexo de fundamento para los derechos fundamentales —como propone Ferrajoli— en el sentido de que las *normas téticas*³⁴⁷ provean que en la igualdad ante la ley su titular acceda sin ninguna dificultad a la protección de sus derechos, que se crea desde el núcleo de la democracia sustancial como régimen instituido de no limitación por su indisponibilidad, una vez que los derechos legitiman cuando no son limitados arbitrariamente o trabados procesalmente para su acceso —entendida aquí su protección— las decisiones colectivas en una democracia deliberativa, teniendo los derechos una preeminencia para su protección y que para ello no se implique un apego vehemente hacia un Poder Judicial Federal, porque sin esa igualdad el *contra-poder de la persona se ve reducido*.

Argumento d) Objetivo filosófico particular de los derechos fundamentales. El filósofo italiano Salvatore Natoli³⁴⁸ propone repensar el derecho sobre la base de sus nexos con el dolor (en cuanto a cura y en cuanto a sanción). Aclara que hay dos tipos de figuras sobre el dolor: *a)* dolor sufrido que es natural y *b)* dolor infligido que es producto de los hombres.

³⁴⁷ El nexo abordado entre derecho y la igualdad jurídica, se refiere a la igual titularidad de situaciones jurídicas, proveniente de su atribución a la clase de sujetos entre los que es predicada en forma de reglas generales y abstractas. Ferrajoli, Luigi, *El fundamento de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2001, p. 329.

³⁴⁸ Ferrajoli Luigi, "Derecho y Dolor", *Isonomía*, Alicante, núm. 27, 2007, p. 195.

En esa idea subyace que los derechos fundamentales son configurables como derechos a la exclusión o reducción del dolor, especialmente dentro del Estado constitucional democrático, porque figuran como inmunidades de lesión. Esa composición filosófica tiene sentido incluso en la lectura de la historia del derecho moderno y su desarrollo.

Es entonces oportuno disuadir que aquella idea de que el Poder Judicial Federal desde su esfera administrativa no viola derechos humanos es una posición ideológica de justificación *a priori* porque se representa en cuanto garantista judicial de los derechos humanos y como tal, se concreta la afirmación en los actos de naturaleza administrativa; cuando lo viable será concretar esa aseveración *a posteriori*. Pero para ello se requiere el impulso específico de someter sus actos a revisión de los organismos protectores no jurisdiccionales de los derechos humanos.

Cierto es que nada garantiza que el derecho no producirá más dolores de cuantos evite, pero ello depende del ánimo del hombre como su creador e intérprete, que se ciñe a dar vida a las cláusulas de convivencia que él mismo ha decidido adoptar.

La dimensión filosófica fácilmente tiene un rastreo fenomenológico, histórico y sociológico, de que los orígenes de los derechos fundamentales y la igualdad que los conecta para su goce y ejercicio, son provenientes de intensas luchas y revoluciones alimentadas por el dolor. Ha sido la intolerancia de las condiciones lo que ha regido el eje central que se dirigió a frenar por completo la violación de los sufrimientos indecibles de la humanidad y como consecuencia, edificar un sistema de respuestas eficaces al dolor que el ser humano resiente, y ese sistema tiene su cimientos en el bloque de constitucionalidad, sin eximir actuaciones administrativas de un Poder, bajo la justificación de su legitimación como resolutor en esfera judicial.

Argumento e) La eficacia directa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Hoy en día han cambiado las coordenadas estatales sobre el entendimiento de la soberanía externa, tanto que los países como México la han reducido en el plano jurídico por la sujeción a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales. Lo que –como ya

se dijo—ha producido una novedosa configuración del sistema de fuentes del derecho que incorpora el bloque de constitucionalidad.

Sin lugar a dudas el pluralismo de los ordenamientos no hace clara la determinación de las fuentes, sin embargo, esa incerteza ampliamente regulatoria más que provocar un retroceso, es el efecto de universalización de los derechos. A cuya posición se suma el establecimiento de instancias internacionales que idóneamente sí recrean el efecto garantizador de la igualdad aún contra los intereses del *status quo constitucional de un Poder incuestionable sobre sus decisiones administrativas que afecten a una persona*.

Los parámetros actuales del Derecho Internacional de Derechos Humanos ligan las expectativas de la satisfacción de los derechos a la actuación del Sistema Interamericano en la materia según la configuración del artículo 1° constitucional, porque los principios establecidos en fuente internacional y sometida a jurisdicción supranacional amplían expresamente la normatividad, interpretación y aplicación de los derechos humanos.

Entonces la utilización cotidiana toda autoridad —administrativa, legislativa o judicial—debe voltear su mirada en estricto sentido del mandato constitucional para analizar el conjunto de tratados internacionales en que el Estado mexicano sea parte, esto significa, que sin excusa ni limitación o distinguos entre derecho de origen nacional o derecho de origen internacional son fuente de aplicación directa para los derechos. Dicho con toda precisión las fuentes del derecho mexicano tienen la garantía de aplicarse directamente —sin adecuación ninguna, salvo las interpretaciones en la materia realizadas—para proteger los derechos humanos, incluidas las reglas para la aplicación del control de convencionalidad, como se verá en la interpretación.

Argumento f) La naturaleza de los organismos protectores de derechos humanos. Sirve de referencia para este apartado el doctor Jorge Carpizo³⁴⁹ tanto en la comprensión de la naturaleza de los referidos organismos especializados como, incluso, en la propuesta misma.

Los organismos no judiciales para la protección de los derechos humanos se crean en 1990 principalmente frente al alarmante aumento de

³⁴⁹ Véase Carpizo, Jorge, “La reforma constitucional de 1999 a los organismos protectores de derechos humanos”, *Cuestiones constitucionales*, México, núm. 3, julio-diciembre 2000, pp. 28-51.

violaciones a los derechos humanos cometidas principalmente por ministerios públicos y policías federales que tenían a su cargo —como ahora— la lucha contra el narcotráfico, siendo en aquel momento un organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación del gobierno federal. Mientras que los organismos fueron constitucionalizados como la figura de *Ombudsman* hasta 1992, en que se le reconoció su cualidad de organismo constitucional autónomo. Luego en 1999 como dato histórico, se hace una serie de modificaciones para asegurar la autonomía de dichos organismos entre las que se encuentran: la designación de un organismo federal denominado Comisión Nacional de los Derechos Humanos; las cualidades de publicidad, autonomía y no vinculación sobre las recomendaciones emitidas; su composición de autoridad pública en tanto organismos técnicos auxiliares para el control constitucional, la característica de la autonomía de gestión a los organismos les confiere personalidad jurídica y patrimonios propios así como autonomía presupuestaria; la designación del Presidente o titular del organismo protector de los derechos humanos que evite la politización y la elección de los miembros del Consejo Consultivo con que deberá contar.

Un apartado que merece atención para su distinción como organismos no jurisdiccionales se centra en el carácter no vinculatorio de sus recomendaciones, porque si así lo fuese, esas recomendaciones se convertirían en decisiones judiciales (sentencias) y entonces ello automáticamente las transformaría en tribunales que deberían acreditar el respeto a todas las formalidades esenciales del procedimiento; y lo que persigue un *Ombudsman* en realidad desarrollar un procedimiento flexible y autoburocrático, con mínimas formalidades, cuya resolución sea rápida y sin ningún costo al quejoso, de modo que su papel es de auxiliar a los órganos jurisdiccionales, en una protección transversal de los derechos humanos, sobre la base de sus funciones de vigilancia y recomendación, incluso como sucede en la práctica del derecho comparado.

Puestos a pasar de las musas al teatro, viene bien acerca el argumento de las Comisiones de aquella reforma de 1999, en que se excluye al Poder Judicial Federal porque este siempre ha sido el garante de la protección jurídica de los derechos fundamentales. Y es que no se trata de intervenir en la

función jurisdiccional como ya se ha repetido, sino en el despliegue de los actos administrativos de este poder público, como sucede en otros países.

Lo verdaderamente sorprendente es que el origen de esa exclusión desigual en la protección de los derechos, fue a solicitud expresa del propio Poder Judicial Federal en 1991, exponiendo ante el presidente de la República las siguientes razones:

"...a) en México, el Poder Judicial federal tiene una doble vertiente: como Poder de la Federación y como Poder del Estado federal, al poseer la facultad de interpretar la Constitución en última instancia, y por ello se encuentra jerárquicamente encima de los tres poderes de la Federación; que, en consecuencia, ningún órgano le puede indicar cómo actuar, aunque sólo se trate de recomendaciones, y b) que el poder Judicial Federal tiene sus propios órganos de control..."³⁵⁰

El presidente de la República decidió aceptar como validas las razones del Poder Judicial Federal para evitar un enfrentamiento entre los poderes.

Ante ese evidente panorama, no me resta más que acudir nuevamente a mis anteriores argumentos, en que evidentemente la naturaleza de los organismos de protección no judicial para los derechos humanos deben ventilar sin excepción alguna quejas de naturaleza administrativa de las tres funciones del poder público, sin ni siquiera por evitar un conflicto entre ellos, permitir desigualdad ante una verdadera omnipotencia autoritaria generada, paradójicamente por aquél que garantiza la protección de los derechos fundamentales, y eso demanda una superación ante la arbitraria excepción.

Argumento g) La paradoja del Poder Judicial Federal. Sería históricamente rastreable que los actos u omisiones emitidas por órganos del Poder Judicial de la Federación puedan vulnerar derechos humanos y es que debe tomarse con la cautela necesaria porque aún cuando actúa como garante de los derechos fundamentales desde su papel jurisdiccional-interpretativo del bloque de constitucionalidad ello no le excluye de revisiones precisas.

No se pone en duda si la jurisdicción constitucional, entendida como aquella que no sólo hace valer en el caso concreto las decisiones generales previas de la Constitución, sino que toma también decisiones políticas por su cuenta, puesto que muchas veces estas decisiones tienen como objeto el

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 47.

comportamiento de los órganos superiores del Estados, la jurisdicción constitucional participa, si se aplican criterios funcionales, en la dirección del Estado, es la jurisdicción constitucional una relación sistémica con la racionalidad del derecho, y la importancia de su dialogo recíproco con la sociedad es en efecto una postura garantista.

Pero el aspecto relevante es ¿suenan paradójico que el comportamiento de un órgano superior del Estado, como lo es el Poder Judicial Federal, desde su esfera administrativa se auto-valide –normativamente hablando—porque a su función jurisdiccional se le prefija una justificación de legitimidad argumentativo-racional? La respuesta sencillamente es si. Hay un alto consenso de que efectivamente la función de la jurisdicción constitucional encargada formalmente al Poder Judicial de la Federación tiene que ver con un balance sustantivo de su actuación como garante de los derechos humanos y que con ello contribuye a la extensión de los valores democráticos que supone entonces la estructura constitucional de un Estado para hacer concordante su función como legitimador del sistema político democrático, pero no por ello, el elitismo epistemológico y ético judicial asumiendo las consideraciones de la misión institucional del Poder Judicial, este pueda extraerse del escrutinio revisor de sus actuaciones administrativas por el órgano no jurisdiccional especializado para la protección de los derechos humanos.

Porque detrás de esa exaltación autoritativa se vierte la idea de un despotismo del poder judicial –en su esfera administrativa—que deberá desmitificarse al conceder a la persona gobernada un medio de defensa en igualdad de circunstancias³⁵¹, como si se tratase de un poder público, no excepcional a los alcances normativos del bloque de constitucionalidad.

Es claro y respetuoso que los operadores jurídicos –jueces constitucionales—no son profetas o iluminados que desde su estrado hagan evolucionar siempre los más complejos problemas jurídico sociales, y serán legitimados sí y solo sí no se extraen osadamente *a priori* de un control auxiliar de la regularidad constitucional –y convencional—porque de ese modo su

³⁵¹ Para avanzar en la idea de Eduardo Couture de que en el despotismo judicial debe quedar algún recurso. Couture, Eduardo, *Estudios de derecho procesal civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 92.

declaración podrá seguir siendo: *"Come to the courts. We are the keepers of the constitutional promises"*.

Del desarrollo de una cultura de constitucionalidad se reflejará como factor positivo que el propio Poder Judicial Federal cumpla con la homogenización de igualdad en el acceso a la tutela no judicial de los derechos fundamentales, que desde su esfera administrativa pueda vulnerar en detrimento de cualquier persona, si tal desarrollo desde ahora es frenado, los efectos contraproducentes desencadenaran en un sentido de discontinuidad constitucional.

Interpretación (propuesta) desde un control convencional. El camino más sencillo –como la experiencia histórica mexicana nos dice que hasta diciembre de 2011 habían sido presentados 199 decretos de reforma constitucional que modificaron en diversas ocasiones 501 veces distintas normas de la Constitución, así que solo 35 artículos del Código Supremo, no han sido reformados—sería proponer la modificación constitucional a través del procedimiento dificultado del órgano revisor de la Constitución, aunque ello por demás sería ostentoso por la complejidad del diseño normativo y reglas del juego político.

De modo que, será preferible para hacer efectiva la instauración del bloque de constitucionalidad desarrollar una propuesta interpretativa desde el control de convencionalidad sobre las modalidades de aplicación de esta, conforme a los parámetros de la teoría de la ponderación de principios, o sea, explicaré rápidamente la concreción del control de convencionalidad, su justificación y nueva configuración obligatoria en México y la consideración –académica—sobre el resultado de la ponderación y su proceso argumentativo de la mano precisamente de lo expuesto *supra* páginas teniendo como directiva el metacriterio del *principio pro persona*.

Entonces teniendo puertas abiertas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos con efectividad directa para el canon hermenéutico de la regulación de los derechos e introducir su aplicación desde aquella dimensión. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado jurisprudencialmente su doctrina del control de convencionalidad, que es trascendente para el sistema jurisdiccional mexicano, como se verá.

El Sistema Interamericano judicial ha prestado particular atención a la adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en materia de justicia³⁵², y no es para menos, porque actualmente se está creando un *iustusconstitutionale commune* diría Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, porque la sede doméstica judicial no es ajena a la intrínseca interrelación entre el análisis del derecho internacional y el derecho interno. Ya lo expone también el juez interamericano Diego García-Sayán en el sentido de que esa interacción se convierte, en realidad, en una viva interacción³⁵³ con intensos vasos comunicantes que propician el diálogo jurisprudencial, en la medida en que ambas jurisdicciones (la doméstica y la internacional) necesariamente deben atender a la normatividad nacional y a la convencional.

