

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO

LA INEFICACIA DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES, A LA LUZ DEL
MODELO TEÓRICO JURÍDICO DE JOHN
AUSTIN

TESIS QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA:

YAZMÍN YADIRA CARRIÓN GARCÍA

ASESOR: MTRO. ALFONSO ESTUARDO
OCHOA HOFMANN

MÉXICO, D.F.

2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mis padres Carmen y José, así como a mis hermanos por ayudarme a terminar mi carrera brindándome el apoyo necesario para lograr una de mis metas, por estar ahí siempre para mí y sobre todo por haberme aguantado en el proceso creativo de este proyecto, saben que por eso y por más es que los amo. Mis niños les robe algunos momentos por hacer este trabajo, pero sepan que los adoro aunque no se los diga tanto como se lo merecen.

Gracias a mi Universidad que reitero cada día es la mejor por haberme dado a los mejores profesores, tantas enseñanzas, experiencias y sobretodo conciencia social.

Gracias Alfonso porque este trabajo sin tu apoyo y conocimientos no podría haber sido posible, por tus consejos, lecciones, regaños, confianza y sobretodo tu amistad.

Gracias a Carolina Saldívar y Alejandra A. Castañeda por la ayuda, colaboración y paciencia de siempre; amigas simplemente les diré que son únicas, por eso las quiero.

Gracias amigas, porque han estado conmigo en mis locuras de una u otra forma y por eso no podían faltar en ésta, que es una de las más importantes, creo que saben que siempre estaré ahí para ustedes.

Gracias al Lic. Domínguez Arroyo por su ayuda en la investigación y finalmente a todas aquellas personas que colaboraron en este trabajo agregando su conocimiento sobre el tema, su experiencia o simplemente brindándome su tiempo.

<i>fundamentales</i>	30
1.1.5.3.1 Normas que regulan la producción de derechos	30
1.1.5.3.2 Normas que regulan poderes para acceder al ejercicio de derechos	31
1.1.5.3.3 Normas que regulan el ejercicio de derechos	31
1.1.5.3.4 Normas garantizadoras de derechos	31
1.1.5.4 <i>Funciones de los derechos fundamentales</i>	32
1.1.5.4.1 Derecho subjetivo	33
1.1.5.4.2 Libertad	33
1.1.5.4.3 Potestad	33
1.1.5.4.4 Inmunidad	34
1.1.5.5 <i>Jerarquía de valores</i>	34
1.1.6 Conceptualización personal de los derechos fundamentales	35
1.2 Distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales	37
1.2.1 Concepto de derechos humanos	38
1.2.2 Concepto de derechos fundamentales	39
1.2.3 Distinción entre los conceptos derechos humanos y derechos fundamentales	40
1.3 Teorías sobre los derechos fundamentales	41
1.3.1 Teoría liberal	41
1.3.2 Teoría institucional	42
1.3.3 Teoría axiológica	42
1.3.4 Teoría democrático-funcional	42
1.3.5 Teoría del Estado social	42
<u>2. Evolución de los derechos fundamentales</u>	43
2.1 La modernidad (Siglo XVI a XX)	44
2.2 La posmodernidad (Siglo XX -)	50
<u>3. Antecedentes de los derechos fundamentales en México</u>	52
3.1 Etapa individualista	52
3.2 Etapa mixta	54
<u>4. Garantías de los derechos fundamentales</u>	56
4.1 Concepto y clasificación	57
4.1.1 Clasificación de las garantías de los derechos fundamentales	58
4.1.1.1 <i>Clasificación de las garantías de los derechos fundamentales realizada por Luigi Ferrajoli</i>	59
4.1.1.1.1 Garantías primarias	59
4.1.1.1.2 Garantías secundarias	59
4.1.1.2 <i>Clasificación de las garantías de los derechos fundamentales por su fuente</i>	60
4.1.1.2.1 Garantías nacionales	60
4.1.1.2.2 Garantías internacionales	61
4.2 Garantías jurisdiccionales en México	62
4.2.1 La controversia constitucional	62
4.2.2 La acción de inconstitucionalidad	62
4.2.3 El juicio político	63
4.2.4 Juicio de amparo	63
4.2.4.1 <i>Objetivos del juicio de amparo</i>	64
4.3 Garantías no jurisdiccionales en México	65
4.3.1 Comisión Nacional de los Derechos Humanos	67

CAPITULO II MODELO TEÓRICO DE JOHN AUSTIN

1. <u>Biografía de John Austin</u>	72
2. <u>Análisis del libro Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia</u>	77
2.1 Jurisprudencia particular	78
2.2 Jurisprudencia general	79
3. <u>Análisis del libro El objeto de la jurisprudencia</u>	82
3.1 Elementos normativos del modelo de John Austin	82
3.1.1 Leyes en sentido propio o propiamente dichas	83
3.1.1.1 <i>Las Leyes de Dios</i>	84
3.1.1.1.1 Teoría del sentido moral o principios prácticos innatos	86
3.1.1.1.2 Teoría de la utilidad	88
3.1.1.2 <i>Leyes positivas</i>	89
3.1.1.2.1 Leyes establecidas a los hombres por los superiores políticos	90
3.1.1.2.2 Leyes establecidas por hombres que no son superiores políticos a otros hombres en ejercicio de sus derechos subjetivos	91
3.1.2 Leyes en sentido impropio o impropriadamente dichas	91
3.1.2.1 <i>Moralidad positiva</i>	92
3.1.3 Leyes en sentido metafórico	95
3.2 Elementos que componen a las leyes positivas en el modelo de Austin	95
3.2.1 Autoridad	96
3.2.1.1 <i>Características del soberano</i>	96
3.2.1.1.1 Hábito de obediencia	97
3.2.1.1.2 Una autoridad común para toda la sociedad que dirige	98
3.2.1.1.3 Un soberano jurídicamente ilimitado	100
3.2.1.2 <i>Normas constitucionales como leyes de moralidad positiva que determinan a las Autoridades o Soberanos</i>	101
3.2.1.3 <i>Finalidad de la autoridad</i>	102
3.2.2 Mandato	103
3.2.2.1 <i>Clasificación del mandato</i>	105
3.2.2.1.1 Leyes o reglas	105
3.2.2.1.2 Mandatos ocasionales	105
3.2.2.2 <i>Superiores e inferiores</i>	106
3.2.2.3 <i>La ley positiva y los mandatos</i>	107
3.2.2.4 <i>Manifestación de los mandatos</i>	108
3.2.3 Sanción.	108
3.2.3.1 <i>El caso de los premios</i>	109

CAPÍTULO III APLICACIÓN DEL MODELO TEÓRICO DE JOHN AUSTIN A LAS GARANTÍAS NO JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. <u>La Comisión Nacional de los Derechos Humanos como autoridad</u>	114
1.1 Uso del término derechos humanos	115
1.2 La CNDH conocerá de actos u omisiones de naturaleza administrativa, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación	116
1.3 Formulación de recomendaciones no vinculatorias	119
1.4 Incompetencia tratándose de asuntos de carácter laboral, electoral y jurisdiccional	120

1.5 La ley de la CNDH y su reglamento interno	121
1.6 ¿La CNDH puede ser considerada autoridad a la luz del modelo teórico de Austin?	123
1.7 Consideraciones del Poder Judicial de la Federación sobre las actuaciones de la CNDH	126
<u>2. El elemento mandato en el modelo teórico de Austin y las recomendaciones de la CNDH</u>	128
2.1 Características y efectos de las recomendaciones	129
2.1.1 <i>Carácter no vinculatorio de las recomendaciones y sus efectos</i>	130
<u>3. La no vinculación y el elemento de sanción</u>	132
3.1 Características de la no vinculación y efectos en el modelo teórico	134
<u>4. Eficacia de las resoluciones de la CNDH</u>	137
4.1 Concepto de eficacia y elementos	138
4.1.1 <i>Obediencia</i>	139
4.1.2 <i>Aplicación y sanción</i>	141
4.2 La no vinculación de las recomendaciones y su eficacia práctica	142
4.2.1 <i>Al Secretario de Seguridad Pública Federal</i>	145
4.2.2 <i>Al Gobernador Constitucional del Estado de México</i>	145
4.2.3 <i>De forma conjunta, al Secretario de Seguridad Pública Federal y al Gobernador Constitucional del Estado de México</i>	147
4.2.4 <i>Al Comisionado del Instituto Nacional de Migración</i>	148
CONCLUSIONES	151
BIBLIOGRAFÍA	166
DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS	170
LEGISLACIÓN	172
REVISTAS Y PÁGINAS DE INTERNET	172

INTRODUCCION

Los derechos fundamentales se derivan del reconocimiento que el Estado hace de la necesidad de las personas de sentirse protegidas, ya que si bien el Estado se constituye como la institución que por excelencia va a proteger y mantener el orden social y a sus integrantes, a la vez puede coartar o limitar algunas de sus libertades esenciales, a través del denominado contrato social y las instituciones creadas por el mismo.

El estudio y análisis de los derechos fundamentales inicia en el siglo XVII. Tomando según el autor que se estudie como punto de partida las declaraciones de derechos humanos o el enfoque constitucional. Así, los derechos son el resultado de un proceso histórico, y su evolución en buena parte se ve reflejada en los intentos de catalogar y reunir a través de constituciones o pactos internacionales sus medios de defensa y garantía.

Este hecho lo consideramos realmente difícil de lograr desde el punto de vista de las garantías no jurisdiccionales, ya que como se verá en el trabajo las condiciones actuales, no nos permiten hacerlos vinculatorios y efectivos.

Hay varios enfoques para estudiar a los derechos fundamentales, algunos de los cuales tratare de explicar brevemente a continuación:

- ✓ **Carácter jurídico:** establece que son aquellos derechos que están consagrados en la Constitución, (tomándola como marco de referencia por ser el texto supremo de un sistema jurídico determinado)

Es un análisis desde el punto de vista dogmático constitucional que evita entrar en el análisis de las causas, y los porques del surgimiento de los derechos fundamentales, evitando de esta manera el análisis de los factores sociológicos, económicos y políticos, que sirvieron para su establecimiento en esa Constitución que se vuelve el único objeto de análisis.

- ✓ **La teoría de la justicia de Rawls:** se centra en el estudio de las razones o justificaciones para que existan esos derechos, basándose en criterios axiológicos para ver el ser y el deber ser de los derechos fundamentales.

- ✓ **El garantismo:** establece que los derechos fundamentales tienen como criterio que los determina la igualdad, la democracia, la paz y el papel que realizan tomándolos como la ley del más débil.

Es decir se toma a los derechos fundamentales como los instrumentos de protección de bienes básicos, (es decir los necesarios para la realización de un plan de vida), de manera que se constituya una vida digna, razón por la que se da una protección especial a los intereses más vitales de toda persona independientemente de sus gustos o creencias personales, ya que son derechos universales y generales.

- ✓ **La teoría del derecho:** tiene por objeto construir un sistema de conceptos, que nos permitan entender que son los derechos fundamentales y sus sistemas de garantías, es decir el qué y el cómo. Tratando de llegar a un concepto que no sea ni verdadero ni falso, sino más o menos adecuado para el estudio que se pretende realizar.
- ✓ **La sociología jurídica:** pretende responder que derechos pueden ser considerados fundamentales, por qué razones y los procedimientos mediante los que han sido garantizados. Estudiando su grado de eficacia en el mundo fáctico.

Podríamos establecer la diferencia entre los derechos humanos y los derechos fundamentales, explicando que los derechos humanos son el concepto más amplio, es decir, son el genero, el conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de libertad, dignidad e igualdad humana que deben ser reconocidas por el derecho nacional e internacional.

Mientras que los derechos fundamentales son lo específico, es decir los derechos humanos garantizados por ordenamientos jurídicos positivos (que en su mayoría se encuentran establecidos en la Constitución de cada Estado), y que cuentan con una tutela reforzada con mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, siendo estos últimos los que estudiaremos en este trabajo, debido a la importancia que tienen en el mundo fáctico y su ineficacia.

Los derechos fundamentales son garantías reconocidas por el Estado a las personas, que tienen medios propios de protección, los cuales representan el reconocimiento efectivo y real de estos derechos, actúan legitimando, creando y manteniendo el consenso de las razones por las que son importantes éstos, su vigilancia y cumplimiento.

Además de garantizar la libertad humana individual limitando el poder estatal influyendo en todo el ordenamiento jurídico; son requisitos de su existencia que estén establecidos en la Constitución, y que haya un control constitucional de sus medios de cumplimiento para lograr armonía en el sistema jurídico.

Las garantías pueden dividirse o clasificarse en jurisdiccionales y no jurisdiccionales, las jurisdiccionales en el caso de México se encuentran representadas por el Juicio de Amparo, mientras que las no jurisdiccionales se encuentran representadas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que conoce de las quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad, o servidor público que viole derechos humanos, pudiendo emitir solamente recomendaciones públicas de naturaleza no vinculatoria.