Los jueces nacionales –indistintamente locales o federales—tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado mexicano, en uso de su soberanía, reconoció y asumió expresamente; esto quiere decir, que los operadores jurídicos realizaran siempre un examen de compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, de sus protocolos adicionales y de su propia jurisprudencia convencional.

La doctrina del control de convencionalidad³⁵⁴ medularmente impone al Poder Judicial la obligación –cuando el Poder Legislativo falla en suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Interamericana de Derechos Humanos—de abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella, si no lo hiciera el Estado mexicano incurría en responsabilidad por omitir la revisión de violaciones a los derechos humanos. Los tribunales internos por lo tanto, están obligados a velar porque los objetos de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, tomando siempre en cuenta la interpretación de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

³⁵² Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 224 a 235.

³⁵³ Véase García-Sayán, Diego, “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos” en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, Ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 323-384.

³⁵⁴ Nacida en 2006. Véase Corte IDH, *Caso Almonacid Arrellano vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs. 123 a 125.

El control de convencionalidad se concreta a partir de dos aspectos: *a)* procede de oficio sin necesidad de que las partes lo soliciten y *b)* debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de la sede doméstica. No es extraordinario pues México tuvo que adoptarlo a partir de la sentencia del caso Rosendo Padilla Pacheco³⁵⁵. Y que dio origen a la creación de diversas tesis aisladas a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación³⁵⁶.

Como se advierte se consolida una asimilación de conceptos del derecho constitucional, que está presente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través del bloque de constitucionalidad, se diría que existe una internalización del derecho constitucional, esto implica que las garantías constitucionales como instrumentos procesales para la tutela de los derechos humanos y salvaguarda de la supremacía constitucional, se ha trasladado a las garantías convencionales como mecanismos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales y configurando una *supremacía convencional*³⁵⁷, respondiendo con ello a lo que Sergio García Ramírez denominó un control extenso para la eficacia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos³⁵⁸.

El control de convencionalidad convierte al juez nacional en juez interamericano, al ser un primer momento el auténtico guardián de la Convención, de sus protocolos adicionales y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, salvaguardan el *corpus juris* interamericano, como México ha decidido en su artículo 1º constitucional al recibir el influjo del Derecho

³⁵⁵ Corte IDH, *Caso Rosendo Padilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339.

³⁵⁶ Tesis P.LXVII/2011 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, L. III, diciembre de 2011, p. 535. Reg. IUS. 160,589. Tesis P.LXVIII/2011 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, L. III, diciembre de 2011, p. 551. Reg. IUS. 160,526. Tesis P.LXXI/2011 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, L. III, diciembre de 2011, p. 557. Reg. IUS. 160,480.

³⁵⁷ Voto razonado del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 21.

³⁵⁸ Voto razonado del Juez interamericano Sergio García Ramírez en relación con la sentencia de la Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrs. 4, 12 y 13.

Internacional, aceptando así la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos o inclusive su carácter de supraconstitucionalidad cuando resulten más favorables en la concreción de algún derecho; así que allí el bloque de constitucionalidad queda subsumido en el bloque de convencionalidad en el proceso de recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Ante esa nacionalización constitucionalizada de la postura jurisprudencial interamericana para la práctica judicial doméstica del control de convencionalidad se seguirán tres modalidades de intensidad para su concreción: *a) intensidad baja* interpretar conforme que es a través de la armonización de la normatividad interna con la convencional, a través de una interpretación convencional de la norma nacional; *b) intensidad intermedia* que de no existir una interpretación conforme de la normatividad internacional con la Convención u otros tratados internacionales operará la inaplicación de la norma inconvencional; y *c) intensidad máxima* es el control que realizan las máximas jurisdicciones constitucionales que se trata de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos *erga omnes*, traducida en la declaración general de invalidez por la inconvencionalidad de una norma nacional.

Todo lo anterior deja por sentado claramente que para el cumplimiento de la normatividad convencional, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana los jueces, todos, realizarán el control de convencionalidad sobre interpretaciones de las disposiciones nacionales, incluidas las del texto constitucional³⁵⁹, que de encontrarse en pugna con el *corpus juris* interamericano podrán incluso inaplicarse de manera que no contravengan al bloque de constitucionalidad, para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional; así, como se propone se justifica ejercer un control convencional sobre una norma constitucional, bajo la siguiente ponderación.

Siguiendo la tesis de Alexy sobre la ponderación y su adopción por la jurisprudencia nacional, que sirve de ilustración para el ejercicio de balance de los principios en colisión, bajo el siguiente escenario de articulación:

³⁵⁹ Voto razonado del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *op. cit.*, párr. 61.

"...Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática..."³⁶⁰

Pero a diferencia del análisis propuesto por la tesis transcrita, se confronta una norma constitucional restrictiva –no una ley ordinaria— frente al principio de igualdad previsto en los artículos 1º constitucional (que incorpora expresamente el bloque de constitucionalidad y el metacriterio de interpretación *principio pro persona*) y 24 de la Convención Interamericana sobre Derechos

³⁶⁰ Tesis 1ª.LXVII/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 462. Reg. IUS. 169,209.

Humanos, para demostrar que dicha restricción para nada incide en la importancia de la satisfacción extensiva de la igualdad, por cuanto, la norma restrictiva menor eficacia deberá impulsar, para permitir igualdad en el derecho de acceso a la protección no judicial de los derechos humanos.

Con el objeto de hacer integrativas las disposiciones contradictorias del bloque de constitucionalidad, se somete a evaluación los tres pasos de un escrutinio intenso de la igualdad como principio, porque cuando la libertad de configuración en la creación normativa del legislador como facultad estatal impactan en los derechos fundamentales, se exige un sensible pero esencialmente cuidadoso examen del reclamo de desigualdad, y no hacer laxo el estudio³⁶¹.

a) Determinar si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida. La Constitución en su artículo 1° en efecto prescribe la posibilidad de restringir o suspender garantías de conformidad con los casos y condiciones que ella misma establezca, sin embargo, el carácter excepcional de las limitaciones a los derechos humanos se refiere a un grado de configuración normativa excesivamente acotado, más por dos razones: a) la pertenencia expresa a un bloque de constitucionalidad y b) la procedencia de un escrutinio de igualdad intenso, al verse precisamente afectado un derecho esencial, que tiene por objeto eliminar las prácticas y determinaciones legislativas que sean contrarias o se opongan al nuevo horizonte garantista, dicho así, la restricción constitucional al obstaculizar la igualdad en el acceso a la protección no jurisdiccional de los derechos humanos sobre actos u omisiones de naturaleza administrativa originados en algún órgano del Poder Judicial de la Federación, introduce una limitación sobre un derecho, que al hacerlo reproduce históricamente una condición arbitraria que tiene por objeto anular un elemento indispensable para la protección de las personas en sus derechos y libertades.

Colateralmente es conveniente destacar que el derecho fundamental de acceso y tutela judicial y cuasi-judicial ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que para la satisfacción del acceso a la justicia no basta con la existencia formal de un recurso, sino que los mismos

³⁶¹ Tesis 1ª. CII/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 185. Reg. IUS. 163,766.

deben ser sencillos, rápidos, idóneos y efectivos, es decir, deben ser capaces de producir resultados o respuestas y tener plena eficacia restitutoria ante la violación de derechos alegada³⁶².

En otras palabras no es constitucionalmente válida la finalidad objetiva de excluir del acceso a la tutela de los derechos en tanto auxilio en la regularidad del control del bloque de constitucionalidad los actos de naturaleza administrativa de un Poder Judicial Federal, porque ello hace que la violación reclamada no tenga posibilidad real de revisarse, haciendo ilusoria la protección y plena restitución de los derechos violados, de darse el caso.

b) Análisis de racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador. La medida legislativa no es instrumentalmente adecuada para prescribir una distinción, por varias razones.

- La condición jurídica de desigualdad formal en el acceso a la tutela de los derechos abona a configurar sin limitación de grado, *meta-atribuciones* de un Poder sobre los otros.
- Precede teóricamente una pretensión de corrección ante la ausencia de validez normativa de la norma constitucional expuesta, porque destina a la regresividad y negación de universalidad a los derechos humanos que son el eje de legitimidad del Estado constitucional democrático y validez normativa dentro del nuevo sistema de fuentes denominado bloque de constitucionalidad, ante ese abandono no es siquiera discutible la posibilidad de que la norma constitucional se adecuada con algún fin, que ya ha sido descartado, pues deja a la persona sin posibilidad de ejercer en igualdad de condiciones ante la ley su *contra-poder de protección*.
- La reducción de la igualdad conduce al aseguramiento de una lesión de los derechos y la justificación *a priori* de un Poder aparentemente garantista solamente pretende imponer arbitrariamente una cláusula constitucional que produzca más dolores de cuantos el derecho debiera

³⁶²Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141. Corte IDH, *Caso Baldeón García vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 134. Corte IDH, *Caso Ximenes López vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C No. 139. Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

evitar, centralizando sin freno alguno la dinastía de un sistema violatorio de derechos humanos sin respuestas eficaces.

- La distinción legislativa ignora acriticamente por completo que el sistema de fuentes para los derechos humanos –legislador por el mismo órgano revisor de la Constitución que restringió un derecho—ha contribuido a la universalización de los derechos humanos que está puesto a la luz del examen de una Corte internacional y cuya efectividad es directa, es decir, la satisfacción del principio de igualdad se expresa en la realidad a partir de su interpretación extensiva, cuya garantía le permite justamente proteger el derecho de acceso y tutela judicial y cuasi-judicial a partir de un control de convencionalidad, en el que, la Constitución limita irrazonable e injustificadamente un derecho.

c) Cumplir con la proporcionalidad. La afectación de la igualdad tendría que traducirse en una medida poco gravosa frente a algún derecho que proteja y a partir del cual haya sido necesario implementar la restricción. Para esa razón, es como dice la Corte nacional, necesaria la revisión de todo el texto constitucional³⁶³.

Así que para la disminución del derecho de acceso existiría en el diseño constitucional la justificación de la delimitación competencial de no participación entre la naturaleza de órgano constitucional autónomo y un Poder Judicial Federal respetuoso del sistema federal. Lo cual para nada sucede, porque los organismos no judiciales para la protección de los derechos humanos obedecen a la necesidad de constituirse como un auxiliar de los órganos judiciales, en una protección transversal de los derechos, sin que se entrometa en la revisión de las decisiones judiciales, no obstante, si es revisor de los actos administrativos de los tres poderes en el ámbito local y solo de dos en el ámbito federal, aparentemente porque aún cuando supone el auxilio del Poder Judicial Federal, éste último, no requiere de revisión pues se encuentra por encima de los demás poderes, y por tanto, de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en su calidad de órgano constitucional autónomo, al encontrarse jerárquicamente por encima de ellos, por cuanto es el único intérprete de la Constitución.

³⁶³ Tesis 1ª. CIII/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 184. Reg. IUS. 163,767.

La medida es más gravosa de lo racionalmente aceptable, porque además de erigirse un argumento de autoridad del Antiguo Régimen, el Poder Judicial se atribuye una omnipotencia constitucional, que al examen de la Convención Interamericana de Derechos Humanos se traduce en una arbitrariedad desproporcionada.

Mientras que en el diseño del Poder Judicial Federal, sin restarle importancia a su función de intérprete autorizado del bloque de constitucionalidad, ante la exploración del *principio pro persona*, su auto-validación de actos de naturaleza administrativa sufre de un desbalance, porque limita el derecho de acceso a la protección en franco ataque a los valores democráticos que supone una estructura institucional diseñada para maximizar los derechos humanos, y no, complejizar o limitar la razón de ser de dicho Poder, esto es, la extracción de su protección.

Es de precisarse que ni siquiera la interpretación conforme a la Constitución aplicada en *sentido fuerte*, entendida como la deducibilidad que es como una puerta abierta para la creación de un sistema internacional de reconocimiento y protección de los derechos humanos basado en criterios mínimos comunes, conduce a entender esa conformidad justamente en un sentido más fuerte, e incluso, como una verdadera pauta o directiva de segundo grado para justificar la selección de un significado entre los varios posibles de un enunciado (constitucional)³⁶⁴, pero dada la literalidad de exclusión en el acceso a la tutela no judicial de los derechos, dicho criterio no aplica en esta posición aun ni en el intento de guardar coherencia interior de la Constitución y en consonancia con el bloque de constitucionalidad, por esa razón queda descartada.

De manera que en aplicación del meta-criterio interpretativo (*principio pro persona*) que penetra horizontalmente a todo el bloque de constitucionalidad y es entendido de forma laxa como:

“...criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la

³⁶⁴Ezquiaga, Javier, “La interpretación de los derechos humanos de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales. El nuevo artículo 1° de la Constitución mexicana”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, num. 32, 2011, pp. 205 y 206.

interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria...”³⁶⁵

Bajo ese prisma contextual el impulso de pretensión de corrección de una norma constitucional que establece una restricción permanente de desigualdad en el acceso a la protección de los derechos fundamentales, cumple con la posibilidad real de preferir una interpretación que más optimice el derecho de acceso de tutela de los derechos fundamentales en igualdad de condiciones ante la ley, al tener la decisión argumentativamente racional para extender con mayor eficacia en un derecho que redunde en la protección de otros derechos fundamentales.

Por tal exposición y de conformidad a la jurisprudencia interamericana sobre la operatividad y modalidad de aplicación del control de la convencionalidad es procedente aplicar un grado intermedio de control, que se traduce en la inaplicación de la norma constitucional contraria a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, concretamente en la última prescripción del párrafo primero, apartado B del artículo 102 constitucional³⁶⁶, en donde se exceptúa privilegiadamente la revisión de los actos u omisiones de naturaleza administrativa a cargo del Poder Judicial de la Federación, con la salvedad de la última frase “que violen esos derechos”.

Esa posición de interpretación bajo el *principio pro persona* cumple con los dos requisitos del control de convencionalidad: *a)* procederá de oficio sin necesidad de que las partes lo soliciten, de modo que cualquier juez del Estado mexicano podrá en el caso concreto aplicar dicho criterio para la regularidad convencional, y *b)* debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y

³⁶⁵Pinto, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en Abregú, Martín y Courtis, Christian (coords.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ed. Puerto, 1997, p. 163.

³⁶⁶ **Artículo 102. ... “B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas contra actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen esos derechos** (Con negrita se destaca la prescripción interpretada para su inaplicación, por constituir desigualdad en el acceso a la tutela no judicial especializada para la protección de los derechos humanos).

procedencia de la sede doméstica; dicho requisitos se satisface desde dos ópticas, en primer lugar, el Estado mexicano recientemente adoptó vía interpretación la competencia y regulación procesal sobre el control de convencionalidad *ex officio* dentro de un modelo de control difuso del bloque de constitucionalidad³⁶⁷ y en segundo lugar, se agotó la posibilidad de graduar la intensidad baja para optar por armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una interpretación convencional de la norma nacional suprema, pero no fue posible por el hecho de ir en contra de la prevalencia de la norma más favorable a la persona humana y además que la misma Corte Nacional también incorporó la reglas de los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de la sede doméstica, para que en el último de los casos opere la inaplicación de la norma³⁶⁸, como sucede en el particular, haciendo expansivo un verdadero parámetro de control para los derechos humanos.

Teniendo eco un poco en lo que el Tribunal Constitucional español prescribió sobre la igualdad ante la ley, al explicar que cuando la norma distingue de forma irrazonable y arbitraria un supuesto de hecho específico, al que anuda consecuencias jurídicas determinadas³⁶⁹. En tal caso, la norma trata de forma distinta situaciones iguales y crea, sin fundamento fáctico suficiente, un supuesto diferente, lo que supone una violación al principio de igualdad.

d) La colisión de principios: igualdad *versus* seguridad pública.

En este apartado es conveniente dar por descritas las bases de los siguientes temas: especificidad de la interpretación convencional desde el diseño axiológico-normativo, el concepto del bloque de constitucionalidad y su reciente incorporación al sistema de fuentes del derecho mexicano, la justificación del escrutinio intenso de una norma aunque sea constitucional, la incorporación del meta-criterio de interpretación del *principio pro persona*, la obligatoriedad de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la interpretación como eje de actuación del Estado mexicano que de dicho instrumento internacional hace la Corte Interamericana de los Derechos

³⁶⁷ Tesis P.LXVIII/2011 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, L. III, diciembre de 2011, p. 535.Reg. IUS. 160,589.

³⁶⁸ Tesis P.LXIX/2011 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, L. III, diciembre de 2011, p. 552. Reg. IUS 160, 525.

³⁶⁹ *SCT 73/1989*, 20 de abril de 1989.

Humanos y el control de convencionalidad, su justificación, operatividad y modalidades de aplicación.

Teniendo ese arsenal teórico listo, lo esencial es tomar en consideración que la colisión de principios se genera entre los artículos 1º constitucional (igualdad), 17 constitucional segundo párrafo (tutela judicial efectiva), 24 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (igualdad), 25.1 de la misma Convención (garantías judiciales) y 25.2 inciso c) del mismo instrumento internacional (tutela judicial efectiva) contra el artículo 123, apartado B, fracción XIII constitucional³⁷⁰ que intenta garantizar el bien constitucionalmente protegido de la seguridad pública, que también siendo parte del bloque de constitucionalidad vulnera los derechos con que se confronta bajo los siguientes enfoques argumentativos.

Argumento a) La igualdad condición de la paz. En una conjugación de las reflexiones de Ferrajoli se advierte por un lado, la propuesta de que la paz constituya un criterio axiológico dentro de su teoría para fundamentar *cuales derechos deben ser* fundamentales y tiene su razonamiento en que el derecho es un instrumento de paz que el humano crea artificialmente como garantía de preservación y no considerarlo de esa manera solo produciría efectos destructivos contra el derecho; por el otro lado, la concreción filosófica de que el derecho también se traduce en instrumento de reducción del dolor; conducen a reflejar la idea de que para la eficacia de los derechos fundamentales –o su fundamento—es necesario el establecimiento armonioso de una convivencia pacífica, esto es, asegurar una seguridad pública que como función constitucionalmente tutelada sea condición anterior para la protección de los derechos.

³⁷⁰ **Artículo 123.** *Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.*

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

B. *Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores:*

XIII. *Los agente del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido”.*

Sin embargo, ese razonamiento es parcialmente convincente. En efecto, la seguridad pública categorizada como bien constitucionalmente protegido es una condición —en tanto función estatal—para que los derechos se vean protegidos, pero es precondition para su objetivo de paz la relevancia que la igualdad debe impregnar sobre los derechos fundamentales. Se trata de que los intereses más vitales a los que todo individuo debe tener acceso no sean relativizados por alguna distinción, sino que la protección de los derechos está instaurada para irradiarse a la población en general, hacer lo contrario, es ahogar a la paz misma; en un enfoque de dinámica regresiva, al tutelar la paz para todos, pero la igualdad para algunos.

Dworkin ha expuesto que la igualdad es el principio fundante de todos los derechos³⁷¹. Porque lo que convierte en fundamental un derecho, en términos valorativos y teóricos, es el hecho de proteger intereses o necesidades que pueden ser generalizables, a diferencia de los privilegios, cuya estructura es tendencialmente selectiva y excluyente³⁷². El anglo filósofo continúa exponiendo sobre los alcances que se le puede dar a la cláusula de igual protección (o de igual trato):

“...La cláusula de la igual protección no resulta violada cuando algún grupo ha sido derrotado en una decisión importante de acuerdo a los méritos de su posición o a través de la política, sino cuando, la derrota es un efecto de su especial vulnerabilidad al prejuicio, la hostilidad o los estereotipos y su consecuente situación disminuida —su ciudadanía de segunda clase—en la comunidad política. La cláusula mencionada no garantiza a cada ciudadano que vaya a beneficiarse de igual modo con cada decisión política; sólo le garantiza que va a ser tratado como un igual —con igualdad de consideración y respeto—en el proceso político y las deliberaciones que producen dichas consecuencias...”³⁷³

Resulta sin duda que ante la perseverancia —discriminatoria—de incorporar en la norma constitucional la función de seguridad pública como elemento nugatorio de un grupo (policías, ministerios públicos y peritos) que históricamente ha sido objeto de prejuicios y hostilidad ciudadana, lo único que

³⁷¹Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Ed. Paidós, 2003, p. 34.

³⁷²Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid, Ed. Trotta, 2009, pp. 37 y 38.

³⁷³Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, *op. cit.*, p. 451.

logra en lugar de garantizar la paz, es jurídicamente introducir una diferencia de impacto ineficaz para vulnerar la igualdad de trato y protección de sus derechos. Sobre la persistencia de reformar en ese sentido discriminatorio la norma constitucional, véase otra parte de la exposición de motivos:

La intención de contar con agentes ministeriales y policías eficientes, honestos y confiables, que puedan combatir de forma profesional, ética y efectiva la delincuencia, es una preocupación que dio origen a la reforma al artículo 123 constitucional de fecha 3 de marzo de 1999. En esa ocasión el constituyente pretendió incorporar mecanismos más eficientes para separar de la función a los elementos que, por cualquier circunstancia, se apartaran de los principios rectores de la carrera policial. Al efecto, se señaló que: "...Los buenos elementos de las instituciones policiales y de seguridad pública deben contar con sistemas que les permitan hacer una *carrera profesional, digna y reconocida por la sociedad*. Sin embargo estos sistemas deben también permitir a las autoridades separar oportunamente a los elementos que abusen de su posición y, corrompan las instituciones..."

Lo anterior buscaba remover de las instituciones de seguridad pública y de procuración de justicia a los malos elementos, *sin que procediese su reinstalación*, cualquiera que hubiera sido el sentido de la resolución jurisdiccional respecto del juicio o medio de defensa promovido y, en caso de que aquélla resultara favorable para los quejosos, sólo tendrían derecho a una indemnización.

Sin embargo, posteriormente diversos criterios judiciales permitieron, de hecho, la reinstalación de dichos elementos a sus cargos. Ello debido a que, las sentencias de amparo, aún y cuando sean sólo para efectos, producen como consecuencia que las cosas regresen al estado en que se encontraban y, por consecuencia, a que el mal servidor público permanezca en la institución.

Ante ello, la intención de la presente reforma a la fracción XIII del Apartado B, del artículo 123, es determinar que en caso de incumplir con las leyes que establezcan las reglas de permanencia o al incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones, los agentes del ministerio público, los peritos, y los miembros de las instituciones policiales de la federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios serán separados o removidos de su cargo sin que proceda, bajo ningún supuesto, la reinstalación o restitución en sus cargos. *Esto es, que aún y cuando el servidor público interponga un medio de defensa en contra de su remoción, cese o separación, y lograra obtener una sentencia favorable, tanto por vicios en el procedimiento que propicien la*

reposición del procedimiento como por una resolución de fondo, el Estado podrá no reinstalarlo. En cambio, en tales supuestos, sí estará obligado a resarcir al afectado con una indemnización.

Se ha considerado importante incluir a los agentes del ministerio público y peritos en ésta previsión constitucional, en la medida que son elementos fundamentales en el proceso de procuración de justicia e investigación y se requiere mantener su desempeño en los principios de profesionalismo, la ética y eficiencia plena en sus ámbitos laborales. La confiabilidad de los dictámenes periciales constituye un elemento trascendental para las resoluciones del órgano jurisdiccional en su ámbito de competencia, y en su caso, le permite a la autoridad ministerial perfeccionar la integración de las indagatorias para una mejor persecución de delitos, en tanto que a la persona imputada le otorga mayores mecanismos de defensa ante una posible imputación infundada.

Por todo lo anterior, se propone hacer aplicable a los servicios periciales, los cuales ya cuentan con la motivación de un servicio de carrera, el régimen constitucional previsto para ministerios públicos y policías, en cuanto a los sistemas de separación, cese o remoción.

Como medida de combate a la corrupción en las instituciones policiales y de procuración de justicia, la reforma es contundente al señalar que elementos que han incurrido en incumplimiento o falta grave prevista en sus ordenamientos disciplinarios o laborales, no podrán ser restituidos en sus cargos por significar una falta a los valores institucionales de rectitud y alto valor ético que se requiere en el sistema de seguridad pública e impartición de justicia, que es pieza fundamental en el espíritu de la reforma.

Como podrá observarse, esta reforma propicia un sano equilibrio entre, por un lado, la necesidad de mantener un servicio de carrera, necesario para motivar al personal a tener una expectativa de profesionalización y crecimiento y, por el otro, el imperativo de contar con mecanismos eficientes de depuración de los elementos que se apartan de los principios de ética y ensucian y dañan a las instituciones.

Entonces la paz como fin perseguido a través de la función constitucionalmente tutelada de la seguridad pública no es alcanzable sin conceder preexistencia al principio de igualdad, porque así el grupo encargado de tutelar ese bien constitucional al ser disminuido a una segunda categoría – como categoriza esa situación Pisarello—no tendría garantía de igual satisfacción a las necesidades básicas de dignidad, libertad, seguridad y

diversidad, porque aun de manera injustificada –constitucionalmente hablando—serán tratados sin igualdad.

Argumento b) El sesgo legislativo. La discriminación constituye en sí una conducta enraizada en la *cognición social* de la que es objetivamente difícil no ser sujeto en un cuerpo colegiado que legisla, pues se origina cuando la sensación de seguridad atraviesa para obtener un sentido de pertenencia y desde entonces se desarrolla un proceso de categorización social en el que con normalidad se preenjuician los grupos del interior al exterior y viceversa.

Esa complejidad en la dinámica productora de regulaciones jurídicas aunque es común, resulta arbitraria, acrítica, de potencial tensión y rebanadora de la realidad, sin embargo, lo complicado es dar cuenta en qué momento la categorización ha sido incluida a la norma jurídica, y ese escalón de análisis es casi imperceptible. Porque los sistemas categoriales responden a dos funciones culturales simultáneas: *a)* promover la cohesión del grupo y *b)* de la anterior se deriva la imposición de estructuras ideológicas que sirven para dominar a otros grupos; un grupo que en la escala más amplia es el encargado de legislar.

De ese modo, la exclusión creada jurídicamente al encontrarse en el proceso cognitivo de la categorización social tienen una activación automática sobre su validez, es decir, los estereotipos culturales no fueron vistos críticamente al crear la norma constitucional, simplemente el órgano revisor de la Constitución activó conjunta y deliberadamente una serie de creencias personales y categorizaciones grupales sin más razón que las prácticas mentales en las que confían ciegamente.

El punto medular de conceder toda oportunidad a la Constitución de que obligatoriamente un elemento (policía, ministerio público o perito) que sea removido por supuesta responsabilidad en el desempeño de sus funciones para la seguridad pública no pueda ser reinstalado en su trabajo, aunque la razón haya sido injustificada, es el resultado de una conducta legislativa que excluye constitucionalmente a un grupo de individuos, porque tiene vacíos de análisis sustentados en la mera subjetividad y racionalidad limitada.

Esa racionalidad limitada es producto del uso cotidiano de las reglas del razonamiento que son llamadas heurísticos, y no son otra cosa que reglas aprendidas durante la vida e implementadas para predecir o estimar una

probable mejor solución, sin embargo, el propio desgaste evolutivo de los contenidos de esos heurísticos, lo único que producen es sesgar la interpretación de la información y se cometen errores, tales como constitucionalizar una diferencia que se dirige hacia una categoría sospechosa, dando completa invalidez al mandato antidiscriminatorio del artículo 1º constitucional.

Un grupo a quien se le encomienda la seguridad pública del país, sencillamente es excluido en la protección de su derecho a reinstalarse cuando la causa de su remoción, baja o cese sea injustificada, todo por un juego de sesgos que al Constituyente le impidió ser racional.

Argumento c) La discriminación constitucional. Por coyunturas políticas y avatares decisorios del poder ejecutivo se ha permitido una reforma constitucional que elimina el principio de igualdad a un grupo culturalmente desfavorecido cuyo trato diferenciado ha sido aparentemente aprobado y promovido para que paralelamente se dé eficacia a la función de seguridad pública a cargo del Estado. Sin embargo se pierde de vista que esa discriminación al interior del texto constitucional significa una forma de opresión normativa inaceptable porque extiende su dominio con efecto irónico a la prescripción de una conducta virtualmente legítima que desprecia y excluye la precondition de un derecho humano, su efectiva reclamación judicial.

Se le aúna un estigma de inferioridad a los policías, ministerios públicos y peritos que se encuentren en la condición impuesta de negación a su reinstalación labora de manera injustificada al minusvalorar –dada su condición de desigualdad—una idea identitaria de que la conciencia para la convivencia armónica y pacífica está escrita en una Constitución que tiende no equivocarse en las decisiones más importantes para el país y su destino es depositar normativamente prácticas discriminatorias en el poder público.