Las recomendaciones carecen de efectividad en el mundo fáctico, ya que al no existir obligación alguna para que sea respetada su resolución, la autoridad o el servidor público puede o no obedecer la obligación, hecho del cual se desprende la idea del trabajo que se presenta.

Los derechos fundamentales constituyen una constante histórica y teórica en todas las latitudes y marcan un horizonte social y temporal, dados los profundos alcances de su poder transformador con la sociedad. En este sentido, el desarrollo del pensamiento constitucional de los derechos fundamentales, debe partir del reconocimiento de las necesidades históricas de libertad y justicia de cada realidad, como fuente de objetivos a realizar; pero no de manera abstracta e intemporal, sino como necesidades concretas y particulares de los hombres y las sociedades, en tanto constituyen la base de todo Estado constitucional y democrático, en su forma avanzada o tradicional.

Podríamos partir de los derechos que nos han legado los movimientos revolucionarios de los siglos XVII y XVIII es decir, del hecho de que son los derechos innatos que tiene el individuo por propia naturaleza; por ello en las diferentes declaraciones se repite: “que son derechos inalienables”, que el ser humano nace con el derecho moral a la libertad.

La doctrina jurídica de esta época, que busca un fundamento sólido contra el absolutismo, basándose en el derecho natural y que para alcanzar el carácter de fundamentales deben superar el concepto moral y, estar tutelados y garantizados como hemos apuntado, a través de un proceso de positivación.

Dicho proceso se inicia en el tránsito a la modernidad, en el que el principio fundamental es el poder real absoluto, un poder compartido con los estamentos, el rey encarna y personifica al Estado, que entabla una lucha con la Iglesia para su organización y ruptura de la llamada *res pública cristiana*, que desembocará en el Estado soberano moderno.

Es en el Estado absoluto en donde surgirá la idea de la razón de Estado, opuesta a los derechos fundamentales ya que no existía ningún derecho para los súbditos sino tan solo el de la obediencia y fidelidad a su rey; poco a poco se irá superando esta personificación en el monarca con la construcción de una burocracia, de una administración objetiva y de un dualismo Estado / individuo que preparara el Estado liberal. Cuya vinculación a los intereses de la burguesía, desembocara en la importancia del derecho privado, de las doctrinas del origen contractual del Estado y del estado de naturaleza.

En Europa aparecen los primeros tratados de derecho público cuyo concepto primordial es el de la soberanía, que muestran los poderes soberanos iniciándose una literatura jurídica nueva con el desarrollo de la razón del Estado como medio para romper con los estamentos y privilegios.

La primera ruptura del poder absolutista fue revolucionaria con el estallido de dos movimientos en el siglo XVIII, la revolución francesa y la formación de los Estados Unidos de América, tras la guerra de independencia de las colonias, período que en Europa corresponde a la formación del liberalismo clásico y del termino Constitución que modifican los principios

políticos del llamado Estado de Derecho, cuyas características son la limitación de las actividades gubernamentales por el derecho y la determinación de límites a través de las constituciones.

En el Estado liberal, el poder del monarca es sustituido, por el valor de la ley y su consideración como la máxima expresión de la razón para suprimir los privilegios y tender a la igualdad de los súbditos y frente a la unidad del poder en el monarca la separación de poderes, así como la introducción de una limitación gubernamental con el derecho y un planteamiento de los límites que quedan reflejados en los diferentes textos constitucionales escritos.

En este periodo la lucha por los derechos del hombre comienza a ser un hecho hasta ser el factor fundamental que coadyuva a limitar el poder político y a sustituir la razón del Estado por el predominio de la ley, formula a la filosofía de los derechos del hombre, dentro del liberalismo democrático y vinculados al Estado de Derecho.

Las constituciones que adquieren sentido a finales del siglo XVIII, asumen el significado de Leyes Fundamentales es decir son los textos legislativos que recogen los principios esenciales del funcionamiento del Estado, su Constitución, atribuciones y la creación legislativa.

También encierran la limitación del poder a través del reconocimiento de derechos en donde se dan zonas exentas al uso del poder público y reservadas para el disfrute de los destinatarios (es decir, libertades y derechos fundamentales)

En la historia constitucional de occidente, los primeros documentos surgieron en Inglaterra, con limitaciones jurídicas al poder estatal, la *Carta Magna* (1215), la *Petition of Rights* (1628), el *Habeas Corpus* (1679) y el *Bill of Rights* (1689), precursores de los nuevos documentos de declaración de los derechos del hombre, pero carentes de la proclamación de los derechos de la persona, pues sólo se refieren a la sociedad y a los deberes del gobierno.

Tendrán un carácter diferente las declaraciones de los derechos ya individuales, que son inherentes al ser humano, que encontramos en la Revolución de Independencia Americana, donde se recogen legislativamente

los derechos innatos, inalienables, no con un origen político, sino religioso, en las colonias puritanas. Del mundo anglosajón a la Revolución francesa, surge en 1789 *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, momento histórico en que los derechos fundamentales se reconocen como derechos naturales, dentro de las doctrinas iusnaturalistas y con ellos los derechos humanos penetran en el derecho constitucional.

Trascienden del periodo filosófico al momento normativo, en el que surgirán los derechos fundamentales, cuya diferencia estriba en que un derecho fundamental se producirá si el poder que fundamenta ese sistema de derecho positivo tiene la voluntad de positivizar ese valor.

Para hacer este trabajo nos concentramos teóricamente en el pensamiento de John Austin, debido a que su teoría del derecho y de la naturaleza de las normas es fundamental en la concepción contemporánea del derecho.

Su conceptualización y el peso específico que se le ha asignado por la teoría jurídica nos permite hacer un análisis de los derechos humanos y su imposibilidad fáctica de hacerlos efectivos a través de los medios de garantía no jurisdiccionales.

Austin estima que el rasgo característico de las normas es el establecimiento de un comportamiento obligatorio con la amenaza latente que de no cumplirlo se establecerá una sanción; afirma que las normas jurídicas son un mandato, entendiendo éste como una orden que se da en una relación de supra subordinación, en donde hay la amenaza de que de no seguirse el comportamiento establecido habrá una sanción por parte de la autoridad.

Además establece que existe una obligación de obedecer, siendo así correlativo el término mandato y deber, ya que si hay una orden por parte de la autoridad a la otra parte en la relación jurídica le corresponde la obligación o deber de obedecer, por que de no hacerlo se actualizaría la sanción.

Por otra parte John Austin explica que donde existe una sanción, así sea ésta leve o insuficiente, existe un deber y un mandato. Por lo que son términos inseparablemente relacionados.

La metodología utilizada se establece a través de una postura epistémica, denominada “hermenéutico, lingüístico fenomenológica” misma que explicamos a continuación.

Habermas sostiene que hay varias posturas del conocimiento que se dan a partir de la revolución copernical y que abarcan todo el conocimiento hasta nuestros días, con base en esto se han desarrollado tres grandes tipos de posturas que son:

- a) Empírico analítica
- b) Lingüístico hermenéutico fenomenológica
- c) Sistemática de la acción o dialéctica.

Estas posturas epistemológicas nos permiten obtener varios beneficios de los cuales podemos mencionar:

- ✓ La manera en que se organiza el conocimiento es más universal.
- ✓ Nos permite diferenciar los tipos de lenguaje sobre lo social con base en sus características comunicacionales.
- ✓ Se puede comprender la pluralidad y diversidad de perspectivas teóricas existentes en torno de los medios.

La epistemología investiga como conocemos y busca comprender los procesos a través de los cuales se adquiere un conocimiento.

Esta rama del conocimiento de manera lógica busca una consistencia entre los medios por los que se construye un objeto de estudio y las conclusiones obtenidas.

La postura hermenéutico, lingüístico fenomenológica, promueve una forma de organización del conocimiento en la que se retoman elementos de la filosofía platónica y en mayor grado de la aristotélica, en específico sobre sus estudios de lógica, estética y retórica.

Se busca generar a través de esta postura, una explicación que incorpore un análisis del lenguaje y de los signos, con la que se pueda interpretar el pasado y el presente.

Esta postura surge a inicios del siglo XIX, cuando Federico Hegel combate abiertamente el pensamiento positivista y, a través de su materialismo

histórico reivindica de manera radical la existencia de un espíritu trascendente. Dilthey retomó estas ideas, y formuló uno de los principios fundamentales de esta postura epistemológica al afirmar que el objeto de estudio de las ciencias humanas es el mundo del hombre, y que, como producto que es del espíritu humano es, en consecuencia, algo producido históricamente.

Viendo el hecho social desde esta perspectiva se derivan consecuencias inevitables, el denominado “*Verstehen*” (entendida como la comprensión, esta es el método adecuado para captar un mundo significativo, intencional) viene como contrapropuesta al “*Erklaren*”, entendido como la explicación causalista para los fenómenos que se tratan de conocer.

El método científico ayuda a la postura hermenéutico, lingüístico fenomenológica a la construcción de tipos ideales que intentan comprender las situaciones presentes que circundan el fenómeno, con la pretensión de descubrir en que sentido se realiza la acción, misma que puede ser racional o irracional.

A esta postura epistemológica le es importante comprender al hombre, a través de las “ciencias del espíritu”, las cuales tienen como objetivo indagar en la memoria histórica de los hombres, sus producciones artísticas, el devenir de su pensamiento y el estudio del presente en tanto que es una condensación del pasado.

En este proceso de comprensión se descubre que las mujeres y los hombres son lo que han sido y lo que pueden ser, es el drama de lo humano, del cómo y por qué pensamos lo que pensamos, y cómo es que se han transformado nuestro pensar a través del tiempo.

Aunado a esto, permite tomar el hecho histórico y entenderlo como parte del fenómeno social, el cual la postura empírico analítica rechaza. El reconocimiento del hecho histórico es fundamental en la comprensión de los fenómenos sociales, por ende esta postura por las razones expresadas es a mi parecer, la más adecuada para la explicación de los fenómenos sociales.

Se analizará la imposibilidad de hacer efectivos los derechos fundamentales, desde la perspectiva de las garantías no jurisdiccionales,

explicando el fenómeno con base en la teoría del derecho de Austin. Debido a que la falta de sanción impide que se constituya un mandato legal, al no obligar a las autoridades a llevar a cabo algún deber de obediencia respecto de los derechos fundamentales, por la propia naturaleza de las recomendaciones que emiten estos organismos que es no vinculatoria.

Se busca probar que desde la teoría de Austin no se puede constituir un mandato ni una obligación por parte del sujeto pasivo de esta relación, al no existir uno de los elementos que considera esenciales para la existencia de la norma jurídica que es la sanción.

Así pues, se analiza la necesidad de las personas de tener medios de protección efectivos y eficaces por parte del Estado de los derechos que ya reconoció constitucionalmente como esenciales e inherentes al ser humano. Debido a que en el caso de los medios de protección no jurisdiccionales la falta de sanciones impiden que se constituya un mandato legal, lo que ocasiona su imposibilidad fáctica de volverse positivas y eficientes, por que no se da una sanción en caso de incumplimiento de las resoluciones que dictan los organismos encargados de la vigilancia de estos instrumentos.

Se delimita la investigación a comprender la naturaleza de las garantías no jurisdiccionales de los derechos fundamentales, así como su imposibilidad de hacerse efectivos y positivos en una sociedad definida, desde el punto de vista de la teoría del derecho de John Austin por la falta de los elementos esenciales que plantea en sus textos.

En este sentido los objetivos en este proyecto se limitan a los siguientes cinco aspectos:

- a) Explicar qué son los derechos fundamentales.
- b) Explicar la naturaleza de las garantías no jurisdiccionales de los derechos fundamentales.
- c) Explicar la ineficacia de las garantías no jurisdiccionales.
- d) Comprobar la hipótesis planteada a través del modelo de John Austin.
- e) Determinar la ineficacia de las instituciones que se encuentran encargadas de la vigilancia de los derechos fundamentales en México.

El objetivo de este trabajo es demostrar que desde el modelo teórico de John Austin son ineficaces las garantías no jurisdiccionales de los derechos fundamentales, por la falta de sanción lo que las vuelve ineficaces.

La falta de vinculación en los derechos fundamentales hace imposible su aplicación en el mundo, porque al no existir sanción en caso de incumplimiento en el caso de las garantías no jurisdiccionales que los protegen, hacen que sea imposible su aplicación, rompiendo con su objetivo de salvaguarda de estos derechos, lo que produce una ineficacia total en el esquema jurídico.

El tema demuestra que no pueden existir instituciones como la Comisión Nacional de Derechos Humanos que solamente realicen una supervisión a los órganos de poder, sin la posibilidad de aplicar sanciones por la naturaleza de sus recomendaciones, que por lo tanto no puedan hacer valer las obligaciones que por mandato de las normas tienen las instituciones estatales, la cual consiste en garantizar la protección de los derechos fundamentales o la esfera de libertades y derechos que tienen los gobernados.

CAPITULO I

CONCEPTOS Y ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Conceptos y antecedentes de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales son un concepto difícil de explicar, por ser un término que se ha tratado desde diferentes posturas teóricas, que le dan al tema un tratamiento diferente según se aborde desde el enfoque del derecho natural o del derecho positivo. De esta situación se desprende el problema del uso que se le ha dado al concepto derechos fundamentales como sinónimo de derechos del hombre, derechos humanos, libertades o simplemente como derechos.

Por lo anterior existe la necesidad de realizar un análisis sobre algunas de las diferentes concepciones que se han dado acerca de los derechos fundamentales, así como las características que los distinguen. Para ello en este trabajo de investigación se han tomado como punto de referencia las visiones teóricas y conceptuales de los autores Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Maurizio Fioravanti y Gregorio Peces-Barba, quienes han tratado con amplitud el tema que nos ocupa y que nos servirán para señalar con posterioridad una concepción propia respecto a los derechos fundamentales, la cual será base de toda la investigación que se desarrolla en los capítulos posteriores de éste trabajo.

El estudio que realizamos sobre los antecedentes de los derechos fundamentales se enfoca en su nacimiento y evolución en la modernidad, pues *“la concepción de los derechos es producto del pensamiento moderno”*,¹ entendiendo por modernidad una etapa histórica que abarca del siglo catorce al siglo diecisiete en su formación y cuya duración para muchos autores aún persiste.

Analizándolos también la posmodernidad, etapa del pensamiento que inicia a finales del siglo veinte, condición posmoderna en la que se presume se

¹ Cfr. CARBONELL, Miguel, *“Los derechos fundamentales en México”*, Porrúa, México, 2005. p. 30.

transforma la visión existente sobre la solidez y legitimidad de la racionalidad y por ende del derecho.²

Es imprescindible aclarar que los antecedentes que se presentan en esta investigación son solamente un bosquejo, debido a que es una tarea que desborda los propósitos del presente estudio.

1.1 Definición del concepto derechos fundamentales

Como lo mencionamos anteriormente es necesario realizar un análisis sobre algunas de las diferentes concepciones que se han dado acerca de los derechos fundamentales, así como las características que los distinguen de otro tipo de derechos como los derechos humanos.

Es por ello que a continuación estudiaremos los criterios que identifican a los derechos fundamentales, y posteriormente analizaremos y clasificaremos los conceptos que nos brindan los juristas Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Maurizio Fioravanti y Gregorio Peces-Barba, dentro de alguna estas clasificaciones.

1.1.1 Criterios para identificar los derechos fundamentales

En el estudio de los derechos fundamentales existen varias clasificaciones que intentan definir esta noción, pese a esta multiplicidad de visiones las definiciones de derecho fundamental, comúnmente se agrupan alrededor de tres criterios a decir: el formal, el material y el procedimental.³

1.1.1.1 Criterio formal

En este tipo de criterio los derechos fundamentales son concebidos como aquellos que pertenecen a un catálogo de derechos previstos por una Constitución determinada, no pretende analizar el contenido que deben tener los derechos para ser fundamentales, simplemente verifica que se encuentre previstos en las normas de éste tipo.

² Cfr. MINDA, Gary, “ *Postmodern legal movements, law and jurisprudence at century’s end*” New York University Press, 1995, p. 3-4

³ Cfr. BOROWSKI, Martín “*La estructura de los derechos fundamentales*”, Trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003. p. 33-37.

Lo que implica que el orden constitucional haga el reconocimiento de ciertas pretensiones que se califican como derechos.

1.1.1.2 Criterio material

Éste descansa en una implicación necesaria entre derechos humanos y derechos fundamentales, es decir, supone que los derechos fundamentales son el intento de volver positivos a los derechos humanos que son parte de la esfera del derecho natural, dándoles la fuerza necesaria en su aplicación y eficacia.

1.1.1.3 Criterio procedimental

Es una mezcla de los dos criterios anteriores porque destaca el procedimiento de toma de decisiones sobre el contenido de los derechos, es decir, intenta definir quien debe decidir el contenido de los derechos fundamentales y que esferas de acción tienen cada uno de los poderes para definir su contenido y aplicación.

1.1.2 Robert Alexy

Robert Alexy estudió filosofía y ciencia del derecho en Göttingen, donde obtuvo el grado de profesor en 1984. Desde 1986 ocupa la cátedra de *Ciencia del derecho* de la Universidad Christian Albrecht de Kiel. De sus numerosas publicaciones se han traducido al castellano sus libros *Teoría de la argumentación jurídica*, *Teoría de los derechos fundamentales*, *Derecho y razón práctica* y *La pretensión de corrección del derecho* (junto con Eugenio Bulygin)

Para este autor el derecho es algo más que un conjunto de normas jurídicas, en el que la ciencia del derecho no es neutral, por lo que utiliza además de la lógica formal la teoría de la argumentación, que a su vez se ayuda de la ponderación de principios con la que se pueden construir y dar buenas razones para sostener tesis, normas y proposiciones jurídicas.

Alexy es un autor que en su análisis de los derechos fundamentales se puede ubicar en el criterio formal, toda vez que plantea su teoría de los derechos fundamentales en la ley fundamental, que está basada en una serie

de determinados derechos positivamente validos; además su análisis es formal debido a que sus intenciones filosóficas encuadran dentro de una filosofía del derecho analítica.

Para Alexy los derechos fundamentales, son los que se encuentran en las normas constitucionales y en las normas adscriptas a la Constitución, siendo su estudio un análisis de los derechos positivos.

Por otra parte realiza un análisis argumentativo sobre la importancia y trascendencia de la actuación judicial como principal afectación del derecho fundamental, pues como él observa *“Debido a la vaguedad de su normación,⁴ poco es lo que se gana tan sólo con el conocimiento del derecho legislado (...) no se puede renunciar al conocimiento y a la consideración de la jurisprudencia”*.⁵

Aunque este autor nunca brinda una definición clara de lo que él considera como derecho fundamental, nos otorga dentro de su texto varios criterios que pueden acercarse a la conceptualización de este tipo de derechos.

Un primer criterio es que considera que las normas de derecho fundamental se pueden obtener desde un criterio formal, es decir, las que se encuentren dentro del texto constitucional independientemente del contenido que se tenga. Formando entonces una relación entre la Constitución y las normas fundamentales, esta relación circular se presenta estrecha, pero puede llegar a admitir una ampliación del margen de acción a través de las denominadas normas adscriptas, que son las normas que dependen de las normas constitucionales, por lo que: *“Las normas de derecho fundamental pueden, por ello dividirse en dos grupos: en las normas de derecho fundamental directamente estatuidas en la Constitución y las normas de derecho fundamental a ellas adscriptas”*.⁶

Para que una norma sea adscripta de manera correcta debe ser una norma valida, y que exista una argumentación iusfundamental correcta que se

⁴ Por normación, entendemos la creación de las normas jurídicas que establecen los derechos fundamentales, de tipo constitucional y las normas adscriptas.

⁵ ALEXY, Robert, *“Teoría de los derechos fundamentales”*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, 3ª reimpresión, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid España, 2002, p. 31.

⁶ *Ibidem*. p. 70

basa en el texto normativo, la jurisprudencia que exista en torno a ella que la reconozca como norma fundamental y los argumentos prácticos que se den en torno a este tipo de normas.

Mientras que para las normas de derecho fundamental directamente estatuidas basta para su fundamentación iusfundamental correcta, por lo general, una referencia al texto de la Constitución.

Otro de los criterios que son fundamentales para poder entender la noción de derecho fundamental en Alexy es que este concepto deriva de una fundamentación iusfundamental, la que nos obliga a hacer una diferenciación entre regla y principio, toda vez que como sostiene Alexy entendiendo su diferencia, se puede resolver los problemas de la dogmática de los derechos fundamentales.⁷

Un principio puede ser entendido como las normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, es decir, que su cumplimiento puede ser en diferente grado ya que depende de las posibilidades existentes.

Por otra parte una regla es concebida como normas que pueden o no ser cumplidas, sin que se presente la posibilidad de grados en su cumplimiento.

Hace una clara distinción entre estos dos conceptos explicando la problemática de poder consolidar la noción de derecho fundamental, por una parte, entendiendo que un conflicto entre reglas es ubicado como un problema de validez, porque al contradecirse ambas normas, una de ella elimina o declara inválida a la otra. Mientras que cuando los principios hacen coalición uno de ellos cede ante el otro, precediéndose por importancia en el caso en particular.

De esta confrontación entre normas deriva la importancia de los principios en una decisión de carácter iusfundamental, la ley fundamental debe de ser posible en términos de Alexy de ser explicada a la luz de la decisión iusfundamental.

⁷ Cfr. ALEXY, Robert, op. cit. p. 81.

Pero, desde el punto de vista de los derechos fundamentales son también relevantes los principios que, por su contenido, no pueden ser adscriptos a ninguna disposición constitucional. Numerosas cláusulas de restricción incluyen la autorización del legislador para decidir por sí mismo los principios según los cuales quiere orientarse, es decir, la autorización para limitar derechos fundamentales sobre la base de principios que, desde el punto de vista de la Constitución no tienen que ser seguidos (...) Principios como éste, deben su relevancia iusfundamental, en parte al hecho de que el legislador ha hecho uso de la competencia concedida en una reserva de derecho fundamental.⁸

Entre los principios que resultan importantes para la decisión iusfundamental se encuentran los principios que confieren derechos fundamentales individuales y los que se refieren a bienes colectivos.

Ambos pueden estar establecidos en la norma fundamental o en las normas adscriptas, denominándose *formalmente adscriptos a disposiciones iusfundamentales*.

O bien pueden establecerse como un parámetro para las decisiones iusfundamentales por la relevancia material que poseen, denominándose *principios de adscripción material* que se demuestra con el uso de la argumentación jurídica⁹.

Las disposiciones de derecho fundamental son consideradas como la positivización de principios, pero también es posible establecer en ellas determinaciones que resuelvan la coalición entre principios contrapuestos; en este último caso se estatuye con ella un principio y también una regla, si esa regla necesita de la ponderación previa entonces resulta una regla incompleta. Pero ambas determinaciones tienen que ser tomadas en serio, pues se encuentran en la Constitución.

Como ya se mencionó, a través de las disposiciones iusfundamentales se establecen dos tipos de normas las reglas y los principios, siendo posible que al reunirse estos dos niveles en una misma norma se configure una *norma iusfundamental de carácter doble*, en donde en el caso de los principios se

⁸ ALEXY, Robert, op. cit. p. 131.

⁹ Cfr. ALEXY, Robert, op. cit. p.132.

puede realizar una ponderación de ellos¹⁰, y por parte de las reglas una subsunción que las complete en su aplicación.

Robert Alexy realiza un análisis de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, en donde nos indica que es preciso distinguir tres cuestiones para el estudio de los derechos subjetivos, que denomina como normativas, empíricas y analíticas que explicaremos a continuación.

1.1.2.1 Normativas

Las cuestiones normativas de los derechos subjetivos se subdividen en cuestiones de carácter ético-filosóficas y dogmático-jurídicas.

Encontramos cuestiones ético-filosóficas en aquellos casos en los que con independencia de la validez de un orden jurídico positivo persiste la pregunta de porqué los individuos tienen derechos y cuáles son esos derechos.

Por el contrario, las cuestiones dogmático-jurídicas existen en aquellos casos en los que se trata de saber qué derechos contempla el orden jurídico positivo.

1.1.2.2 Empíricas

Para Alexy, las cuestiones empíricas se refieren a enunciados sobre el surgimiento de los derechos, su historia, las consecuencias sociales y las funciones que cumplen esos derechos subjetivos en el complejo social, es decir se realizan argumentos históricos y teleológicos sobre su nacimiento, desarrollo y objetivos.

1.1.2.3 Analíticas

Por último, las cuestiones analíticas son útiles para formular una teoría que describa la estructura de los derechos.

¹⁰ Es de mencionar que Alexy realiza una referencia a la ley de la ponderación diciendo que ésta: “pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos”, ALEXY, Robert, op. cit. p. 161.

Agregando que “una ponderación es racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede ser fundado racionalmente”, Ibidem. p. 159.

De esto se desprende que el modelo de ponderación vincula la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional.

Al efecto resulta de primera importancia asumir que los derechos subjetivos son entendidos como posiciones y relaciones jurídicas entre sujetos. La teoría propuesta por Alexy permite comprender qué tipo de relaciones jurídicas configuran un derecho fundamental.