Y como es evidente esa involución constitucional causa un daño a sus destinatarios normativos a través de la mutación jurídico-conductual de las variables estructurales que definen a partir de cuando es viable estigmatizar a un grupo específico. Es dramáticamente escénico como la reasignación de valores desde una Constitución –como sucede en la mexicana—reproduce sistémica y validamente la exclusión para anular el acceso a bienes como la igualdad, libertad y acceso a la tutela judicial, en un Estado democrático

constitucional, pareciendo con todo ello, que justamente la Constitución se degrada a sí misma, normativamente hablando.

Ha sido la misma Corte que durante soluciones enmarcadas en ese contorno de interpretación constitucional³⁷⁴ ha reiterado el componente estructural de diferenciación opresiva en su modalidad de imperialismo cultural en términos de Young. Pero para dar coherencia identitaria al discurso de los derechos fundamentales de nuestro Tribunal Constitucional, debe consentirse que así sea el mismo texto constitucional, al momento de examinar al principio de igualdad el legislador se ve restringido al utilizar un criterio diferenciador que sea de los expresamente prohibidos en el artículo 1° de la propia Carta Magna, porque ello arbitrariamente incide en el ejercicio de los derechos que se les reconocen —a menos que se trate de una acción afirmativa—y en todo caso el canon para la exigencia de proporcionalidad deberá ser mucho más riguroso en contraste con la finalidad perseguida. Siendo sin duda alguna que la intención normativa es extender la garantía al principio de igualdad cuando explícitamente el uso de un criterio clasificatorio someta a la vulneración, lesividad o regresividad a los derechos humanos³⁷⁵.

La discriminación constitucionalizada es incongruente, satírica y teóricamente inaceptable. Es por ello que a través de un esfuerzo de interpretación convencional se intenta reivindicar la protección a un tejido social para el que les es indispensable contar con el acceso a los bienes y valores de modo verdaderamente incluyente; cimentando progresivamente una vertebración de un orden social en clave de igualdad, para evitar —incluso desde una política pública— que la fragmentación de un grupo sea efecto causal por las prácticas discriminatorias autorizadas en la Constitución

³⁷⁴ Véanse Tesis 2ª./J.102/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, julio de 2010, p. 309. Reg. IUS. 164,226. Tesis 2ª./J.103/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, julio de 2010, p. 310. Reg. IUS. 164,225. Y recientemente: Tesis XVIII.4º.2ª (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, L. I, octubre de 2011, p. 1657. Reg. IUS. 160,820. Tesis 2ª./J.119/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 412. Reg. IUS. 161,183. Tesis 2ª LXX/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 530. Reg. IUS. 161,185.

³⁷⁵ Véanse Tesis 2ª.LXXXVI/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 439. Reg. IUS. 169,490. Tesis 1a./J.37/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 175. Reg. IUS. 169,877.

desencadenen el irrazonable incremento de la brecha entre los incluidos con y excluidos por el sistema de derechos.

Se trata de una discriminación enteramente detestable desde el punto de vista moral porque ni siquiera media entre sus razones algún postulado de la teoría de la virtud moral, pero más aun, es inaceptable jurídicamente por la insuficiencia racional de ignorar hasta dónde es posible que imperen los límites a la igualdad. Es la reproducción categorizada de modo poco razonable que oculta que la patología cultural ha invadido la norma más preciada del sistema jurídico mexicano, es una discriminación encubierta por la norma constitucional porque goza *per se* de la presunción de validez. Aunque la discriminación haya encontrado razón en ubicar a los tratados desigual (agentes del ministerio público, policías y peritos) porque su comportamiento medio indica una tendencia hacia la corrupción, lo único que hace es despersonalizarlos de sus derechos y es allí justamente, que lo que convierte en inadmisibles la regulación constitucional de la discriminación más que por sus razones (prejuicios) son los efectos que la acción validada de discriminación causa a la persona³⁷⁶.

Argumento d) Ineficacia jurisdiccional impuesta. Los derechos se han encontrado en un proceso de desvinculación de la ley porque en ella no encontraron una verdadera protección, acudiendo para remediar su ineficacia a las fuentes superiores del ordenamiento del Estado –hoy en día al bloque de constitucionalidad—siendo en sede judicial que el relanzamiento del control de la regularidad constitucional (o convencional) tuvo como resultado que las normas constitucionales adquirieran significado y desarrollo evolutivo.

La justicia constitucional trazó una dimensión en que la Constitución es interpretada con un enfoque normativo que es determinante para la aplicación y protección de los derechos humanos, constituyendo pieza clave indiscutible en el Estado constitucional democrático. Retrato que ha devenido de un largo recorrido de rigurosidad y profundidad en la solución de las controversias que han impactado trascendentalmente a México, al fijar los alcances de un derecho en la Constitución.

Así que la importancia de la jurisdicción constitucional y ahora convencional es irrefutable, porque son los operadores jurídicos quienes

³⁷⁶ Véase Puyol, Ángel, “¿Qué hay de malo en la discriminación?”, *Isonomía*, Alicante, núm. 29, 2006, pp. 77-91.

asumen el rol de dar vigencia a la democracia y efectividad a los derechos fundamentales –dice Brewer-Carías—produciendo el desarrollo de un nuevo enfoque hacia la progresividad de los derechos, el interés en la protección de los ciudadanos, la aplicación directa de principios y valores constitucionales y la defensa irrestricta de la Constitución.

Pero la problemática se origina alrededor del mandato constitucional que asigna ineficacia a las resoluciones judiciales³⁷⁷, es decir, la función del garante último de la Constitución está afectada por el concentrado impedimento constitucional de la reducción gradual hasta la determinante desaparición de la posibilidad de ejecución producto de sus mandatos para aquellos justiciables que exijan sus garantías en igualdad de protección legal al reclamar la invalidez del artículo 123, apartado B, fracción XIII constitucional.

Si a la Corte se le disminuye –aun constitucionalmente—eficacia a sus resoluciones es claro que el efecto provocado es un freno ante el cual el sistema de gobierno solo impide la transformación social en lugar de promover la racionalización en la solución de los conflictos. Con esas limitaciones se aleja al Poder Judicial de su permanencia en la defensa integral del bloque de constitucionalidad y consecuentemente construye ante sus ojos un efecto de parcialidad dentro del control convencional o constitucional que debiera ejercer para reflejar que la serie de criterios emitidos para la protección de los derechos ha sido una búsqueda sin objeto aparente o su objeto ha estado rodeado de una fisonomía claramente desintegrada.

Todas esas afirmaciones incitan a desnaturalizar la capacidad expansiva de protección de los derechos humanos, porque además de que se vulnera el principio de igualdad hay una absoluta negación a la tutela judicial y efectividad de las garantías judiciales (previstas en el artículo 17 constitucional segundo párrafo, así como los numerales 24, 25.1 y 25.2 de la Convención

³⁷⁷ Se ve incluso en la exposición de motivos transcrita *supra* que en lo medular indica: “...Lo anterior buscaba remover de las instituciones de seguridad pública y de procuración de justicia a los malos elementos, sin que procediese su reinstalación, *cualquiera que hubiera sido el sentido de la resolución jurisdiccional respecto del juicio o medio de defensa promovido y, en caso de que aquélla resultara favorable para los quejosos, sólo tendrían derecho a una indemnización. [...] Sin embargo, posteriormente diversos criterios judiciales permitieron, de hecho, la reinstalación de dichos elementos a sus cargos. Ello debido a que, las sentencias de amparo, aún y cuando sean sólo para efectos, producen como consecuencia que las cosas regresen al estado en que se encontraban y, por consecuencia, a que el mal servidor público permanezca en la institución...*” (La cursiva es nuestra).

Interamericana sobre Derechos Humanos). Dejando sin importancia la interpretación hecha por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que para la satisfacción del acceso a la justicia no basta con la existencia formal de un recurso, sino que los mismos deben ser sencillos, rápidos, idóneos y efectivos, es decir, deben ser capaces de producir resultados o respuestas y tener plena eficacia restitutoria ante la violación de derechos alegada; interpretación supranacional que vincula al Estado mexicano en su calidad de bloque de constitucionalidad.

Todo ello además de lesionar varios derechos humanos pone bajo sospecha que el Poder Judicial de la Federación se encuentre imposibilitado para que bajo su amparo y función de garante sirva para lograr un equilibrio y estabilidad con propósitos para coadyuvar en el desarrollo democrático del país, o sea que, el Tribunal Constitucional ha sido auténtica y constitucionalmente minimizado sobre su actividad en la determinación normativa, que es su tarea más relevante al colmar de contenido los principios del nuevo paradigma democrático. Lo lamentable es que se ciñe a un modelo de dominación política propio del Antiguo Régimen.

Argumento e) La in-división de poderes. Desprendido del argumento anterior, basta indicar que al Tribunal Constitucional además de restarle legitimidad, subyacentemente se produjo una invasión a su esfera de actuación, con lo cual, la división de poderes se establece a través de un espejismo meramente normativo.

No es fácil idear la ocurrencia de una invasión constitucional de la preeminencia de un poder sobre otro, menos cuando ello implique la lesión a los derechos fundamentales o la violación al mandato antidiscriminatorio. Porque la conexión lógica indica que el principio de la separación de poderes tiene por obviedad dos impulsos de fuerza normativa fundamentales: *a)* el respeto a la libertad de configuración normativa con que cuenta el Congreso y el Ejecutivo en el marco de sus atribuciones y *b)* que la severidad del control judicial tiene inversa proporción a ese grado de libertad de configuración, pues es la Corte el órgano que en ningún momento renunciará —ni verá reducido—la

efectividad del control judicial que despliegue (excepto en materia económica o tributaria)³⁷⁸.

La discusión que *a priori* se considera innecesaria se hace prioritaria cuando los efectos del presidencialismo³⁷⁹ –interpretado así por tratarse del poder que presentó y argumento en ese sentido la iniciativa—se tornan en un vuelco que hacía años parecía haberse superado, cuando la Constitución mexicana era vista como producto de un fenómeno político, conveniente para mantener al entonces régimen político dominante³⁸⁰.

Ello además de lesionar gravemente el diseño institucional y el fundamento en que descansa la funcionalidad del Tribunal Constitucional, se empeña en arraigar una cultura constitucional de sumisión, desequilibrio y de alteración en perjuicio de la protección de los derechos fundamentales, que desorientan todo intento garantista por determinar teóricamente la fuerza cualitativa que realmente un bloque de constitucionalidad está destinado a desempeñar como eje central para significar la legitimidad desde los fines y estructura del Estado y por si esa invasión operativa e indispensable como prerequisite democrático no fuera suficiente, hay un riesgo fundado de que con esa constitucionalización que demerita al poder que le protege, se violente la cláusula federal contenida en el artículo 28.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Porque la tiranía de la mayoría ha rebasado a la Constitución al grado de que el poder revisor de su modificación, impuso un sistema invasivo a la separación de poderes, asegurando que el Estado mexicano sigue respondiendo a contingencias políticas elevadas con mayor importancia que la evolución histórica del reclamo de los derechos humanos.

Argumento f) La igualdad y su parámetro comparativo. La Corte ha diseminado la interpretación de que la igualdad no es una realidad matemática e inflexible dado que cada contexto de realidad es distinto, y la idealización de igualdad está precedida por un espacio relacional y no una cualidad intrínseca, pues surge del resultado de la comparación entre dos personas, objetos o

³⁷⁸ Tesis 1ª./J.84/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, noviembre de 2006, p. 29. Reg. IUS. 173,957.

³⁷⁹ Valadés, Diego, "Problemas y perspectivas del sistema presidencial mexicano" en Ellis, Andrew, Orozco Enríquez, Jesús y Zovatto, Daniel (coords.), *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial*, México, Ed. IJ-UNAM, 2009, pp. 429-475.

³⁸⁰ Cossío, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Ed. Distribuciones Fontamara, 1998, p. 69.

situaciones, de cuya pluralidad de juicios y escrutinio sobre la razonabilidad del trato diferente se determinará si la norma es arbitraria³⁸¹.

Resultando que sobre ese ejercicio ponderativo la norma constitucional es arbitraria, incluso en su contexto relacional. La norma constitucional conlleva una categoría o clase sospechosa —como lo ha definido la Corte Norteamericana—esto significa que lleva una carga de discapacidades, o está sujeta a una historia de tratamiento desigual intencional o es relegada a una posición de debilidad política como para dirigir una protección extraordinaria por parte del proceso político mayoritario, y por esa categorización de marginación debe ser sometida también a un escrutinio intenso. Eso implica como se ha visto antes, que debe ser rechazada por violar la cláusula de igual protección a menos que puede demostrarse que las desventajas mencionadas resultan esenciales para proteger algún interés gubernamental concluyente, cuya negación se advierte en su interpretación.

Al pilotear entre las ideas de Rubio Llorente y Laporta, se encuentra que al principio de igualdad en su contexto abierto no admite diferenciar sobre un listado de rasgos relevantes. Para ello toman en consideración los siguientes criterios: *a*) principio de satisfacción de necesidad, *b*) principio de retribución de merecimientos, *c*) principio de reconocimiento de aptitudes y *d*) principio de consideración de estatus. De la apreciación teórica resulta que la negación de reinstalar a un agente del ministerio público, policía o perito sin causa justificada no tiene alguna consideración fundamentada en los criterios citados, ya porque la disminución de su protección está sujeta solamente a la aplicación de discriminación prescrita en el texto constitucional, sin cumplir con racionalidad ni proporcionalidad.

El núcleo legítimo de los derechos ha sido franqueado en llana desprotección como exclusión de otros derechos, inmunizando la zona constitucional al abandono de una absoluta e ilimitada cláusula de desigualdad, en esa medida, la igualdad adquiere los siguientes adjetivos: es una ficción, está amputada y refuerza su mitificación.

Desde el aspecto enteramente objetivo del contenido axiológico-normativo de la Constitución se encuentra precisamente la decadencia de una

³⁸¹ Tesis 1ª.CXXXVIII/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, noviembre de 2005, p. 40. Reg. IUS. 176,705.

medida legislativa que es incapaz de superar dos aspectos: *a)* la justificación razonable de que su finalidad sea constitucionalmente proporcional y *b)* que desde un contexto relacional es endeble, porque establece la inferioridad de un grupo de personas frente a todas las demás; regularmente cualquier medida legislativa o administrativa sujeta a un escrutinio estricto nunca supera la supuesta capacidad de alcance que se le encomienda³⁸².

Así es que el incremento de amenaza a la igualdad en la Constitución no permite garantizar los derechos en serio —por utilizar una expresión de Dworkin— porque la esencia de los derechos se ven en retroceso ante una evidente desatención y grosera reducción de los valores y principios constitucionales que son la pauta para la aplicación del derecho.

La desigualdad cobra incoherencia de alto costo al plano constitucional que sugiere sin consigna desterrar aquellas vulneraciones que pueda seguir provocando. Ese derecho de toda persona, de todo agente del ministerio público, policía o perito a *ser tratado igual*³⁸³ tiene el propósito de recibir la misma consideración y respeto por la ley. El mencionado estándar implica que sus derechos humanos sean tratados tan extensamente y con tanta seriedad como los derechos de cualquier otra persona, más cuando los criterios de distinción no hallan justificación relacional ni de validación para otros fines.

El importe de la desventaja normativa acaba por sabotear la célula jurídica de germinación de todo el caudal jurídico, renunciando a la construcción de algún modelo social más libre, igualitario y justo. La pérdida de la igualdad tanto desde su formulación comparativa (con otros individuos que sí tienen derecho) como desde el enfoque preferencial no proporcional no beneficia o asegura que la función de seguridad pública logre su objetivo, pero sí, sin duda alguna genera tensiones sociales innecesarias.

Desconocer hacia dónde debería dirigirse la Constitución mexicana es confirmar la tesis de la involución. La prolongación de desventajas y producción de una predominada incongruencia entre lo que la Carta Magna garantiza y lo que prohíbe garantizar, aún garantizada la igualdad, es inadecuadamente inequitativo, porque convierte la cláusula de igual protección de estatus constitucional en una noción intolerante, ahistórica y trasgresora de un discurso

³⁸²Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, op. cit., p. 453.

³⁸³Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Ed. Ariel Derecho, 2009, pp. 332-348.

incluyente, que ha sido permanente para la legitimidad del poder público y justificable funcionalmente para que los derechos sean efectivamente revalorizados en su dimensión de emanación democrática.

Argumento g) Dignidad humana y no discriminación. La dignidad humana es para Häberle un residuo indubitado, como último reducto para los tiempos de crisis, porque es desde su composición teórica que encuentra resultado para equilibrar las relaciones de poder y mejorar las condiciones de vida de las personas. Es reflejo tanto de los principios éticos y morales de autonomía y justicia por los cuales una Constitución existe, como los de autorrealización y vida proyectada conscientemente como derechos fundamentales, dice Habermas.

La Corte mexicana ha expresado³⁸⁴ que por mandato constitucional no habrá de prevalecer la discriminación por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana, porque a esta de conformidad con los estándares internacionales se le atribuye un valor superior, es decir, la dignidad debe ser protegida por su calidad de derecho absolutamente fundamental, al ser base y condición de todos los demás derechos, pues sin esa categoría protectora sería prácticamente imposible el desarrollo eficaz de otros derechos o libertades, y solo a través de su respeto no se vulneraría al ser humano en su dignidad.

Lo anterior casualmente o no, está abrigado por la tesis de Habermas en el sentido de que justamente la postura actual —que incluso deriva de la filosofía kantiana— sostiene que el concepto de dignidad humana no es una expresión clasificatoria vacía, sino que, por el contrario es la fuente de la que derivan todos los derechos básicos (en la experiencia concreta de violaciones a la dignidad humana), además de ser la clave para sustentar la indivisibilidad de todas las categorías (o generaciones) de los derechos humanos; lo cual demuestra cómo la idea de dignidad humana sirve como un “*portal*” a través del cual la sustancia igualitaria y universalista de la moral se traslada al derecho.

Es entonces notorio que de la funcionalidad legítima de la dignidad humana depende la travesía garantista de prácticamente todos los derechos,

³⁸⁴ Tesis P. LXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 8. Reg. IUS. 165,813.

aunado a la preconcepción de que al estar derecho fundamental de tutela judicial efectiva y la garantía de la división de poderes en entredicho, prevalecerá bajo circunstancias razonables la sustancia igualitaria que teje horizontalmente en mutua interacción para beneficio de la persona en sociedad.

Es obvio que hablar de dignidad humana desde un enfoque jurídico o filosófico es generosamente extenso, sin embargo, no queda cuestionamiento de que el despliegue que conlleva el respeto a la dignidad humana no tendrá como finalidad expresar una concreción cristalizada en la Constitución que dañe la sustancia igualitaria de todos los derechos humanos. La proyección de los derechos desde la dimensión global del respeto a la dignidad humana pone correctamente sobre la mesa el sentido de para qué sirve una Constitución.

El misionero institucional para velar por el núcleo esencial del bloque de constitucionalidad es el Tribunal Constitucional, como vasallo protagónico en que los derechos se vean verdaderamente convalidados en una realidad de la que parece ajena el texto constitucional, ante esta discriminación nociva para la dignidad humana.

La guardia de los derechos fundamentales conferida a los jueces constitucionales no solamente es inspiradora, sino también específicamente impiden la parálisis del desarrollo democrático de la sociedad, cuya preeminencia es tan importante en la depuración proporcional y razonable de normas que limiten la optimización de principios tan preciados en el constitucionalismo moderno como lo son la igualdad y la dignidad humana, así como su más alto grado de correlación que transversalmente impone la validez normativa.

Interpretación (propuesta) desde un control convencional. Utilizando la misma metodología del ejercicio previo, en que se confronta la validez normativa –desde la dimensión teórica actual del derecho, teniendo como eje la eficacia y progresividad de los derechos fundamentales—de un artículo constitucional (123, apartado B, fracción XIII) con derechos consagrados en el bloque de constitucionalidad, concretamente 1º constitucional (igualdad y dignidad humana), 17 constitucional segundo párrafo (tutela judicial efectiva), 24 (igualdad), 25.1 (garantías judiciales), 25.2 inciso c) (tutela judicial efectiva) y 28.2 (cláusula federal) todos de la Convención Interamericana sobre

Derechos Humanos, con el objeto de demostrar que la discriminación constitucionalizada desnaturaliza el contenido de otros derechos y peor aún niega completamente su eficacia.

En ese sentido, se somete a un escrutinio intenso el artículo repudiado de discriminatorio bajo la modalidad interpretativa de la ponderación y posteriormente el sentido o limitación de interpretación más favorable para la persona sobre esa norma.

a) Determinar si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida. La finalidad que constitucionalmente si tiene sustento es la función de seguridad pública garantizada para todos los habitantes del territorio mexicano, sin embargo, la distinción legislativa no obedece objetivamente para hacer prevalecer esa distinción, pues la conducción del derecho como instrumento de paz artificialmente creado para garantizar su preservación y desarrollo convivencial armónico en sociedad se ve peligrosamente malinterpretado, ya que en esencia no hay duda alguna de que la aspiración a la paz a través de la función específica de seguridad pública es un bien constitucionalmente protegido, pero como tal también es condición que la persecución de su finalidad no sea invasiva arbitrariamente sobre la igualdad.

Es decir, autorizar que por encima de un derecho fundamental hay una función de seguridad pública de mayor importancia, es ahogar a la paz misma en una dinámica regresiva, al tutelar la paz para todos, pero la igualdad sólo para algunos.

La igualdad no responde a la protección privilegiada de funciones estatales, sino que como principio fundante de todos los derechos protege a estos de forma generalizada, incluyente y expansiva sin distinguir que por sus consecuencias la instauración de una medida constitucional con porte político se vea afectada, pues el impacto es menor que vulnerar deliberadamente a un grupo social, disminuido a una segunda categoría como personas.

b) Análisis de racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador. La medida legislativa no es instrumentalmente adecuada para prescribir una distinción, por varias razones.

- No existe nivel de racionalidad desde la dimensión legislativa porque se prescribe normativamente una distinción a partir de una categorización

injustificada por un imperceptible ejercicio mental enraizado en la cognición social.

- Su inadecuación además muestra una realidad fragmentada porque en la norma jurídica constitucional impera la imposición de una estructura ideológica mayoritaria en la que se excluye acríticamente a un grupo concreto para el goce de su derecho a la tutela judicial efectiva.
- La mera subjetividad en la decisión del poder revisor de la Constitución se colmó de sesgos que dirigieron una medida de protección a la seguridad pública en la transformación de una categoría sospechosa dando total invalidez al mandato antidiscriminatorio contenido en el artículo 1° constitucional, el juego de sesgos del Constituyente no tuvo un ápice de racionalidad.
- Producto de la función legislativa sesgada se aprobó constitucionalmente ejercer una opresión lesiva en contra de agentes del ministerio público, policías y peritos afectando irónicamente las condiciones de legitimidad del Estado constitucional democrático.
- La estigmatización sobre la inferioridad de ese grupo desprotegido por el principio de igualdad, infundadamente minusvalora a esos seres humanos desde las inscripciones de la Constitución al anular y excluir sus derechos, generando una degradación de la Constitución desde su eje normativo.
- La discriminación constitucionalizada es incongruente, satírica y teóricamente inaceptable, porque las prácticas discriminatorias autorizadas desencadenen el irrazonable incremento de la brecha entre los incluidos con y excluidos por el sistema de derechos.
- Los efectos que la acción validada de discriminación causan en las personas son insuficientemente racionales ante la ignorancia de la posibilidad de establecer los límites a la igualdad desde una Constitución, despersonalizando a los afectados de sus derechos humanos.

c) Cumplir con la proporcionalidad. La afectación de la igualdad tendría que traducirse en una medida poco gravosa frente a algún derecho que se

proteja y a partir del cual haya sido necesario implementar la restricción, pero lo anterior no se satisface por distintas razones.

- El bloque de constitucionalidad garantizado en sede judicial ha sido trastocado porque se ha impedido a los jueces constitucionales la posibilidad de hacer efectivas sus resoluciones fundadas para la reinstalación de los agentes del ministerio público, policías o peritos que injustificadamente hayan sido separados de sus encargos públicos.
- Se da pauta constitucional para reducir a la nada jurídica la función del garante último de la Constitución, porque no existe posibilidad para ejecutar sus mandatos aunque la garantía instrumentada así lo ordenare.
- Se crea un efecto parcial y claramente desintegrador sobre el papel que un Tribunal Constitucional o cualquier juez constitucional o convencional tiene encomendado en la protección de los derechos desde un rango de igualdad.
- Se minimiza al bloque de constitucionalidad al dejar sin importancia la interpretación de una jurisdicción supranacional que no solo exige la existencia formal de un recurso de acceso, sino que este sea capaz de producir resultados o respuestas que tenga plena eficacia en la restitución de un derecho que ha sido violado.
- También se invade la esfera de actuación del Tribunal Constitucional y juzgadores constitucionales o convencionales al limitar su actuación como garantes de los derechos, con un determinante espejismo normativo sobre la separación de poderes.
- La división de poderes no fue considerada al momento de la promulgación de la norma constitucional discriminatoria, porque ni siquiera concede la atribución judicial de un control severo sobre la configuración normativa.
- Hay un empeño por no desarraigar la cultura política presidencialista al dejar en sumisión, desequilibrio y alteración las funciones de un Poder Judicial y más tratándose de una afectación nuclear a los derechos de acceso a la tutela judicial, igualdad y separación de poderes.

- Del contexto relacional y comparativo para interpretar la igualdad surgida durante el escrutinio intenso es determinante explicar que la norma constitucional es arbitraria, porque conlleva una categoría sospechosa al tratar desigualmente a un grupo históricamente relegado y sometido a una opinión social de marginación.
- Los criterios para siquiera proponer que la medida es legítimamente concluyente no son satisfechos, pues la disminución de la protección de ese grupo es sencillamente la desprotección de derechos que hacen de la igualdad constitucional una ficción.
- El estándar de ser tratado igual desde la protección constitucional no opera ni siquiera ante la ausencia de la validación de su finalidad, ello sabotea por entero el sistema jurídico mexicano al generar tensiones sociales innecesarias, irrazonables y desproporcionales.
- Continúa vigente una mirada intolerante, ahistórica y trasgresora de un discurso incluyente desde la Constitución en franca batalla con el bloque de constitucionalidad.
- No deja espacio para el último reducto de los derechos para los tiempos de crisis, esto es, hasta la dignidad humana se ve menoscabada cuando un catálogo de derechos es negado porque la desigualdad fue aprobada en la carta constitucional que se suponía la prohibía.
- Al dañarse la dignidad humana como valor superior, en tanto base y condición de toso los demás derechos, automáticamente, la eficacia y progresividad de las libertades, tutela judicial, garantías judiciales, división de poderes e igualdad están lesionados.
- Deslegitimar la Constitución violentando desde sus inscripciones a la dignidad humana es desechar la importancia que tiene el principio de igualdad en Estado constitucional democrático, cristalizando al estatus quo de forma natural en autorizada nocividad de la discriminación, relegando la optimización del principio de igualdad por su poca importancia en el tema de seguridad pública.

Similar al caso anterior, tampoco opera la interpretación conforme a la Constitución aplicada en *sentido fuerte*, porque la literalidad de exclusión del principio de igualdad coligado a derechos como el acceso a la tutela judicial,

la eficacia de las garantías judiciales, la separación de poderes y la dignidad humana hace prácticamente imposible el intento de guardar – interpretativamente— coherencia interior de la Constitución y en consonancia con el bloque de constitucionalidad, por esa razón queda descartada.

Así que de nueva cuenta en instrumentalización del meta-criterio interpretativo (*principio pro persona*) toda vez que por el cúmulo de razones expuestas la norma constitucional es susceptible de una pretensión de corrección por su invalidez normativa a partir de la desigualdad en el acceso a los derechos fundamentales ya relatados y de conformidad con la jurisprudencia supranacional sobre la operatividad y modalidad de aplicación del control de la convencionalidad lo procedente es ejercer un grado intermedio de control, que se traduce en la inaplicación de la norma constitucional que es contraria a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, para efecto de que los anteriores derechos sean garantizados en igualdad y eficacia directa, es decir, haciendo integradora la determinación y desde la permisión de expansión progresiva para el ejercicio de los derechos permitido por el *principio pro persona* lo satisfactorio será que producto de la armonización constitucional y convencional, si sea procedente la reinstalación de un agente del ministerio público, policía o perito cuando la autoridad judicial así lo determine, lo cual aplicará del mismo modo para casos posteriores.

CONCLUSIONES.