De acuerdo con Robert Alexy los derechos fundamentales crean una serie de posiciones jurídicas básicas que divide en tres categorías que denomina derechos a algo, libertades y competencias.¹¹

1.1.2.3.1 Derechos a algo

Estos se conforman por un titular del derecho que es quien puede exigir a un obligado a que realice o no una acción o se cumpla con un deber, creando una relación triangular en donde siempre existirán estos elementos.

Lo importante en esta categoría es saber que obligación existe entre el titular y el sujeto obligado, porque de ésta acción negativa o positiva que deba realizar para cumplir la exigencia del titular del derecho, se derivan las dos principales especies de derechos a algo.

Se dan los derechos de defensa en el caso de las acciones negativas, cuando el objeto del derecho es una abstención u omisión por parte del sujeto obligado, y los derechos de prestación, cuando se trata de una acción positiva que consiste en un hacer, ambas especies se diferencian por el objeto del derecho y se explican a continuación.

1.1.2.3.1.1 Derechos de defensa

Los derechos de defensa implican acciones negativas o abstenciones por parte del sujeto obligado, el ejemplo más claro de esta especie de derechos surge en el caso de los derechos que poseen los ciudadanos frente al Estado, donde los titulares de los derechos pueden exigir que en su ejercicio de los mismos no intervenga el Estado.

¹¹ Cfr. ALEXY, Robert, op. cit. p. 186.

En el ejemplo que mencionamos el sujeto obligado que en este caso es el Estado cumple con el objeto del derecho subjetivo simplemente no interviniendo en el ejercicio de esos derechos.

Es necesario destacar que a su vez los derechos de defensa pueden subdividirse en tres grupos, que son los derechos al no-impedimento de acciones, la no-afectación a propiedades o situaciones y la no-eliminación de posiciones jurídicas que se tratan de manera breve a continuación:

1.1.2.3.1.1.1 Derechos al no-impedimento de acciones

Los impedimentos nacen cuando el sujeto obligado por parte del derecho subjetivo realiza o crea circunstancias que hacen que una acción sea fácticamente imposible de ser llevada a cabo por parte del titular del derecho.

Cuando el sujeto obligado es el Estado, éste no puede por ejemplo dictar prohibiciones o imponer obstáculos que eviten o impidan el cumplimiento de derechos subjetivos.

Es decir, el Estado no puede impedir el ejercicio de los derechos dictando medidas que tengan esa finalidad, independientemente del tipo e intensidad de éstas.

Alexy lo expresa de la siguiente manera *“Al primer grupo, pertenecen sólo los derechos a que el Estado no estorbe las acciones del titular del derecho, cualquiera que sea su tipo, es decir, no las impida u obstaculice por actos, cualquiera que sea su tipo”*¹²

1.1.2.3.1.1.2 Derechos a la no-afectación de propiedades o situaciones

En esta especie el particular tiene el derecho a que el Estado no menoscabe determinadas propiedades que ya posee como titular de derechos fundamentales, como la vida y la salud o situaciones como la inviolabilidad de la correspondencia y el domicilio, que ya están contempladas como parte de los derechos fundamentales que se encuentran garantizados.

¹² ALEXY, Robert, op. cit. p. 191.

1.1.2.3.1.1.3 Derechos a la no-eliminación de posiciones jurídicas

Una prohibición de este tipo se puede considerar desde dos aspectos: por una parte se puede dar por la obstaculización en el ejercicio de una acción que se da cuando el obligado hace fácticamente imposible el ejercicio de la acción por parte de su titular

También surge a través de la eliminación de una posición jurídica que nace cuando el sujeto obligado en este caso el Estado hace que un acto jurídico sea imposible de llevarse a cabo jurídicamente, por que las normas de donde surge el acto son derogadas, privando a los individuos de una posición jurídica que ya tenían, o bien imposibilitando que se modifique su situación jurídica.

Podemos decir que es el derecho del ciudadano frente al Estado, de que éste último no derogue determinadas normas que al ciudadano le conceden cierta calidad, por ejemplo las de propietario.

1.1.2.3.1.2 Derechos de prestación

Por su parte los derechos de prestación, en tanto que son derechos a acciones positivas, es decir, a un hacer por parte del sujeto obligado y asumen dos modalidades los derechos a una acción positiva fáctica y los derechos a una acción normativa.

1.1.2.3.1.2.1 Derechos a una acción positiva fáctica

En el caso de los primeros aunque la realización del derecho se lleve a cabo a través de una forma jurídica, lo cierto es que ésta es irrelevante para la satisfacción del propio derecho.

En el caso de estos derechos solamente interesa la satisfacción de la necesidad que le dio origen a esa forma jurídica. Un ejemplo de este tipo de derechos son las pensiones que se otorgo en la pasada administración del Distrito Federal a los adultos mayores de setenta años consistente en 700 pesos, la cual no hace otra cosa que garantizar un mínimo vital.

Los derechos de prestación se identifican, generalmente, con acciones fácticas, surgen de las necesidades de las personas, y en este sentido son conocidos como derechos de prestación en sentido estricto.

1.1.2.3.1.2.2 Derechos a acciones normativas

Este tipo de derechos por su parte implican, la acción por parte del Estado consistente en la emisión de una norma jurídica.

Alexy nos pone el ejemplo del *nasciturus*, en donde de admitirse a éste como titular de derechos fundamentales adquiere el derecho de ser protegido a través de normas penales y así se actualiza un derecho a una acción normativa porque se tendrían que imponer normas jurídicas que lo protegieran¹³.

1.1.2.3.2 Libertades

Sobre la posición jurídica de las libertades, diremos que el concepto de libertad es uno de los más empleados en el lenguaje de los derechos, por lo que también es uno de los más controvertidos.

Como lo señala el mismo autor, “*quien designa a algo como libre, por lo general, no sólo lo describe sino que expresa también una valoración positiva y crea en los escuchas un estímulo para compartir esta valoración*”¹⁴ de lo cual se desprende el carácter o connotación emotiva del concepto libertad.

La significación de la libertad asume diferentes enfoques que pueden abarcar el ámbito moral, social, económico, etc. Aquí importa destacar el punto de vista jurídico, es decir la libertad como posición jurídica.

Los derechos de libertad son concebidos como espacios de libertad negativa, es decir, como ámbitos de inmunidad a favor de los individuos que no pueden ser transgredidos por el Estado; constituyen límites negativos a la acción de los poderes públicos. Como lo sostiene Alexy:

*Se hablará de libertad jurídica sólo si el objeto de la libertad es una alternativa de acción(...)
Una persona es libre en sentido negativo en la medida en que no le están vedadas alternativas de acción. El concepto de libertad negativa no dice nada acerca de qué debe*

¹³ Cfr. ALEXY, Robert, op. cit. p. 195.

¹⁴ ALEXY, Robert, op. cit., p. 210 – 211.

hacer una persona libre en sentido negativo o hará bajo determinadas condiciones; Tan sólo dice algo acerca de sus posibilidades para hacer algo (...) Si se parte de esto, entonces un enunciado sobre la libertad tiene la forma: x es libre (no libre) con respecto a y para hacer z o no hacer z.¹⁵

Además para la creación de una situación de libertad jurídica, se requiere tan sólo una omisión del Estado, es decir, una acción negativa. Para asegurar la libertad jurídica no se requiere ningún derecho a prestaciones sino sólo un derecho de defensa.¹⁶

En este sentido, la base del concepto de libertad jurídica, al igual que la de cualquier derecho, se estructura en una relación compuesta por el titular de una libertad, un destinatario - el Estado - que se encuentra, en principio, impedido a transgredir dicha libertad y el objeto de la libertad de hacer o no hacer por parte de su titular.

Ahora bien, los derechos de libertad implican mucho más que una simple obligación negativa o de abstención a cargo del Estado, porque su aseguramiento se da a través de los denominados derechos de defensa, esto es, la posibilidad de oponerse o defenderse frente las intromisiones en la conducta de los individuos.

Los derechos de defensa, como se ha dicho, se agrupan en torno a tres modalidades: derechos a que el Estado no impida acciones por parte del titular del derecho, derechos a que el Estado no afecte propiedades ni determinadas situaciones jurídicas de los titulares del derecho; y derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho.

Debe destacarse que existe un conjunto de libertades no protegidas en el ordenamiento jurídico que pueden consistir en un hacer o un no hacer por lo que es una permisón por parte del Estado para que los titulares de la libertad actúen o no, conforme lo deseen.

Estas libertades no protegidas son aquellas que el ordenamiento jurídico califica como permitidas; esta calificación puede desprenderse por un lado de que exista una norma permisiva que este establecida explícitamente, que es lo que Alexy denomina como *-permisión explícita-*, o por otro lado se deriva de que

¹⁵ *Ibíd.* p. 214

¹⁶ *Ibíd.* p. 215

el sistema jurídico no contenga ninguna norma prohibitiva o de mandato, a lo que llama *-permisión implícita-*.

Podemos decir por tanto que las normas de derecho fundamental son normas permisivas explícitas, en la medida en que a través de ellas se permite algo y son de rango constitucional si la norma de derecho fundamental se encuentra en el texto de la ley fundamental.

Las libertades protegidas son por otra parte las libertades que se encuentran vinculadas con una serie de derechos a algo y/o normas objetivas que aseguren al titular del derecho fundamental la posibilidad de realizar las acciones permitidas que pueden consistir en un hacer o un omitir como ya lo hemos mencionado.

1.1.2.3.3 Competencias

La tercera categoría de posiciones jurídicas que configuran derechos fundamentales es la denominada como competencia, que existe tanto en la esfera del derecho público como del derecho privado, siendo su nota distintiva que cuando se ejercen las competencias se modifica una situación jurídica de un tercero.

La modificación de una situación jurídica a través de una acción puede deberse a la imposición de normas que pueden ser individuales o generales, o a la modificación de las posiciones jurídicas que se encuentran bajo esas normas.

Una cuestión modular para este tema es distinguir las figuras que tienen el carácter de ejercicio de competencia y que modifican situaciones jurídicas, de las que también tienen poder de modificación, pero que no constituyen una competencia, razón de la cual se deriva la necesidad de hacer la distinción entre competencias y permisiones, entre competencia y poder fáctico y finalmente entre las acciones de competencia como fuente de acciones institucionales y las normas de comportamiento que se explican a continuación.

1.1.2.3.3.1 Diferencia entre competencia y permisión

Es necesario señalar la diferenciación entre permisiones y competencias en sus efectos ya que de la negación de la permisión resulta una prohibición, mientras que el opuesto de la competencia es la incompetencia, además existen numerosas acciones permitidas que no implican ninguna modificación de situaciones jurídicas.

El criterio de la modificación de la situación jurídica es adecuado para la distinción entre competencia y permisión.

1.1.2.3.3.2 Diferencia entre competencia y poder fáctico

También es necesario realizar la distinción entre poder fáctico y competencia, ya que no toda acción a través de la que se modifica una posición jurídica puede ser considerada el ejercicio de una competencia, como se muestra en el caso de la comisión de un delito, en donde si bien modifica la posición jurídica de los que en él intervienen, no pueden ser considerado como el ejercicio de una competencia sino como la aplicación de un poder de facto.

1.1.2.3.3.3 Diferencia entre acciones de competencia como fuente de acciones institucionales y las normas de comportamiento

Las acciones institucionales son aquellas que pueden ser realizadas no sólo sobre la base de capacidades naturales, sino que presuponen la existencia previa de reglas que las constituyen.