Las construcciones jurídicas de los derechos fundamentales durante la historia del constitucionalismo mexicano y su influencia internacional arrojan como resultado tanto la categorización naturalista de la comprensión de los derechos como el cierre de las filas del pensamiento positivista de la época. De manera que la Constitución de 1917 expresó la dimensión de los términos jurídicos entre poder y libertad, autoridad y respeto de derechos, soberanía y separación de poderes, es decir, la preeminencia la adquirió finalmente el ciudadano como sujeto de derechos y la protección que los mismos gozaban a través de la instrumentación del derecho.

Andrés Ollero³⁸⁵ anuncia el notable protagonismo que la historicidad del derecho ha ejercido para el progresivo modo de entender el derecho, reflejado desde transiciones democráticas desde la península ibérica hasta países latinoamericanos en que se han incorporado los nuevos planteamientos constitucionalistas, cuya teoría ha contribuido a la propagación de una auténtica epidemia de sinceridad, complementaría Prieto Sanchís³⁸⁶.

Está latente en la cultura jurídica contemporánea la importancia de los acontecimientos históricos que han influido en la configuración y recogimiento constituyente del amplio catálogo de valores positivados en una carta constitucional, pues el tráfico jurídico en materia de derechos humanos va enlazado a la órbita histórica en que estos durante su desenvolvimiento en distintos contextos acaban cobrando sentido y más aún su protagonismo proyecta una letra constitucional capaz de condicionar la validez normativa, Ollero ilustra al complementar que para la fijación de los alcances de un derecho además de la susceptibilidad del producto de su interpretación habrá ineludiblemente contacto con una realidad social rebosante de historicidad³⁸⁷.

Durante la investigación se reparó medularmente en las ideas de la tesis ferrajoliana, aunque, por ejemplo Norberto Bobbio también presta delicado análisis a ese tema, pues pretendía responder tres preguntas que sirven de

³⁸⁵ Véase Ollero, Andrés, "Exigencias jurídico-naturales e historicidad del derecho: de la intimidad a la protección de datos personales", en Granja Castro, Dulce María y Santiago Oropeza, Teresa (coord.), *Moral y derecho. Doce ensayos filosóficos*, México, Ed. SCJN-UAM, 2011, pp. 67-88.

³⁸⁶ Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Ed. Distribuciones Fontamara, 1997, p. 94.

³⁸⁷ Ollero, Andrés, "Exigencias jurídico-naturales e historicidad del derecho: de la intimidad a la protección de datos personales", *op. cit.*, p. 74.

contorno para el cierre del estudio. Bobbio se propuso un parámetro desde tres planteamientos: *a)* ¿Cuál es el sentido del problema del fundamento absoluto de los derechos? *b)* ¿Es posible una fundamentación absoluta? *c)* Si fuera posible, ¿es auspiciable tal fundamentación?

Sobre la pregunta inicial considera que es un debate añejo entre iuspositivismo y iusnaturalismo, entre lo que el derecho *qué es* y el derecho *cómo queremos que sea*, y que dependiendo la perspectiva teórica cada alternativa conducirá a diferentes resultados. Al tratarse del primer caso la respuesta se delinea dentro de las fronteras del ordenamiento jurídico para ver si en él existen (y cuáles son) las normas jurídicas que reconocen los derechos, mientras que el segundo caso busca aún fuera del ordenamiento jurídico aquellas razones para sostener que determinados derechos son *buenos o deseables*, y en este último sentido, sostiene el filósofo italiano es que regularmente se busca el fundamento, porque se parte del presupuesto que los derechos humanos son cosas deseables, es decir fines que merecen ser perseguidos, y que, a pesar de ello, no todos, en todas partes y en medida igual, han sido reconocidos; generando un impulso remolinar de convicción de que encontrar su fundamento, esto es, aducir motivos para justificar la opción que se ha tomado y que quisiera tomarse también para los demás, es el medio adecuado para obtener su reconocimiento más amplio. Dicha explicación tiene la intrínseca opción ilusoria de encontrar por ello un fundamento absoluto de los derechos, sin embargo, termina afirmando Bobbio que ello es imposible, porque la respuesta se individualará cambiando según que se considere al hombre, por naturaleza, como miembro de una comunidad organizada y tres razones argumentadas que responden a la segunda pregunta.

Las razones van así: *a)* a los derechos se les introduce referencias a valores últimos, pero los valores últimos no se justifican, se presuponen, lo que es último precisamente porque es último, no tiene algún fundamento; *b)* los derechos del hombre han constituido, como muestra la historia, clases muy variables que se van modificando con el mutar de las condiciones, de las necesidades, de los intereses, de quienes tienen el poder y de las transformaciones científicas; y, *c)* los derechos del hombre configuran sistemas muy heterogéneos, en los que conviven derechos diferentes e incluso muchas

veces incompatibles entre sí, de manera que los posibles argumentos para fundamentar unos de ellos no dan razones para fundamentar los otros.

Finalmente, para el último planteamiento para Bobbio, el iusnaturalismo, es decir, el racionalismo ético tiene dos ilusiones, una que de los valores se pueden dar una fundamentación absoluta como si fueran teoremas, y, dos es que de la demostración de la fundamentación deriva, sin más, su concreta actuación, o sea que, el racionalismo ético sostiene que demostrar la racionalidad de un valor es condición no solo necesaria sino también suficiente para su actuación; entonces, un primer dogma asegura la potencia de la razón, y el segundo dogma le asegura su supremacía.

Lo cual históricamente ha sido totalmente falso, porque hallarle un fundamento absoluto —en cada etapa histórica—no ha dado como resultado que se respeten más los derechos humanos, por el contrario en distintos tiempos ha sufrido crisis. Con ello Bobbio confirma su tesis de que la fundamentación de los derechos ha perdido por completo su interés, porque el problema de fondo hoy en día, no es tanto el de justificarlos, sino el de protegerlos, se trata no de un problema filosófico, sino político.

El Estado constitucional democrático supuso una transformación producto de la segunda etapa posbélica en el mundo, porque comenzó a susurrarle al derecho nuevas ideas para su validez, que le condicionaban para evitar experimentar nuevamente un retroceso lesivo a la comunidad humana; varios han sido los autores que desde el laboratorio teórico afirman que el paradigma constitucional es hoy el único punto de transición favorable, tanto para respetar en su máxima expresión a toda persona garantizándole el desarrollo de sus posibilidades sin distinción alguna y que en esa traducción de acciones la Constitución envuelta en las ideas que la componen sea capaz de enfrentarse sin tambalearse, a la altura de las críticas que aún ella misma reciba.

La teoría del derecho usa a la Constitución y sus deslindes teóricos para avanzar en un eje que contiene diversas categorías (rigidez, garantía jurisdiccional, eficacia directa y fuerza vinculante, especificidad interpretativa) en que se delimiten los límites del derecho, en otras palabras, el vértice de la validez del derecho principia en el análisis constitucional porque la justiciabilidad ideal de los derechos fundamentales funciona como la

substantial herramienta que impone los horizontes para la interiorización de una justicia por conducto del derecho. Desafortunadamente en la práctica la realidad mexicana cambió las tonalidades permitidas y produjo que la insuficiencia constitucional se torne distante del caudal teórico.

Por lo cual, la lectura de la Constitución requiere en el modelo axiológico una visión inclusiva de la moral y el derecho, que se traduce en disciplinar una metodología ético-normativa –lo cual a muchos sigue desagradando—al compaginar que para descifrar sus prescripciones debe acudir a la dimensión axiológica de los principios y los derechos fundamentales, que como ya se dijo, que condicionan la validez del caudal normativo.

Sobre la disertación se presentan distintas preguntas, más prácticas que teóricas, es por ello que en esta etapa final se brinda una breve mirada consecuencialista desde el contexto funcional de lo que las decisiones propuestas sobre los casos analizados por su intrépida trascendencia impactarían en la dinámica jurídica de la justicia constitucional y convencional mexicana, para lo cual se ocupan cinco incisos.

a) El protagonismo de los jueces constitucionales. Muchas críticas se han vinculado sobre el papel de los jueces constitucionales, porque a través de sus decisiones recomponen o configuran reglas que operativamente requiere la Constitución y para hacer prevalecer la eficacia de los derechos fundamentales, tales acciones les ha costado la asignación adjetiva de “interferencia instrumental con el legislador positivo”; sin embargo ha sido esa misma función democrática que desempeñan lo que posibilitó en Austria que los juzgadores participen en la conformación de normas constitucionales al facultarles para confrontar la Constitución con sus propios principios básicos (principio democrático, principio de igualdad, separación de poderes y el sistema protector de los derechos humanos, por ejemplo). Es decir, en los tiempos presentes un juzgador constitucional o convencional mediante la interpretación tiene una encomienda de alta responsabilidad, proteger los derechos fundamentales, los cuales aún en Latinoamérica se encuentran en etapa de redescubrimiento.

Para mantener vivos los principios de una Constitución, esos postulados que representan una gozosa fiesta cívica de la historia mexicana, los jueces son mesurados actores con el papel protagónico impulsados en generar un

nuevo marco constitucional en el que las personas que se sujetan a él, encuentren una guía efectiva de sus derechos frente las potenciales crisis que imperan por el (sin)control político. Son el refuerzo del constitucionalismo moderno en vísperas de meras verbenas vacías de cambio, mejora e igualdad social.

En esta calidad los jueces constitucionales no son ya la imagen tradicional de la aplicación del binomio *inconstitucionalidad/invalidéz normativa*, sino que ahora pueden resolver con un perfil más activo hacia dónde se dirige la Constitución, interpretan modificando significados hegemónicos, dan vigencia, extensión y contenido a derechos humanos, inaplican normas de la propia Constitución; está latente en su función de juzgar la función primaria de asegurar una progresiva convivencia armónica, pacífica, tolerante, libre, razonable y materialmente posible en la sociedad.

b) El problema de la supraconstitucionalidad. El nivel de intervención de las normas ha ido variando conforme los paradigmas de cada realidad jurídica, y en la actualidad es el signo de una exigencia de fondo en el que es preferente distinguir los alcances de esos niveles de asignación, de modo que hay dos entornos para visualizar el problema: supraconstitucionalidad en el marco nacional y la supraconstitucionalidad en el marco internacional.

El primer entorno, explicaba Eisenmann refutando a Duguit y Hariou que el valor supraconstitucional en Francia de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano no tenía importancia, porque no existía en aquel tiempo algún juez que hiciera respetar esa supraconstitucionalidad. Por su parte quienes fueron criticados mostraron que para entender su afirmación, en el ejercicio del control de la constitucionalidad sí se invocaban los valores supraconstitucionales contenidos en la Declaración.

Ciertamente sucede así, porque previo a la segunda posguerra bélica se hablaba de que el derecho natural formaba parte de la supraconstitucionalidad, sin embargo, en la actualidad sí es posible integrar normas de derecho positivo procedentes del derecho internacional, del derecho comunitario o del derecho trasnacional, este último que se desprende paulatinamente de la jurisprudencia de las jurisdicciones constitucionales; pero para ello se requiere que el juez mexicano se proponga hacerlo, pues el paradigma interpretativo ha rebasado sin opción el concepto de la soberanía popular.

c) *¿Qué tan insaciables son los derechos?* La sugestiva interrogante que subyace al despliegue normativo que la interpretación hace de los derechos, tiene además la propiedad de claridad. El constitucionalismo de los derechos ha causado sin duda perplejidades en sentido inverso dice Ermanno Vitale, porque los derechos lejos de ser de papel o estar en papel, también son tiranos, que hacen que la democracia se convierte en papel³⁸⁸.

En un primer momento la crítica de algunos autores, incorpora la idea de que el darle un exceso de importancia a los derechos implica necesariamente una insoportable restricción a la función del legislador democrático, convirtiéndolo en mero ejecutor de un programa delineado en la Constitución y los tratados internacionales, con lo cual, la democracia corre el riesgo de quedar bajo la tutela de los intérpretes del texto constitucional, es decir, de una reducida elite que no rinde cuentas y menos aún sigue la conformación de sus órganos a través de un cuerpo electoral, o sea que, detrás de la retórica de los derechos la interpretación es operada por un órgano democráticamente irresponsable, dirían. A lo cual Vitale expone que la primera detracción tiene una fuerte connotación rousseauiana de la comprensión de democracia participativa y la segunda expone concepciones meramente procedimentales o ultramínimas de la democracia; porque ni todas las decisiones de impacto público deben ser dejadas en manos de los políticos y menos que por la ausencia de un procedimiento de elección para la designación de jueces estos carecen de legitimidad; la combinación de las críticas tienden a anularse recíprocamente por su vaguedad oscilante entre la pseudodemocracia y el positivismo formalista.

La crítica de Anna Pintore es calificada pero sufre de un reduccionismo a la realidad porque la tesis de Rosseau –sobre la república del Contrato social— necesariamente debe revestirse de lo que Ferrajoli llama esfera de lo indecible, que si no se logra establecer mediante los derechos fundamentales, la voluntad se expresa como un agregado de preferencias que forman mayorías contingentes e inestables bajo la lógica de las relaciones de fuerza; siendo las mismas mayorías capaces de restringir o anular cualquier derecho hasta el decidir abandonar la propia democracia.

³⁸⁸Vitale, Ermanno, *Derechos y razones. Lecciones de los clásicos y perspectivas contemporáneas*, México, Ed. IJ-UNAM, 2007, p. 88.

El telón de fondo que componen los derechos fundamentales combina un diseño ético y de protección jurídica de punta constitucional, lo que impide riesgos como el vaciamiento moral del verdadero sentido de la democracia, de la democracia sustancial; porque los derechos se sustraen de las decisiones del legislador democrático y de los propios tribunales constitucionales, si estos atentaran contra aquellos, es que la conducción de los derechos se atribuyen a las personas solamente, no a mayorías o minorías.

El reto implica superar la idealización de impacto emotivo que provocan los derechos fundamentales, para en su lugar reflexionar, criticar ácidamente y escrutar desde la academia los puntos de interconexión normativos pendientes para lograr la auténtica satisfacción de esos derechos. Para esto, la gramática de los derechos tiene que superar la visión del concepto-ómnibus y etiqueta valiosa sobre la supuesta irresistible tentación de revestir con el lenguaje de los derechos a todos los bienes políticos relevantes, pues lo que verdaderamente sucede es que funcionan como un eje orgánico de limitaciones, desde las cuales sería jurídicamente poco posible –justo allí es dónde el candado requiere ajustarse—reelaborar postulados en su contra, para que la clave moral de los derechos no se vea devorada y sofocada por la decisión constitucional de una mayoría, es instar desde cualquier ángulo y espacio por el reconocimiento a su dimensión histórica como conquistas defendidas para la humanidad.

d) Un poder judicial activista. Desprendido del acentuado espacio que ocupa el Tribunal Constitucional y los jueces constitucionales en general dentro del sistema político mexicano así como la propuesta de esta investigación, sobre una interpretación judicial que colme de contenido al principio de igualdad previniendo el costo de controlar a través de la regularidad convencional las normas constitucionales, surge el debate sobre el protagonismo activista de los citados operadores jurídicos, que es el blanco de distinta contribuciones y opiniones encontradas.