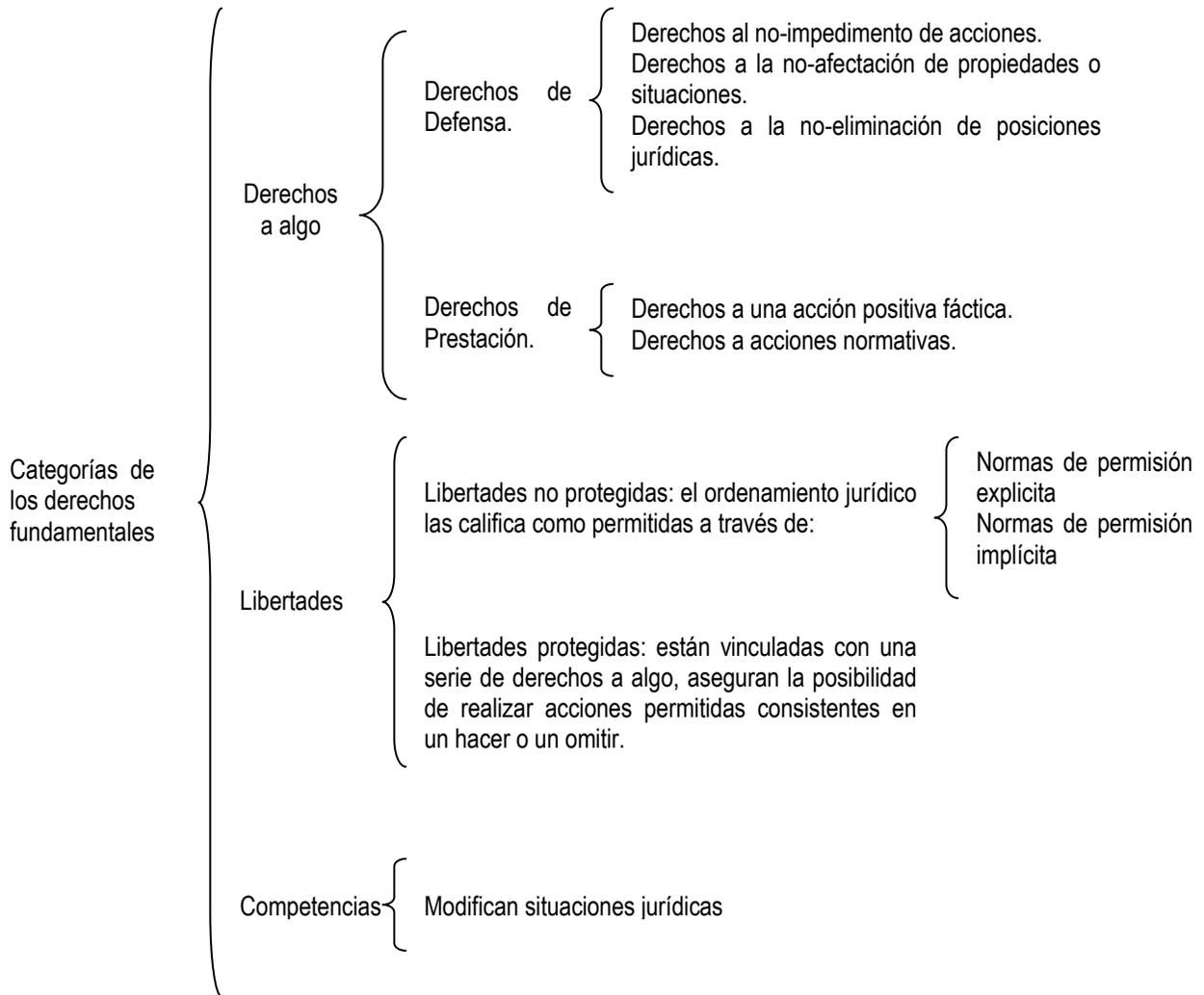
Dichas reglas presupuestas son las normas de competencia que, a diferencia de las normas de comportamiento, tienen la posibilidad de crear actos jurídicos y con ello, la posibilidad de modificar situaciones jurídicas.

Así las normas de competencia son siempre de carácter constitutivo, mientras que las normas de comportamiento cumplen una función reguladora o declarativa de deberes ordenando, prohibiendo o permitiendo. Como lo manifiesta Alexy:

En las normas de comportamiento como reglas regulativas, existe un comportamiento que, primero, también puede existir sin la norma y, segundo, es calificado por la norma como ordenado, prohibido o permitido y, en ciertos casos, está vinculado con una sanción (...)

Totalmente distinto es el caso en las normas de competencia, debido a su carácter constitutivo. Sin las reglas de la legislación, sería por cierto posible que en una asamblea se realice la acción natural de levantar el brazo; también sería posible interpretar esta acción como manifestación de voluntad, pero ella no sería un acto legislativo. La distinción entre normas de comportamiento y normas de competencia se percibe con especial claridad en el caso de su incumplimiento. El incumplimiento de una norma de competencia no conduce a la ilicitud sino a la nulidad o a la deficiencia del acto.¹⁷

Indudablemente la explicación de estas categorías es trascendental, ya que son los criterios expresados por el autor, y permiten tener una visión clara de su teoría pero, para los fines de este trabajo de investigación no serán de trascendencia dado que la investigación reside en indagar la positividad, como elemento de los derechos fundamentales.



¹⁷ ALEXY, Robert, Op. cit. p. 232 - 233.

1.1.3 Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli nació en Florencia en 1940, Catedrático de *Filosofía del derecho* y de *Teoría general del derecho* en la Universidad de Camerino, ejerció como Juez entre 1967 y 1975. Su trabajo de investigación se ha desarrollado principalmente en las áreas de Teoría del derecho, Lógica jurídica, Metodología de la ciencia jurídica y Crítica del derecho.

Entre sus contribuciones destacan: *Teoria assiomatizzata del diritto, democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, en colaboración con Daniel Zolo, *La cultura giuridica nell' Italia del novecento*¹⁸, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Derechos y garantías: la ley del más débil*.

Su obra ha sido objeto de análisis y ha suscitado importantes debates siendo importante destacar que él ha impartido cursos y conferencias en numerosas Universidades de Europa y América.

Ferrajoli es un filósofo analítico del derecho, que se apoya en la argumentación, la lógica formal y la ponderación de principios, por lo que para este autor el derecho es más que un conjunto de normas jurídicas.

Él propone una teoría jurídica que denomina *modelo garantista*, la cual se apoya en el Estado constitucional de derecho, donde las leyes representan los principios y derechos fundamentales que se encuentran establecidos por un ordenamiento legal independientemente de que sea una norma constitucional u ordinaria, siendo un elemento imprescindible para este modelo su tutela y efectividad.

Éste es un modelo que se caracteriza por la importancia que le otorga al principio de legalidad, en virtud del cual, todos los poderes públicos deben estar subordinados a las normas jurídicas, hecho del que se deriva la legitimidad de su actuación.

Así mismo, le otorga gran trascendencia a la función de los poderes del Estado quienes funcionan como garantes de los derechos fundamentales de los

¹⁸ La traducción de los títulos mencionados es: *Democracia autoritaria y capitalismo maduro, La cultura jurídica en la Italia del novecientos* y sobre la obra denominada *Teoria assiomatizzata del diritto* su traducción literal al español sería *Teoría axiomatizada del derecho* dado que la palabra *assiomatizzata* deriva de la palabra italiana *assioma* que en español significa axioma, es decir una proposición tan clara y evidente que se admite sin necesidad de demostración.

individuos, mediante el respeto que se debe observar por parte de ellos a los derechos establecidos en su legislación, que pueden consistir en prestaciones o en prohibiciones de no lesionar esa esfera de los particulares.

Luigi Ferrajoli es un autor que en su análisis de los derechos fundamentales se puede ubicar en el criterio procedimental, toda vez que plantea el modelo garantista bajo el marco de una serie de determinados derechos positivamente validos definiendo de esta manera su contenido, y además manifiesta las esferas de acción y los limites que posee cada uno de los poderes para la aplicación y contenido de estos derechos.

Conceptualiza a los derechos fundamentales como aquellos derechos subjetivos que son universalmente reconocidos a todos los seres humanos por una norma jurídica positiva basándose en el estatus de persona, ciudadano o personas con capacidad de obrar, o en palabras del propio Ferrajoli:

Son <<derechos fundamentales>> todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar; entendiendo por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por <<status>> la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.¹⁹

En primer lugar es necesario establecer que la definición se refiere a cualquier norma jurídica, sin mencionar que deba ser necesariamente de rango constitucional, por lo que también se puede aplicar esta definición en el caso de las leyes ordinarias de un Estado.

También se puede inferir que queda en un segundo plano la naturaleza de los bienes jurídicos que tutelan esos derechos fundamentales, ya que lo más importante para Ferrajoli es el carácter de universalidad que poseen.

Llama universalidad al hecho de que estos derechos se establezcan para un universo de seres humanos que cuenten con el estatus de persona, ciudadano o de personas con la capacidad de obrar, calidades de las que se desprende su universalidad como titulares de derechos.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi, “*Derechos y garantías: la ley del más débil*”, Trad. Perfecto Andres Ibáñez, 3ª edic. Trotta, Madrid España, 2002, p 37.

Establece que por ser este un concepto independiente de los valores o bienes que se pueden abarcar en la tutela de los derechos fundamentales se logra neutralidad ideológica, hecho del que se deriva que sea un concepto aplicable para cualquier ordenamiento, independientemente del sistema político que se tenga.

Del concepto enunciado, también se desprende la clasificación que realiza Ferrajoli en categorías de estatus que es la de: personas con capacidad de obrar, personas y ciudadanos, de las que se derivan la titularidad de situaciones jurídicas y de derechos.

Los derechos que se poseen pueden variar dependiendo de la clasificación en la que se ubique el titular ya que los derechos de las personas en general, pueden verse diferenciados en los derechos que otorga la ciudadanía como en el caso de los derechos políticos.

1.1.3.1 La ciudadanía y la capacidad de obrar

Luigi Ferrajoli establece que los dos parámetros, que delimitan la igualdad de las personas humanas son la ciudadanía y la capacidad de obrar, que crea la división entre *derechos de personalidad*, que son los que corresponden a todos, y los *derechos de ciudadanía*, que sólo corresponden a aquellos que posean el estatus de ciudadanos, según la legislación propia de cada Estado.²⁰

También los parámetros de ciudadanía y capacidad de obrar marcan la diferencia entre los denominados *derechos primarios*, que son sustanciales a todos los seres humanos, y los *derechos secundarios o de autonomía*, que corresponden solamente a las personas con capacidad de obrar.

De la división entre derechos primarios y derechos secundarios surgen cuatro categorías que son: los derechos humanos, los derechos públicos, los derechos civiles y los derechos políticos, que explicaremos a continuación.²¹

²⁰ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “*Derechos y garantías: la ley del más débil*”, op. cit. p. 40.

²¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “*Derechos y garantías: la ley del más débil*”, op. cit. p. 40.

1.1.3.1.1 Derechos humanos

Son los derechos primarios que tienen todas las personas humanas por su naturaleza de seres humanos, es decir son los derechos inherentes al hombre, por ejemplo el derecho a la vida y la libertad personal.

1.1.3.1.2 Derechos públicos

Estos son los derechos primarios reconocidos por el Estado a todas las personas que tengan el estatus de ciudadanos según su legislación y podemos mencionar entre éstos el derecho de libre asociación, de reunión y el derecho al trabajo.

1.1.3.1.3 Derechos civiles

Los derechos civiles son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar como ejemplo podemos mencionar la libertad contractual.

1.1.3.1.4 Derechos políticos

Los derechos políticos son los derechos secundarios que se reconocen únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar como el derecho de voto, derecho a acceder a un cargo público y en general todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política.

En la actualidad la ciudadanía es para éste autor la última gran limitación normativa del principio de igualdad jurídica, porque es entre los nacionales y los extranjeros donde existen las grandes distinciones entre derechos fundamentales, dado que la capacidad de obrar se ha otorgado a todos como regla general y solo cuenta con las excepciones de los menores y los enfermos mentales.

Este jurista considera que la división entre el estatus de ciudadanos y personas con capacidad de obrar resultan sumamente importantes, por ser los dos estatus subjetivos de los que dependen dos clases diferentes de derechos fundamentales: los derechos de la personalidad, que corresponden a todos los

seres humanos en cuanto individuos englobando los derechos civiles, y los derechos de ciudadanía que corresponden exclusivamente a los ciudadanos, volviéndose esta división un factor de exclusión.

Manifiesta que se debe eliminar el estatus de ciudadanía ó lograr consolidar una ciudadanía universal, transformando así en derechos de la persona a los dos únicos derechos, que quedan reservados a los ciudadanos: el derecho de residencia y el de circulación, dejando de tomarse como un factor de discriminación, logrando con ello una doble garantía de los derechos fundamentales en el ámbito nacional e internacional, alcanzando un constitucionalismo mundial, siendo esta una idea que compartida con Norberto Bobbio, aunque él mismo Ferrajoli manifiesta lo utópico de su propuesta.

1.1.3.2 Distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales

Dentro del análisis de la estructura de los derechos fundamentales, la teoría de Ferrajoli toma como punto de partida la diferencia radical que existe entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales.

De acuerdo con esta teoría la estructura de los derechos fundamentales difiere de la de los derechos patrimoniales en cuatro aspectos básicos:

- ✓ **La titularidad de los derechos:** debido a que los derechos fundamentales son universales e incluyentes, esto es, son derechos atribuidos por normas generales a ciertas categorías de sujetos como las personas, los ciudadanos y las personas con capacidad de obrar que son sus titulares. Mientras que en los derechos patrimoniales son de carácter singular, porque para cada uno de ellos existe un titular determinado con lo que su titularidad excluye a los demás sujetos.

Es de destacar que su distinción no se basa en el contenido concreto que posean los derechos, sino en su estructura que indica si pueden ser considerados como derechos fundamentales o derechos patrimoniales.