La cuestión de sí sobre los asuntos de relevancia pública debe el legislador democrático o el juez constitucional tener la última palabra, convoca sin lugar a dudas a una profunda reflexión. Sin duda la vereda hacia la judicialización todavía tiene pendiente un recorrido menos resbaladizo. Distintos temas aprecian las dificultades del activismo del poder judicial. Por su

parte, Pedro Salazar opina que la última palabra está en manos del legislador democrático y los jueces desempeñan una mera tarea de supervisión para que los perímetros de los derechos no sean rebasados por la mayoría. ¿Y cuando esos perímetros son rebasados por la Constitución que sucede?

Desde otro ángulo CristiánCourtis advierte la importancia de que las decisiones judiciales para su legitimidad se encuentren respaldadas de razones con calidad argumentativa y al mismo tiempo se avizore el apremio para un rediseño institucional que combine contrapesos y criterios estables de control orgánico, cada cual obtiene respuesta: el contrapeso además de la calidad argumentativa se vería en la anulación del anonimato filosófico desde el que se esconde el activismo o autorrestricción de un juzgador y los criterios de estabilidad se obtienen al brindar centralidad en la solución de conflictos sobre derechos fundamentales, pero para ello hace falta un sólido liderazgo en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aunque es provechoso que hoy en día ya se encuentran las prescripciones constitucionales que permiten la mejor protección de los derechos fundamentales a través del Derecho Internacional en la materia.

e) La mirada al futuro. Alejandro Nieto recuerda que la Constitución no es un continente sin lagunas, es un archipiélago de islas de derecho positivo³⁸⁹, al que le es medular la función jurisdiccional constitucional para la determinación sustancial del papel que desempeñan los derechos en el sistema jurídico, ante la demostración opuesta de la realidad imperante del fracaso del esquema ideal en que el legislador democrático en la toma de decisiones no asegura productos normativos de protección a los derechos. Ya lo ha dicho Luhmann, la actividad decisional dentro del Estado, se resbala del Legislativo al Ejecutivo y hasta el Judicial.

El peso creciente y transformador del poder judicial, es una fuerza poderoso de largo alcance, que a más de lo que significa, revitaliza la fuerza central que el derecho opera a través de sus jueces, su expansión tiene una enorme relevancia tanto en la dinámica institucional como en la vida de las personas; los dilemas se presentan sobre la cauces o destino que esa nueva fase vaya estructurar.

³⁸⁹ Nieto, Alejandro, "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *RAP*, Madrid, núms. 100-102, 1983, p. 384.

La claridad de que la igualdad constitucional tiene su logro próximo inmediato por conducto del poder judicial ha hecho de ello el núcleo de la discusión, porque ese principio —como ya se ha dicho—representa el pilar elemental de cualquier Estado democrático y la aspiración latente de contagioso anhelo para cualquier país Latinoamericano; lejos de entender la complejidad de los diseños que ese poder judicial al interpretar debe tomar en consideración, está el problema normativo de que para la eficacia igualitaria de los derechos no solamente puede agotarse a la Constitución misma, sino que encima de ella hay luz del Derecho Internacional en Derechos Humanos, que es el auténtico avance constructivo que (nos) desplaza al horizonte de cambio, actualización y mejora.

El discurso provocador suena posiblemente emotivo, pero requiere previamente de cambios del paradigma decisorio: incorporación novedosa conforme a las circunstancias actuales en la interpretación normativo-axiológica, argumentación sólida y razonable, garantía de los derechos fundamentales, abandono del prejuicio solemne e incontrovertible del que goza el texto constitucional, pero más demanda que el modelo resultante del control convencional y su interpretación sea compatible con la igualdad; que no soporta más su fugacidad.

BIBLIOGRAFÍA.

- AGUILÓ, Josep, "Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional", *Isonomía*, Alicante, núm. 26, 2003, pp. 289-317.
- _____, "Tener una Constitución, Darse una Constitución y Vivir en Constitución", *Isonomía*, Alicante, núm. 28, Abril 2008, pp. 68-86.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2008.
- _____, "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 8, 2000, pp. 24-26.
- _____, "Los principales elementos de mi filosofía del Derecho", *Isonomía*, Alicante, núm. 32, 2009, pp. 67-89.
- ALONSO, García Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- AMSTERDAM, Anthony y BRUNER, Jerome, *Minding the law*, Cambridge, Ed. Harvard University Press, 2000.
- ARAGÓN, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Ed. Tecnos, 1989.
- ARISTOTELES, *Ética Nicomaquea*, 2da. ed., México, Ed. Grupo Editorial Tomo, 2006.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ Manero, Juan, "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *Isonomía*, Alicante, núm. 27, 2007, pp. 7-28.
- _____, *Introducción al derecho*, México, Ed. Fontamara, 2008.
- _____, *Reflexiones sobre Ética Judicial*, México, Ed. SCJN, 2008.
- _____, *Sobre la analogía del derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Ed. Civitas, 1986.
- _____, y RUIZ Manero, Juan, "Sobre principios y reglas", *Isonomía*, Alicante, núm. 10, 1991, pp. 101-120.
- _____, "Una clasificación de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 4, 1986-1987, pp. 30-51.
- AYALA Sánchez, Alfonso, *Igualdad y conciencia. Sesgos implícitos en constructores e intérpretes del derecho*, México, Ed. IJ-UNAM, 2008.
- AZURA, A., en traducción a WROBLÉWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Ed. Civitas, 1988.
- BAEZ, Carlos, CIENFUEGOS, David y GUERRERO, Sergio Arturo (Coord.), *Estudios sobre Interpretación y Argumentación Jurídicas*, México, Ed. Laguna, 2009.

- BALBUENA Cisneros, Arminda, *LÍMITES Y CONTROL CONSTITUCIONAL EN MÉXICO* (informe académico), Universidad de la Sabana, Colombia, 2007.
- BARAK, Aharon, *Un juez sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, México, Ed. SCJN, 2008.
- BAYEFISKY, Anne F., "El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional", *Human Rights Law Journal*, Nueva York, núm. 1-2, 1990, pp. 1-34.
- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Kitchener, Ed. BatocheBooks, 2000.
- BERNAL Pulido, Carlos, *EPÍLOGO A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*, en traducción a ALEXY, Robert, Madrid, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.
- _____, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BISCARETTI, P., *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Ed. FCE, 1975.
- BREWER-Carías, Allan, *Instituciones políticas y constitucionales*, Caracas, Ed. Jurídica Venezolana, 1982.
- _____, *Mecanismos Nacionales de Protección de los Derechos Humanos (Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano)*, San José, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos-IIDH, 2005.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Ed. Plaza & Janés, 1985.
- _____, *Igualdad y libertad*, Madrid, Ed. Paidós Ibérica, 2000.
- _____, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, ed. 2da., México, Ed. FCE, 2007.
- _____, *Liberalismo y democracia*, México, Ed. FCE, 2006.
- _____, *Tiempo de los derechos*, Madrid, Ed. Sistema, 1991.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2000.
- BOVERO, Michelangelo, "Ciudadanía y derechos fundamentales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 103, enero-abril, 2002.
- _____, *Derechos fundamentales y democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2004.

- _____, “Tutela supranacional de los derechos fundamentales”, *El lenguaje de los derechos*, Turín, núm. 18, 2001, pp. 5-23.
- BORK, Robert, *The tempting of America. The political seduction of the law*, Nueva York, Ed. The Free Press, 1990.
- BULYGIN, Eugenio, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2005.
- BURDEAU, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Madrid, Ed. Nacional, 1981.
- BURT, Robert, *The constitution in conflict*, Cambridge, Ed. Harvard University Press, 1992.
- CANTÚ Concha, Hugo, *Cultura de la Constitución en México*, México, Ed. UNAM-TEPJF-COFEMER, 2004.
- CARBONELL, Miguel, *¿EL TERCERO AUSENTE? ESCRITOS SOBRE EL PODER JUDICIAL*, México, Ed. Porrúa, 2008.
- _____, (Coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, Ed. Porrúa y UNAM, 2002.
- _____, *La igualdad insuficiente: propuesta de reforma constitucional en materia de no discriminación*, México, Ed. IJ-UNAM y CNDH, 2009.
- _____, *LA LIBERTAD. DILEMAS, RETOS Y TENSIONES*, México, Ed. IJ-UNAM, 2008.
- _____, *Los derechos fundamentales en México*, ed. 3ra., México, Ed. Porrúa, 2009.
- _____, en traducción a GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Ed. Porrúa-UNAM, 2000.
- _____, en traducción a ZAGREBLESKY, Gustavo, *Historia y Constitución*, Madrid, Ed. Trotta, 2005.
- _____, en traducción a ZAGREBLESKY, Gustavo y MARTINI Carlo, Maria, *La exigencia de la justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.
- _____, *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ra. ed., Madrid, Ed. Trotta, 2006.
- _____, *Teoría del Neoconstitucionalismo, ensayo escogidos*, Madrid, Ed. Trotta, 2007.
- _____, *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, ed. 4ta., México, Ed. Porrúa, 2008.
- CÁRDENAS, Salvador (Coord.), *La Constitución mexicana y sus alegorías*, México, Ed. SCJN, 2006.

- CARPIZO, Jorge y FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", *Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Guadalajara, Jalisco, 5 al 10 de noviembre de 1973, pp. 1-50.
- _____, "La reforma constitucional de 1999 a los organismos protectores de derechos humanos", *Cuestiones constitucionales*, México, núm. 3, julio-diciembre 2000, pp. 28-51.
- CASTELLEJO, Brull, *Nuevas perspectivas en las ciencias de la educación I. Pedagogía General*, Madrid, Ed. Alianza, 1983.
- Circulo de Estudios Jurídicos Genaro Góngora Pimentel, *El quehacer jurídico y la Judicatura*, México, Ed. Porrúa, 2006.
- CLIFFORD, Geertz *La interpretación de las culturas*, Madrid, Ed. Gedisa, 1987.
- COSSÍO, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, Ed. Miguel Ángel Porrúa, 2001.
- _____, "Constitutional justice in Ibero-America: social influence and human rights", *Mexican Law Review. New Series*, México, Volume II, nom. 1, July-December 2009, pp. 153-161.
- _____, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Ed. Distribuciones Fontamara, 1998.
- _____, *La Teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Ed. Distribuciones Fontamara, 2004.
- _____, "La teoría constitucional moderna (lecciones para México)", *Meta-política*, México, Volume 4, num. 15, Julio-Septiembre 2000, pp. 100-123.
- _____ y RAIGOSA, Luis, "Régimen político e interpretación constitucional en México", *Isonomía*, Alicante, núm. 5, 1996, pp. 41-64.
- CRUZ, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Ed. Porrúa, 2006.
- COUTURE, Eduardo, *Estudios de derecho procesal civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978.
- DA SILVA, Virgílio Afonso, "La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial", *Cuestiones constitucionales*, México, núm. 12, enero-junio 2005, pp. 3-28.
- DE LA TORRE, Carlos, *Derecho a la no discriminación*, México, Ed. IJ-UNAM, 2006.
- DE LA VEGA, René, "Problemas conceptuales en algunos modelos de validez normativa. La postura de Ernesto Garzón Valdés", *Isonomía*, Alicante, núm. 29, octubre 2008, pp. 121-147.

- DE TOCQUEVILLE, Alexis, *La Democracia en América*, 3era. ed., México, Ed. Gernika, 2008.
- DEWEY, John, *Democracia y educación: una introducción a la filosofía de la educación*, Madrid, Ed. Paidós, 2002.
- DÍAZ García, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 4ta. ed., Madrid, Ed. Cuadernos para el Diálogo, 1972.
- _____, *Ética contra política*, México, Ed. Fontamara, 1993.
- DOGLIANI, M., *Introduzione al dirittocostituzionale*, Bolonia, Ed. Il Mulino, 1994.
- DRUCKER, Peter, *La sociedad postcapitalista*, Colombia, Ed. Norma, 1994.
- DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law*, Oxford, Ed. Oxford University Press, 1996.
- _____, *La democracia posible: Principios para un debate político*, Barcelona, Ed. Paidós Ibérica, 2008.
- _____, *Los derechos en serio*, España, Ed. Ariel Derecho, 2009.
- _____, *The forum of principle. A matter of principle*, Cambridge, Ed. Harvard University Press, 1985.
- _____, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Ed. Paidós, 2003.
- ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, México, Ed. FCE, 1999.
- ELY, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- ESTÉVEZ Araujo, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.
- EZQUIAGA, Francisco, "Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional", *Isonomía*, Alicante, núm. 1, 1994, pp. 69-98.
- _____, "La interpretación de los derechos humanos de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales. El nuevo artículo 1° de la Constitución mexicana", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, num. 32, 2011, pp. 187-206.
- FAVOREU, Louis, "El bloque de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 5, enero-abril 1990, pp. 45-69.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Ed. Trotta, 1999.
- _____, *Democracia y Garantismo*, ed. de Miguel Carbonell, Italia, Ed. Trotta, 2008.

- _____, "Derecho y Dolor", *Isonomía*, Alicante, núm. 27, 2007, pp. 195-204.
- _____, *El fundamento de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2001.
- _____, "Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales", *Isonomía*, Alicante, núm. 29, 2006, pp. 15-31.
- FERRERES Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- FIORAVANTI, Maurizio, *El Estado Moderno en Europa, Instituciones y Derecho*, Madrid, Ed. Trotta, 2008.
- _____, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Ed. Trotta, 1998.
- FISKE, Susan, *The handbook of social psychology*, Nueva York, Ed. Guilford Press, 1998.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Año 1, núm. I, enero-abril, 1968, pp. 89-118.
- _____, en traducción a CAPPELLETTI, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, Ed. UNAM, 1961.
- FURET, Francois, *El pasado de una ilusión. Ensayo sobre la idea comunista en el siglo XX*, México, Ed. FCE, 1995.
- GAIDO, P., Ignacio, *La pretensión de corrección del Derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre Derecho y moral*, en traducción a ALEXY, Robert y BULIGYN, Eugenio, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001.
- GARCÍA De Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma*, Madrid, Ed. Civitas, 1983.
- GARCÍA Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Ed. Trotta, 2009.
- _____, "Haciendo justicia desde el lado activo del derecho. Teoría de la argumentación y teoría del derecho", *Revista de Ciencias Sociales*, Chile, núm. 3, 2000, pp. 193-218.
- GARCÍA Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Ed. Alianza, 1984.
- _____, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Ed. Alianza, 1985.