La distinción por razón de titularidad se refiere a que los derechos fundamentales son incluyentes y universales, en oposición a la exclusividad de los derechos patrimoniales. En este sentido, Ferrajoli menciona que los

derechos fundamentales forman la base de la igualdad jurídica entre los sujetos; mientras que los derechos patrimoniales al ser exclusivos forman la base de la desigualdad jurídica.

- ✓ **La disponibilidad de los derechos:** porque mientras los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos, razón por la que están fuera del mercado y son lo que él denomina “*la esfera de lo indecidible*”²². En cambio los derechos patrimoniales son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables.

La inalienabilidad tiene un doble aspecto, el activo que quiere decir que el titular no puede venderlos o disponer de ellos, quedando fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad y el aspecto pasivo en el que el Estado no puede disponer de esos derechos, lo que significa que no pueden ser limitados por otros sujetos.

- ✓ **Titulo inmediatamente en la ley:** los derechos fundamentales son *ex lege*, lo que significa que son conferidos a través del ordenamiento jurídico positivo, por lo general de carácter constitucional. Mientras que los derechos patrimoniales son predispuestos por normas que crean y prevén sus efectos.
- ✓ **La relación jurídica que deriva de cada una de las categorías de derechos:** Los derechos patrimoniales se caracterizan por derivar de relaciones horizontales, es decir, de relaciones jurídicas entre titulares de derechos patrimoniales, lo que significa que nacen de relaciones privadas; en tanto que los derechos fundamentales se derivan de relaciones verticales de carácter público, que dependen de relaciones de supraordenación y subordinación, entre los individuos y el Estado.

De las características mencionadas, así como, de los elementos descritos y explicados con anterioridad se pueden desprender los elementos de la teoría de los derechos fundamentales que realiza éste autor.

²² Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “*Derechos y garantías: la ley del más débil*”, op. cit. 24.

1.1.4 Maurizio Fioravanti

Maurizio Fioravanti nació en Prato en 1952, es Catedrático de *La historia de las Constituciones modernas* en la Universidad de Florencia. Su trabajo de investigación se ha enfocado en el constitucionalismo, el cual ha abordado desde un enfoque histórico.

Su labor de investigación lo ha ubicado como uno de los principales especialistas de esa rama del derecho. Cabe destacar que su obra ha sido objeto de análisis y ha suscitado importantes debates.

Entre sus contribuciones destacan: *Giuristi e Costituzione politica nell'ottocento tedesco*, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, *Appunti di storia delle Costituzione moderne. Le libertà fondamentali*.²³

Fioravanti considera al derecho como un conjunto de normas jurídicas que son el resultado de la historia, destacando de este modo la dimensión histórico-cultural de los ordenamientos jurídicos, enfocándose en sus estudios al desarrollo de los derechos y libertades fundamentales, desde un enfoque historicista.

Es un autor que en su análisis de los derechos fundamentales se puede ubicar en el criterio procedimental, toda vez que por una parte plantea su teoría de los derechos fundamentales bajo el marco de la Constitución de los Estados, y por otra señala que los derechos fundamentales son el intento de volver positivos a los derechos humanos, dándoles la fuerza necesaria en su aplicación y eficacia, todo ello conforme a un proceso histórico de creación y evolución normativa.

Su teoría sobre los derechos fundamentales, tiene como punto de partida el concepto de libertad, entendiendo ésta como los derechos es decir, posiciones jurídicas subjetivas que tienen los ciudadanos dentro de un

²³ La traducción literal de los títulos mencionados es: “*Juristas y Constituciones Políticas en el ochocientos alemán*”, “*Estado y Constituciones. Materiales para una historia de las doctrinas constitucionales*”, “*Apuntes de historia de las Constituciones modernas. Las libertades fundamentales*”.

ordenamiento positivo concreto, señalando además la importancia de observar las garantías efectivas que el ordenamiento pueden ofrecer a sus ciudadanos.²⁴

El autor entiende como sinónimos los derechos y las libertades de las personas, y así mismo las clasifica en positivas, ó derechos políticos; y en negativas, que se reflejan en los derechos civiles.

Fioravanti considera que cada momento histórico determina los valores que se verán reflejados en la legislación de cada Estado, que a su vez tenderá a proteger de manera efectiva a sus miembros, por eso es que el autor, solamente atribuye los derechos fundamentales a los individuos que poseen la calidad de ciudadanos para un Estado.

Realiza un estudio minucioso acerca de las formas en que se pueden fundar las libertades en el plano teórico, explicando que hay tres modelos básicos que son: el historicista, el individualista y el estatalista.

Cada uno de estos modelos tienden entre sí a combinarse surgiendo diferentes combinaciones, que siempre tendrán como oposición la forma que se excluya.²⁵

1.1.4.1 Modelo historicista

El primer modelo favorece las libertades civiles, que son entendidas como las capacidades de obrar de los ciudadanos de no sufrir lesiones en su esfera privada por parte del Estado, que no debe impedir el ejercicio de estos derechos.

Se privilegian los tiempos históricos largos y mantiene una relación abierta entre la edad media y la edad moderna, dándose un cambio gradual, toma este periodo histórico como punto de referencia, debido a que es en esta época cuando surge el cambio de los Estados absolutos al Estado moderno.

Se ejemplifica este modelo en Inglaterra en donde el avance que se dio en materia de los derechos fue gradual con base en la costumbre y la

²⁴ Cfr. FIORAVANTI, Maurizio, “*Los derechos fundamentales: apuntes de la historia de las Constituciones*”, Trad. Manuel Martínez Neira, 4ª edic. Trotta, Madrid España, 2003. p. 23

²⁵ Cfr. FIORAVANTI, Maurizio, op. cit. pp. 25 - 57.

jurisprudencia, dándole continuidad a las libertades jurídicas medievales y modernas, llegando en palabras del jurista italiano a la siguiente conclusión:

Es posible llegar a una conclusión, relativa al modelo historicista en general y, más en particular, al constitucionalismo inglés. Característica principal de uno y otro es el lugar absolutamente privilegiado que en él ocupan las libertades civiles, las <<negativas>>, patrimoniales y personales, es decir, la libertad como seguridad. Esto no significa que en tal contexto no se desarrollen también las libertades políticas, las <<positivas>> (...). Sin embargo, es indudable que las libertades políticas son en éste modelo accesorias respecto de las civiles.²⁶

Por lo que en este modelo es el Estado el que crea las libertades y derechos que gozan las personas, pero a su vez reconoce que hay esferas de los individuos en las que no puede intervenir y que tiene que proteger otorgando garantías o medios de defensa.

1.1.4.2 Modelo individualista

Modelo que tiende a enfrentarse con el pasado, surgiendo la fractura entre el medioevo y la modernidad, por lo que su visión de los derechos y las libertades es diferente al enfoque historicista.

Se da un gran apoyo a los derechos individuales y su tutela, y se garantizan frente al ejercicio arbitrario del poder público estatal.

Fioravanti lo ejemplifica con el modelo francés, que se apoya en el contractualismo, con una visión también estatista, porque en el Estado se concentra el *imperium*²⁷ que destruye el poder medieval al mismo tiempo que protege a los individuos que conservan su presunción de libertad, es decir, que sus libertades son simplemente delimitadas por el legislador.

Siendo también un rasgo característico de este modelo la presunción sobre la existencia de una sociedad civil de individuos anterior al Estado que es quien lo crea para ser defendida, pero que posee derechos y libertades antes de crearlo, de lo cual se deduce que para este modelo no es necesario que el

²⁶ FIORAVANTI, Maurizio, “*Los derechos fundamentales: apuntes de la historia de las Constituciones*” op. cit. p. 35

²⁷ Por *imperium* entendemos, el poder que obtiene el Estado a través del contrato social del uso legítimo de la fuerza y la facultad de legislar, tomo el contrato social como referencia obligada para el Estado por ser éste la base de la teoría contractualista.

Estado dote a los seres humanos de derechos, porque ya los posee, sino que solamente los reconozca y defienda.

1.1.4.3 Modelo estatista

Finalmente en este modelo la autoridad del Estado es la condición necesaria para que las libertades y los derechos nazcan y sean concebidos como situaciones jurídicas subjetivas de los individuos.²⁸

En el se prescinde de toda referencia al derecho natural, ya que, el Estado es quien otorga los derechos de los que gozan los individuos y sostiene que no existe ningún derecho o libertad individual antes de su creación, porque las normas que el Estado otorga son las únicas capaces de ordenar a la sociedad y fijar las posiciones subjetivas de cada uno.

Para este modelo, si bien es cierto que el Estado nace de la voluntad de los individuos, no lo consideran como un contrato en donde ambas partes reciben beneficios y deberes, sino que lo asumen como un pacto en donde se da la subordinación por parte de los individuos para que el Estado los proteja, pero en correlación los controle.²⁹

Maurizio Fioravanti acepta que independientemente del modelo o la combinación que se pretenda analizar, según el caso que se plantee en particular, en este momento histórico lo que resulta trascendente es la supremacía de la Constitución.

A su vez menciona que la Constitución puede ser considerada de dos formas diferentes, la primera es como máxima forma de garantizar los derechos y libertades y la segunda es considerarla como la norma directiva fundamental a seguir para la realización de los valores constitucionales, que como mencionamos en un principio determina cada Estado en particular.

Sobre su visión de los derechos se podrían realizar múltiples estudios, pero de los elementos y características explicadas, se pueden desprender los elementos de la teoría de los derechos fundamentales que realiza éste autor.

²⁸ Cfr. FIORAVANTI, Maurizio, “*Los derechos fundamentales: apuntes de la historia de las Constituciones*”, op. cit. p. 46.

²⁹ *Ibidem*, p. 48.

1.1.5 Gregorio Peces-Barba Martínez

Gregorio Peces-Barba Martínez nació en 1938 en Madrid, es doctor en derecho por la Universidad Complutense, amplió más tarde sus estudios en las universidades de Madrid y Estrasburgo.

Fue uno de los fundadores de la revista *Cuadernos para el diálogo*, participó entre 1963 y 1975 como abogado defensor en numerosos procesos ante el Tribunal de Orden Público, distinguiéndose en su defensa de los derechos humanos y de la democracia como forma de gobierno para España. Conjuntamente fue Catedrático de *Filosofía del derecho* en la Universidad Complutense de Madrid.

Diputado por Valladolid en 1977, fue uno de los redactores de la nueva Constitución Española, aprobada en referéndum el 6 de diciembre de 1978. Reelegido diputado en 1979 y en 1982, fue elegido presidente del Congreso de los Diputados. Ostentó el cargo sólo durante esa legislatura.

Posteriormente regreso a la vida académica, centrando sus esfuerzos en la creación de la Universidad Carlos III, con el propósito de crear una universidad pública de calidad en los municipios del sur de Madrid. Presidió en junio de 1989 la comisión rectora de la universidad, siendo elegido su primer rector. Ha sido reelegido varias veces, ocupando en la actualidad dicho cargo.

El 17 de diciembre de 2004 fue nombrado por el actual jefe del ejecutivo español José Luis Rodríguez Zapatero como Alto Comisionado para el Apoyo a las Víctimas del Terrorismo.

Su trabajo de investigación se ha enfocado en los derechos fundamentales, temas que ha abordado desde un enfoque histórico y filosófico, lo cual lo ha ubicado como uno de los principales especialistas en esta materia.

Entre sus contribuciones destacan los libros: *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, *Derechos fundamentales*, *Lecciones de derechos fundamentales*, así mismo fungió como colaborador de los libros *Textos básicos de derechos humanos*, *Derecho positivo de los derechos humanos* e *Historia de los derechos fundamentales*.

Gregorio Peces-Barba Martínez considera a los derechos fundamentales como un conjunto de normas jurídicas que forma parte de la historia de las sociedades, destacando siempre su relación directa con los problemas y necesidades de los seres humanos que las conforman, lo anterior queda demostrado en sus investigaciones que muestran la importancia de la historia para una clara comprensión del tema que nos ocupa.

Peces-Barba es un autor que en su análisis de los derechos fundamentales se puede ubicar en el criterio procedimental, debido a que por una parte su teoría de los derechos fundamentales se basa en la ley fundamental.

Y por otra, sostiene que los derechos fundamentales son el intento de volver positivos a los derechos humanos, otorgándoles la fuerza necesaria para ser aplicables, todo ello conforme a un proceso histórico de evolución normativa.

Conceptualiza a los derechos fundamentales como aquellos derechos subjetivos que protegen las libertades, derechos políticos, civiles, etc., que poseen las personas frente a los actos que pueda realizar el Estado u otros particulares, siendo para estos derechos un requisito esencial contar con medidas que garanticen su cumplimiento, o en palabras del propio autor los derechos fundamentales son:

La facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social o a cualquier otro aspecto fundamental que afecta el desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coercitivo del Estado en caso de infracción.³⁰

Gregorio Peces-Barba establece que el término derechos fundamentales es más preciso que los términos de derechos naturales o derechos morales, porque estos últimos dejan amplios márgenes de ambigüedad por referirse a derechos que no necesariamente deben estar positivizados y además por su origen iusnaturalista.