- GARCÍA Ramírez, Sergio, “En torno a la seguridad pública –desarrollo penal y evolución del delito—”, en PEÑALOZA, Pedro José y GARZA Salinas, Mario (coords.), *Los desafíos de la seguridad pública en México*, México, Ed. IJ-UNAM, 2002, pp. 81-98.
- GARCÍA-Sayán, Diego, “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos” en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, Ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 323-384.
- GARGARELLA, Roberto, *No los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*, Buenos Aires, Ed. Miño y Dávila, 1995.
- GARRORENA, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Ed. Tecnos, 1984.
- GARZÓN Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____, “Restricciones de la democracia representativa”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 30, 2010, pp. 113-132.
- GIMÉNEZ Gluk, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999.
- GLENDON, Mary Ann, *Rights Talk: The impoverishment of political discourse*, New York, Ed. Free Press, 1991.
- GRANJA Castro, Dulce María y SANTIAGO Oropeza, Teresa (coord.), *Moral y derecho. Doce ensayos filosóficos*, México, Ed. SCJN-UAM, 2011.
- GROPI, Tania y MEOLI, Chiara, *Las grandes decisiones de la Corte Constitucional Italiana*, México, Ed. SCJN, 2008.
- GUDIÑO Pelayo, José de Jesús, *Lo confuso del control difuso de la constitucionalidad* (informe académico), Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, Ed. SCJN, México, 2003.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Ed. Distribuciones Fontamara, 2003.
- GUTIÉRREZ, Roberto, *Cultura política y discriminación*, México, Ed. CONAPRED, 2008.
- HABA, Enrique Pedro, *Metodología jurídica irreverente, Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales (A contrapelo de las fabulaciones*

- dominantes en la más actual Teoría del Derecho*, Madrid, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, 2007.
- _____, “¿De que viven los que hablan de Derechos Humanos?”, *Isonomía*, Alicante, núm. 26, 2003, pp. 869-885.
- HÄBERLE, Peter, *Constitución como cultura*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2002.
- _____, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 1996.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 1998.
- _____, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, *Isonomía*, Alicante, núm. 5, 1988, pp. 21-45.
- _____, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, México, vol. LV, núm. 64, mayo 2010, pp. 3-25.
- _____, “¿Impera el derecho sobre la política?”, *Revista de Estudios sobre el Estado y la sociedad*, Barcelona, núm. 4, 1998, pp. 10-26.
- HERVADA, Javier, *Cuatro lecciones de derecho natural*, ed. 3ra., España, Ed. Eunsa, 1993.
- HART, L.A., *El concepto del derecho*, México, Ed. Nacional, 1980.
- HERNÁNDEZ Marín, Rafael, “Sobre ontología jurídica e interpretación del derecho”, *Isonomía*, Alicante, núm. 29, octubre 2008, pp. 33-78.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Ed. Tecnos, 1983.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, ed. 3ra., México, Ed. FCE, 1992.
- HOROWITZ, Louis, “La legitimidad política y la institucionalización de la crisis en América Latina”, *Revista Colegio de México*, México, vol. VII, núm. 3, enero-marzo 1968, pp. 235-257.
- JANER, Torrens Joan David, “El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: Algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, 2003, pp. 305-320.
- JIMÉNEZ Campo, Javier, *La sentencia sobre la inconstitucionalidad de la ley*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- KAPLAN, Marco, *Estado y Globalización*, México, Ed. IIJ-UNAM, 2004.

- KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (justicia constitucional)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre 2008, pp. 3-46.
- _____, *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, México, Ed. Distribuciones Fontamara, 2003.
- _____, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Ed. Tecnos, 1995.
- _____, *Teoría general de las normas*, México, Ed. Trillas, 1994.
- LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Ed. Trotta, 2007.
- _____, "El principio de igualdad: introducción a su análisis", *Sistema*, núm. 67, 1985, pp. 3-46.
- LARIOS Ramos, J., en traducción a BENTHAM Jeremy, *Fragmento sobre el gobierno*, Madrid, Ed. Aguilar, 1973.
- LASALLE, Ferdinand, *¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN?*, 3era. ed., México, Ed. Gernika, 2006.
- LA TORRE, Massimo, *Derecho, poder y dominio*, México, Ed. Distribuciones Fontamara, 2004.
- LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ed. Grijalbo, 1979.
- LUCAS Verdú, Pablo, *La Constitución abierta y sus enemigos*, Madrid, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1993.
- MANDELA, Nelson, *Largo camino hacia la libertad*, Madrid, Ed. Aguilar, 2010.
- MAQUIAVELO, Nicolás, *El Príncipe*, ed. 9na., México, Ed. Grupo Editorial Tomo, 2008.
- MARGIOTTA, C., "Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a IncolaMatteucci", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Genova, núm. 2, 2000, pp. 387-425.
- MACCORMICK, Neil, "Constitucionalismo y democracia", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 5, 1988-1989, pp. 367-391.
- MORERA, Fernando y ALANDÍ, Ángel, *Las constituciones modernas*, en traducción a WHEARE, K., Barcelona, Ed. Ariel, 1971.
- MORESO, Juan José, "Comanducci sobre neoconstitucionalismo", *Seminario Albert Calsamiglia*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 13 y 14 de febrero de 2003, pp. 1-10.
- _____, "Dos concepciones de la interpretación jurídica", *Isonomía*, Alicante, núm. 29, octubre 2008, pp. 7-14.

- MOSKOWITZ, Gordon, *Social cognition understanding self and others*, Nueva York, Ed. GuilfordPress, 2005.
- NIETO, Alejandro, *El desgobierno judicial*, Madrid, Ed. Trotta, 2005.
- _____, "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *RAP*, Madrid, núms. 100-102, 1983, pp. 387-395.
- NINO, Carlos Santiago, "Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas", *Isonomía*, Alicante, núm. 5, 1988, pp. 87-105.
- _____, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ed. Ariel, 1994.
- _____, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992.
- _____, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1997.
- _____, "La democracia epistémica puesta a prueba. Respuestas a Rosenkrantz y Ródenas", *Isonomía*, Alicante, núm. 10, 1991, pp. 289-311.
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, México, Ed. IJ-UNAM, 2003.
- NONET, Philippe y SELZNICH, Philip, *Law & society in transition*, New Jersey, Ed. Library of Congress, 2009.
- NORMAN, E. Bowie, *Equal opportunity*, Boulder, Ed. WestivePress, 1988.
- OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ed. Ariel, 1988.
- OLLERO, Andrés, *Derechos humanos Entre la moral y el derecho*, México, IJ-UNAM, 2007.
- PAINE, Thomas, *Los Derechos del Hombre*, México, Ed. FCE, 1996.
- PALMA González, Eric, *Tareas Legislativas del Poder Judicial: Aportes para un debate sobre las facultades colegisladoras de la Corte Suprema*, México, Ed. SCJN, 2010.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Dykinson, 1979.
- _____, *Los valores superiores*, Madrid, Ed. Tecnos, 1984.
- PÉREZ Luño, Antonio, *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996.
- _____, *Los derechos fundamentales*, ed. 4ta., Madrid, Ed. Tecnos, 1991.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, Ed. IJ-UNAM, 2005.

- PERUZZOTI, Enrique, "Constitucionalismo, populismo y sociedad civil. Lecciones del caso argentino", *Revista Mexicana de Sociología*, México, núm. 4, 1999, pp. 139-155.
- PINTO, Mónica, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos" en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (coords.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ed. Puerto, 1997.
- PINTOR, Anna, "Consenso y verdad en la jurisprudencia", *Isonomía*, Alicante, núm. 20, 1997, pp. 279-293.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid, Ed. Trotta, 2009.
- POZZOLO, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Isonomía*, Alicante, núm. 21-II, 1998, pp. 339-353.
- PRIETO Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Ed. Distribuciones Fontamara, 1997.
- _____, "Derecho y moral en la época del constitucionalismo jurídico", *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, núm. 10, 2007, pp. 67-85.
- _____, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Debate, 1990.
- _____, "Notas sobre la interpretación constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 9, 1991, pp. 175-198.
- _____, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- _____, "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", *Isonomía*, Alicante, núm. 23, 2000, pp. 161-194.
- PUYOL, Ángel, "¿Qué hay de malo en la discriminación?", *Isonomía*, Alicante, núm. 29, 2006, pp. 77-91.
- RABASA, Emilio, *Historia de las Constituciones Mexicanas*, México, IJ-UNAM, 2004.
- RAWLS, John, *Las libertades básicas y su prioridad*, México, FCE, 1996.
- _____, *Liberalismo político*, México, Ed. FCE, 2007.
- _____, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 2010.
- RENTERÍA Díaz, Adrián, "Derechos Humanos. Justificación y garantías", *Isonomía*, núm. 28, 2008, pp. 87-108.

- REQUEJO, Juan Luis y VILLAVERDE, Ignacio, *Escritos sobre derechos fundamentales*, en traducción a BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang, Baden, Ed. NomosVerlagsgesellschaft, 1993.
- REY Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, Ed. Mc Graw-Hill, 1995.
- ROLLA, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, Ed. IJ-UNAM, 2002.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, México, Ed. Grupo Editorial Tomo, 2003.
- RUBIO Carracedo, José, "Democracia mínima. El paradigma democrático", *Isonomía*, Alicante, núm. 15-16, 1994, pp. 199-226.
- RUIZ, Miguel Alfonso, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Isonomía*, Alicante, núm. 19, 1996, pp. 22-51.
- RUIZ Ruiz, Ramón, "La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2006, pp. 53-77.
- SALAZAR Ugarte, Pedro, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, México, Ed. CONAPRED, 2007.
- _____, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Ed. FCE, 2006.
- SALDAÑA Pérez, Lucero, *Poder, género y derecho: Igualdad entre mujeres y hombres en México*, México, Ed. CNDH, 2007.
- SÁNCHEZ Sarto, Manuel, *La defensa de la Constitución*, en traducción a SCHMITT, Carl, Barcelona, Ed. Labor, 1931.
- SANTIAGO Juárez, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, Ed. IJ-UNAM, 2007.
- SCHMILL, Ulises, "La norma fundante básica y el origen conceptual de la normatividad", *Analisi e diritto 2007*, Universitàdeglistudi di Genova, Facoltà di Giurisprudenza, 2003, pp. 92-122.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Ed. Alianza, 1992.
- SCJN, *Estudios comparados sobre jurisprudencia*, México, Ed. SCJN, 2009.
- _____, *INTRODUCCIÓN A LA RETÓRICA Y LA ARGUMENTACIÓN*, 4ta. ed., México, Ed. SCJN, 2007.
- _____, *Justicia Constitucional en México*, México, Ed. SCJN, 2007.

- _____, *La Jurisprudencia: Su conocimiento y forma de reportarla*, 2da ed., México, Ed. SCJN, 2008.
- _____, *La noción de los derechos en la historia del Constitucionalismo Mexicano*, México, Ed. SCJN, 2009.
- _____, *La Supremacía constitucional*, México, Ed. SCJN, 2006.
- _____, *Tribunales Constitucionales*, México, Ed. SCJN, 2006.
- SEBOK, A. J., *Legal positivism in America jurisprudence*, Cambridge, Ed. Harvard University Press, 1998.
- SHAPIRO, Ian, "Elementos de la justicia democrática", *Isonomía*, Alicante, núm. 20, 1997, pp. 331-376.
- SILVA-HERZOG Márquez, Jesús, *El antiguo régimen y la transición en México*, México, Ed. Planeta, 1999.
- SMITH, Adam, *La riqueza de las naciones*, ed. 5ta., México, Ed. FCE, 1988.
- SOBERANES, José Luis, BADILLO, Elsa y MARTÍNEZ, Víctor, *Los derechos humanos en México*, ed. 2da., México, Ed. Porrúa, 2005.
- SOSA Wagner, Francisco, *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: coincidencias y confidencias*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2008.
- TAMAYO Salmorán, Rolando, "Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica (con especial referencia a la interpretación constitucional)", en *La interpretación constitucional*, México, Ed. IIJ-UNAM, 1975, pp. 125-157.
- _____, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Ed. IIJ-UNAM, 1985.
- TENA Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2002*, México, Ed. Porrúa, 2002.
- TOMÁS y Valiente, Francisco, "La resistencia constitucional y los valores", *Isonomía*, Alicante, núm. 15-16, 1994, pp. 635-650.
- TOMÁS Villarroya, Joaquín, *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- TROPER, Michel, "El poder judicial y la democracia", *Isonomía*, Alicante, núm. 18, 2003, pp. 47-75.
- _____, "Jefferson y la interpretación de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789", *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, núm. 8, 2000, pp. 541-564.

- VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ Rivas, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, Ed. IJ-UNAM, 2001.
- _____, “Problemas y perspectivas del sistema presidencial mexicano” en ELLIS, Andrew, OROZCO Enríquez, Jesús y ZOVATTO, Daniel (coords.), *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial*, México, Ed. IJ-UNAM, 2009.
- VASCONCELOS Méndez, Rubén, *Una Corte de Justicia para la Constitución. Justicia constitucional y democracia en México*, México, Ed. IJ-UNAM, 2010.
- VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, ed. 2da., México, Ed. Porrúa, 2005.
- VITALE, Ermanno, *Derechos y razones. Lecciones de los clásicos y perspectivas contemporáneas*, México, Ed. IJ-UNAM, 2007.
- _____, “Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales”, *Isonomía*, Alicante, núm. 16, Abril 2002, pp. 39-52.
- YOUNG, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, New Jersey, Ed. Princeton University Press, 1990.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 1995.
- _____, “El juez constitucional en el siglo XXI”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre 2008, pp. 249-268.
- _____, *Società-stato-costituzione*, Bolonia, Ed. Il Mulino, 1988.
- ZOLO, Danilo, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales”, *Isonomía*, Alicante, núm. 22, 2006, pp. 35-51.
- _____, “Una crítica realista al globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas”, *Isonomía*, Alicante, núm. 22, 2002, pp. 197-218.