³⁰ PECES-BARBA, Gregorio, “Derechos fundamentales”, 4 ed. Universitaria Complutense, Madrid España, 1983, p. 63.

Así mismo, afirma que estos términos pueden abarcar presupuestos de carácter ético-jurídico ya que se fundan en la dignidad humana que contiene elementos morales por una parte y además desde el ámbito jurídico se muestra su relevancia como normas básicas del ordenamiento legal.

1.1.5.1 Modelos presentados por Peces-Barba

El autor analiza a los derechos fundamentales a la luz de dos posturas teóricas, la primera que es lo que el autor denomina como *modelo iusnaturalista* y la segunda que denomina *modelo positivista*, ambas se analizan a continuación.

1.1.5.1.1 Modelo iusnaturalista

En el primer modelo estos derechos son considerados como elementos previos al Estado y al Derecho positivo, que necesitan de la exigibilidad de su defensa que surge de su positivización, siendo ese el elemento más importante para Peces-Barba por que es el que destaca las deficiencias de esta postura.

1.1.5.1.2 Modelo positivista

La segunda postura teórica nos indica que los derechos fundamentales son aquellos derechos que nacen a través del proceso legislativo que realiza el Estado, todo ello con base en los valores y fines que considera necesarios para la convivencia social, en un momento histórico determinado.

Así, Gregorio Peces-Barba considera al derecho como un sistema normativo que surge de la realidad social en la que se sitúa, que atiende a los valores y fines de los que es garante el Estado.

Indicándonos que este sistema de normas se conforma a la vez de diversos subsistemas que están relacionados entre sí, entre los que se

encuentra el subsistema de los derechos fundamentales.³¹ Esta es una posición criticable a la luz del modelo teórico jurídico de Austin.³²

1.1.5.2 Características del subsistema de derechos fundamentales

En primer lugar debe existir un poder o hecho fundante básico que sostenga la norma fundamental del ordenamiento, por ejemplo una Constitución que establezca los valores morales que son la raíz de los derechos fundamentales, es decir, la libertad, la seguridad jurídica, la igualdad y la solidaridad, valores que se verán reflejados en los derechos fundamentales que establezca el Estado.

La segunda característica es que debe existir en esta norma fundamental del orden jurídico lo que el autor denomina como *norma básica*, es decir, aquella que señale los procedimientos de creación legislativa.

Esta norma básica debe establecer criterios *formales*, indicando los órganos competentes para llevar a cabo el proceso legislativo y criterios *materiales* que señalen el contenido de las leyes ordinarias, así como sus límites, por lo que la importancia de la norma básica radica en estipular los criterios de validez que deben poseer las normas para pertenecer a un ordenamiento jurídico.

En el caso de estas normas básicas, Peces-Barba manifiesta que generalmente es la norma suprema o constitucional la que establece los procedimientos mediante los cuales se deben dictar las demás normas para ser formalmente válidas.

La norma básica es la que le da unidad y uniformidad a las normas para ser consideradas como parte de un orden jurídico, ya que, les otorga los mismos fines a las normas y los subsistemas que se crean a partir de esa norma fundamental a la que se encuentran jerárquicamente subordinadas. O en palabras de Peces-Barba:

³¹ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio, “*Curso de derechos fundamentales: teoría general*”, 1ª reimpresión, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid España, 1999, p. 353 – 355.

³² Al final de este trabajo demostrare que los derechos fundamentales no son derechos positivos en la teoría de John Austin.

*Podemos hablar de subsistema de derechos fundamentales, es decir que los derechos constituyen un conjunto de normas entrelazadas y con un origen común que procede como derivación inmediata de la norma básica, de la fuente jurídica última del sistema, y que en sus contenidos realizan de manera directa, los valores morales asumidos por el poder como hecho fundante básico, como valores políticos.*³³

Es necesario destacar que el subsistema de derechos fundamentales no debe considerarse nunca como un subsistema definitivo ni cerrado, debido a que incluye entre sus normas a todas aquellas que se derivan de un desarrollo de todos los valores que fundamentan el sistema normativo.

Este subsistema debe contar con normas que lo ayuden a guiarse y organizarse, característica de la que se deriva la necesidad de contar con instituciones que resuelvan en caso de que se presente su incumplimiento o se vean afectados por acciones del Estado, garantizando su cumplimiento y volviéndolos derechos eficaces.

1.1.5.3 Tipos de normas que forman el subsistema de derechos fundamentales

El subsistema de derechos se forma de diferentes tipos de normas jurídicas las que Gregorio Peces-Barba clasifica en: las normas que regulan la producción de derechos, las que regulan los poderes para acceder al ejercicio de derechos, las que regulan el ejercicio de derechos, y finalmente las normas garantizadoras de derechos que explicaremos a continuación:³⁴

1.1.5.3.1 Normas que regulan la producción de derechos

Son las normas que establecen los órganos competentes y los procedimientos mediante los cuales deben crearse las normas de los derechos fundamentales, es decir, son las normas en las que se establece el proceso legislativo para la creación de derechos.

³³ PECES-BARBA, Gregorio, “Curso de derechos fundamentales: teoría general”, op. cit. p.360.

³⁴ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio, “Curso de derechos fundamentales: teoría general”, op. cit., 370 - 375.

1.1.5.3.2 Normas que regulan poderes para acceder al ejercicio de derechos

Son las normas que regulan el acceso a los derechos, hay normas en donde se accede de manera directa al ejercicio de derechos y otras en que es necesario interponer una norma que otorgue poderes para acceder al conjunto de normas que regulan el ejercicio de un derecho.

Un ejemplo es el derecho de asociación en donde en principio la norma constitucional lo establece como un derecho de acceso directo, que todos podemos hacer valer exigiendo su cumplimiento, pero en el caso de asociaciones civiles o mercantiles hay una serie de requisitos legales establecidos en normas secundarias que se deben cumplir para poder acceder a este derecho de asociación.

1.1.5.3.3 Normas que regulan el ejercicio de derechos

Son normas que propiamente establecen los derechos fundamentales y que pueden ser de diversos tipos, que explicaremos a continuación:

- ✓ **Normas permisivas:** que dan una libertad de acción al sujeto al que se dirigen, permitiendo una elección libre en el ejercicio de ese derecho.
- ✓ **Normas potestativas:** para intervenir y participar en la vida colectiva a través del ejercicio de un derecho, por ejemplo el derecho al voto, o cualquier otro derecho de ciudadanía.
- ✓ **Normas que establezcan derechos subjetivos:** con las cuales se puede exigir el cumplimiento de una prestación por parte otro sujeto, un ejemplo es el derecho de petición en donde cumpliendo los requisitos que se marcan en la Constitución, es deber de la autoridad contestar en un plazo breve.

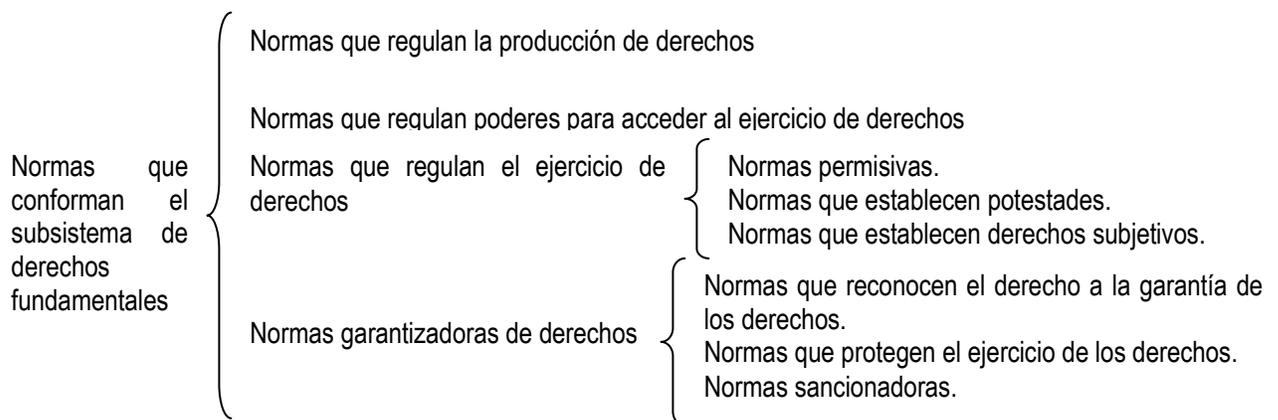
1.1.5.3.4 Normas garantizadoras de derechos

Entre estas normas se encuentran aquellas que reconocen el derecho a la garantía de los derechos, las que protegen el ejercicio de los derechos y las normas sancionadoras que explicamos a continuación:

- ✓ **Normas que reconocen el derecho a la garantía de los derechos:** se ubican normalmente en la Constitución.

- ✓ **Normas que establecen las garantías en el ejercicio de los derechos:** protegen su ejercicio, generalmente estas normas se relacionan con las establecidas en la Norma Constitucional y se desarrollan en la legislación ordinaria.
- ✓ **Normas de carácter sancionador:** con las cuales se imponen penas en el caso de que se den violaciones a los derechos fundamentales, siendo especialmente normas de carácter penal.

La clasificación de las normas que conforma el subsistema de los derechos fundamentales que nos propone el autor Peces-Barba, forma parte esencial de su teoría sobre estos derechos, de la cual se derivó la necesidad de explicar cada tipo de norma de manera breve, por ser de importancia para comprender en conjunto su estudio epistemológico de manera clara.



1.1.5.4 Funciones de los derechos fundamentales

Gregorio Peces-Barba menciona que hay dos funciones principales de éstos derechos que mencionamos a continuación.

Desde el punto de vista objetivo funcionan como un subsistema del ordenamiento, en donde son una prolongación de la norma básica, por lo que sirven como parámetro para el nacimiento de nuevas normas que deben respetar a la norma fundamental y también a los valores que en ella se establecen, que son protegidos por los derechos fundamentales.

Desde el enfoque subjetivo los derechos fundamentales recogen en normas positivas, las pretensiones morales justificadas de los individuos y de

los grupos, clasificándolos en categorías como derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades.³⁵

1.1.5.4.1 Derecho subjetivo

Un derecho fundamental es un derecho subjetivo cuando existe una relación triangular en donde existe el titular de un derecho, que es quien puede exigir a un sujeto obligado a que realice o no una acción o se cumpla con un deber, siendo esta acción o abstención el tercer elemento.

1.1.5.4.2 Libertad

La libertad supone un ámbito exento para el individuo titular, donde ni el Estado con los poderes públicos, o bien otros grupos o personas individuales, están autorizados para realizar una intervención en ésta esfera individual.

Un derecho fundamental es una libertad si su titular es libre frente a los demás de realizar o no el ejercicio de un derecho o una acción, es decir, los demás sujetos no son titulares de un derecho subjetivo del que le puedan exigir su cumplimiento. Y su correlativo es un no derecho.

1.1.5.4.3 Potestad

Una potestad es la posibilidad que tiene un sujeto activo de modificar a través de una acción u omisión la situación jurídica en la que se encuentra el sujeto pasivo de esta relación.

Por lo que un derecho fundamental es una potestad cuando su titular o sujeto activo tiene el poder de modificar la situación jurídica del sujeto pasivo de la relación jurídica, a través de una acción o una omisión, y en ese caso el correlativo es la sujeción por parte del sujeto pasivo a la acción u omisión del activo.

³⁵ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio, “Curso de derechos fundamentales: teoría general”, op. cit., pp. 462 - 465.

1.1.5.4.4 Inmunidad

Es la imposibilidad o incompetencia de los sujetos pasivos de afectar a través de acciones u omisiones la situación jurídica del sujeto que es titular de la inmunidad.

Un derecho fundamental funciona como una inmunidad cuando su titular está exento con respecto a los efectos de alguno de los actos de otro sujeto, es decir, cuando éste es incompetente para alterar mediante algún acto la situación jurídica del sujeto titular.

Su correlativo es la incompetencia en donde no se puede exigir un determinado comportamiento o una determinada abstención por parte del otro sujeto de la relación jurídica.

1.1.5.5 Jerarquía de valores

Los derechos fundamentales son el derecho positivo en el que se ven reflejados los valores que protege y regula el Estado,³⁶ por lo que al presentarse un conflicto entre estos valores es necesario recurrir a la ponderación, que se debe analizar cada caso en concreto, siendo el resultado de este análisis una solución para cada caso en particular.

Peces-Barba establece que deben prevalecer aquellos derechos que protejan más al individuo y su dignidad, así como los que contribuyan al desarrollo de su personalidad en primera instancia y después por la aplicación de los criterios de ponderación, los que se consideren más importantes y trascendentes para cada caso en concreto.

Finalmente establece que los derechos fundamentales integran la moralidad pública que pretende hacer más fáciles las relaciones sociales a través del derecho, porque les da a las personas titulares de éstos el ejercicio de su moralidad privada y la libre elección de sus planes de vida.³⁷

De los temas explicados, podemos desprender los elementos que conforman la teoría de los derechos fundamentales que realiza este autor.

³⁶ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio, “Curso de derechos fundamentales: teoría general”, op. cit., pp. 347 - 349.

³⁷ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio, “Curso de derechos fundamentales: teoría general”, op. cit., p. 423.

1.1.6 Conceptualización personal de los derechos fundamentales

A partir de los elementos planteados por los diversos autores que ya fueron analizados en los apartados anteriores, es posible realizar en este momento un concepto propio de los derechos fundamentales que servirá como base del estudio epistemológico que se llevara a cabo en los siguientes capítulos.

Es necesario señalar que hay una serie de características atribuidas por los autores analizados a los derechos fundamentales, que serán tomadas en consideración para la realización de nuestro propósito de establecer un concepto propio.

Primeramente es necesario señalar que los autores analizados se encuentran ubicados dentro de dos de los criterios que ya fueron explicados anteriormente, ya sea dentro del criterio formal en el caso de Robert Alexy ó en el criterio procedimental en el caso de Luigi Ferrajoli, Maurizio Fioravanti y Gregorio Peces-Barba Martínez.

Es de destacar que en el caso de las investigaciones de Robert Alexy y Luigi Ferrajoli, independientemente del contenido que se les atribuya a los derechos fundamentales, resulta de gran importancia la ponderación de principios y valores, así como la trascendencia que le otorgan a la argumentación e interpretación jurídica.

Mientras que para los autores Maurizio Fioravanti y Peces-Barba Martínez resulta un elemento trascendente la historicidad de los derechos y el contexto social en el que se desarrollan, estableciendo que si bien es necesaria la ponderación de valores, estos se determinan por el periodo histórico del que se trate y de los fines que privilegie el Estado según su contexto social, ya que consideran que los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados.

Los autores estudiados señalan en general la presencia de los derechos fundamentales como normas incorporadas en la legislación de un Estado, independientemente de sí están localizados dentro de la norma fundamental o constitucional o bien se localizan en la legislación denominada como adscrita según el término de Robert Alexy o denominada legislación ordinaria.

Siguiendo a Ferrajoli son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos, razón por la que están fuera del mercado y son parte de lo que éste autor denomina como “la esfera de lo indecible” derechos que pertenecen a una esfera que esta fuera del mercado y de las decisiones de las mayorías.

Para estos autores resultan necesarios los mecanismos de defensa de los derechos fundamentales, que son los elementos que garantizan su eficacia y hacen posible una sanción en caso de incumplimiento o violación por lo que deben ser establecidos dentro de las leyes constitucionales u ordinarias.

Es decir, los derechos fundamentales son los derechos humanos que en términos ideales son garantizados por ordenamientos jurídicos positivos (que en su mayoría se encuentran establecidos en la Constitución de cada Estado) y cuentan con una tutela reforzada con mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, siendo estos últimos los que estudiaremos en este trabajo, debido a la importancia que tienen en el mundo fáctico y su ineficacia.

Dentro de las categorías de derechos fundamentales, que señalan los autores se encuentran las siguientes: derechos subjetivos que pueden ser de prestaciones positivas o negativas, libertades, potestades e inmunidades, que explicamos anteriormente.

Por lo que para efectos de ésta investigación se consideraran como derechos fundamentales aquellos que son reconocidos por el Estado a las personas, consistentes en derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades.

Éstos además poseen medios propios de protección, que representan el reconocimiento efectivo y real de estos derechos, legitimando, creando y manteniendo el consenso de las razones por las que se establecieron, así como la importancia de su vigilancia y cumplimiento.

Pretenden garantizar la libertad humana individual, limitando de esta manera el poder estatal influyendo en todo el ordenamiento jurídico; siendo sus requisitos de existencia que estén establecidas en la Constitución, y que haya

un control constitucional de sus medios de cumplimiento para lograr armonía en el sistema jurídico.

Así mismo, funcionan como una prolongación de la norma suprema de un Estado, por lo que sirven como parámetros para el nacimiento de nuevas normas jurídicas que deben respetar la norma fundamental y los valores que en ella se establecen que son a su vez protegidos por los derechos fundamentales.

Por lo que concluimos que los derechos fundamentales recogen en normas positivas las pretensiones morales justificadas de los individuos y de los grupos como por ejemplo la dignidad, libertad e igualdad de las personas.

El Estado debe funcionar como garante y protector de los derechos que ha establecido en su legislación, limitando sus actuaciones en la esfera privada de los individuos pero también protegiéndolos y haciendo posible su realización en el caso por ejemplo de los derechos sociales, haciéndolos efectivos.

1.2 Distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales

Es de gran importancia realizar la diferenciación entre estos dos conceptos, debido a que son utilizados en el ámbito jurídico muy a menudo como sinónimos, siendo su connotación diferente.

Como hemos señalado anteriormente los derechos humanos son los también considerados derechos naturales, es decir aquellos que son anteriores al Estado y que por sus orígenes iusnaturalistas no necesitan de su positivización.

Mientras que los derechos fundamentales son aquellos derechos que se encuentran positivizados en el ordenamiento jurídico de un Estado generalmente desde la norma fundamental, que además se encuentran regulados en la legislación interna de cada país.

A continuación presentamos algunos de los conceptos que existen sobre los derechos humanos y los derechos fundamentales, para posteriormente hacer la distinción entre éstos términos.

1.2.1 Concepto de derechos humanos

Miguel Carbonell nos indica que los derechos humanos hacen referencia a las expectativas que no están previstas de forma clara en las normas jurídicas, con el objeto de reclamar lo que a algunas personas les puede parecer una actuación indebida de las autoridades, por lo que puede darse el caso de que se den derechos humanos, que no sean derechos jurídicos.³⁸

Para Peces-Barba los derechos humanos tienen una función legitimadora de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos, se pueden considerar como garantías de dignidad, libertad e igualdad, fundados en un ideal moral del sujeto y su protección frente al poder.

Agregando que bien se pueden utilizar para referirse a una pretensión moral que debe ser atendida como aquella que hace posible una vida humana digna o bien pueden identificar a un sistema de derecho positivo.

Aunque el propio autor manifiesta que este término resulta muy ambiguo, ya que, se confronta la visión iusnaturalista en el primer caso al hacer una referencia a la moral y a la visión ius positivista al manejarlos como normas de derecho positivo.³⁹

El jurista Pérez Luño por su parte, define a los derechos humanos como *“el 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 en el ámbito nacional e internacional”*.⁴⁰

DERECHOS HUMANOS	
Miguel Carbonell	Son expectativas que no están previstas claramente en la Constitución. Existen derechos humanos que no son jurídicos.
Gregorio Peces-Barba	Legitiman los sistemas políticos y ordenamientos jurídicos. Están fundados en un ideal moral del sujeto y su protección frente al poder. Pueden entenderse como pretensiones morales.
Antonio Pérez Luño	Facultades que en un momento histórico concretan las exigencias de dignidad, libertad e igualdad humana. Necesitan ser reconocidos positivamente por los ordenamientos jurídicos.

³⁸ Cfr. CARBONELL, Miguel, *“Los derechos fundamentales en México”*, op. cit, p. 8. Consultar nota al pie número 1, página 1.

³⁹ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio, *“Curso de derechos fundamentales: teoría general”*, op cit, p. 21.

⁴⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio, *“Los derechos fundamentales”*, 4ª ed. Madrid España, Tecnos, 1991. p. 46.

1.2.2 Concepto de derechos fundamentales

Miguel Carbonell nos explica que *“los derechos fundamentales, representan los derechos humanos que se han integrado a la norma suprema o constitucional”*.⁴¹

Para Gregorio Peces-Barba Martínez los derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos que protegen las libertades, derechos políticos, civiles, etc., que poseen las personas frente a los actos que pueda realizar el Estado u otros particulares, siendo para estos derechos un requisito esencial contar con medidas que garanticen su cumplimiento. En sus propias palabras los derechos fundamentales son:

*La facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social o a cualquier otro aspecto fundamental que afecta el desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coercitivo del Estado en caso de infracción.*⁴²

Mientras que para Antonio Pérez Luño la noción de los derechos fundamentales hace referencia a *“los 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”*.⁴³

DERECHOS FUNDAMENTALES	
Miguel Carbonell	Derechos humanos que se encuentran en la norma suprema o constitucional.
Gregorio Peces-Barba	Facultades atribuidas por la norma jurídica a las personas. Protegen la libertad, igualdad y cualquier aspecto que afecte el desarrollo integral de la persona. Su respeto es exigible ante el Estado y ante los demás hombres y grupos sociales. Deben contar con medios de garantía que los protejan.
Antonio Pérez Luño	Son los derechos humanos establecidos en el ordenamiento jurídico del Estado, generalmente en su Constitución. Cuentan generalmente con medios de tutela.

⁴¹ CARBONELL, Miguel, *“Los derechos fundamentales en México”*, op. cit, p. 9.

⁴² PECES-BARBA, Gregorio, *“Derechos fundamentales”*, op. cit, p. 63. Consultar nota al pie número 30, página 27.

⁴³ PÉREZ LUÑO, Antonio, *“Los derechos fundamentales”*, op. cit. p. 47.

1.2.3 Distinción entre los conceptos derechos humanos y derechos fundamentales

Después de analizar los conceptos propuestos en los apartados anteriores podemos concluir que los conceptos derechos humanos y derechos fundamentales no son sinónimos, por corresponder a objetos de estudio diferentes, ya que los derechos humanos tienen una clara connotación iusnaturalista mientras que los derechos fundamentales forman parte del derecho positivo.

Por lo que concluimos que los derechos humanos constituyen una expresión ambigua y tienen, al menos dos acepciones. Por un lado, refiere una pretensión moral que debe ser atendida para alcanzar una vida digna y por el otro, identifican determinados derechos incorporados a un sistema de derecho positivo susceptibles de accionarse mediante técnicas procesales específicas ante instancias jurisdiccionales.

La ambigüedad del término permite identificarlos, por un lado, con una pretensión moral y por el otro, con un derecho subjetivo protegido por una norma de derecho objetivo.

La ambigüedad del término derechos humanos entraña un profundo desacuerdo conceptual e indica que resulta una expresión conflictiva para concebir a los derechos.

DERECHOS HUMANOS	DERECHOS FUNDAMENTALES
Se considera que son derechos anteriores al Estado.	Son derechos posteriores a la creación del Estado constitucional.
Existen derechos humanos que no son derechos jurídicos.	Son derechos humanos reconocidos por la norma suprema y el ordenamiento jurídico.
Pueden considerarse pretensiones morales.	Su respeto es exigible ante el Estado.
Necesitan ser reconocidos por los ordenamientos jurídicos.	Deben contar con medios de garantía y defensa para activar el aparato coercitivo del Estado.

Mientras que los derechos fundamentales se ubican en el contexto del derecho positivo y deben idealmente estar establecidos en la norma suprema

de un ordenamiento jurídico, con medios de garantía, elemento que posibilita activar el aparato coercitivo del Estado en palabras de Gregorio Peces-Barba.

1.3 Teorías sobre los derechos fundamentales

A decir, del Doctor Miguel Carbonell podemos presumir la existencia de varios modelos teóricos que explican los derechos fundamentales, los cuales, dada la trascendencia de nuestro tema consideramos necesario explicar.

El jurista mexicano siguiendo a Ernst-Wolfgang Böckenförde propone cinco posturas teóricas que abarcan desde distintas perspectivas la creación y evolución de los derechos fundamentales, siendo las siguientes: *teoría liberal*, *teoría institucional*, *teoría axiológica*, *teoría democrático-funcional* y finalmente la *teoría del Estado social* que explicamos a continuación.⁴⁴

1.3.1 Teoría liberal

La teoría liberal establece que los derechos fundamentales son derechos de libertad que los individuos poseen frente al Estado, considera que éstos tienen una esfera propia y privada en la que el Estado no puede entrometerse ni intervenir, por ser de un ámbito anterior a la creación del Estado.

En esta teoría el ordenamiento jurídico lo único que realiza es un reconocimiento de esa esfera privada que poseen los particulares, que considera preexistente a la conformación estatal.

Por tanto los derechos bajo este modelo teórico, se entienden como normas que distribuyen competencias entre el Estado y los individuos, señalando que es lo que pueden y no realizar cada uno de ellos.

Esta concepción teórica tiene fuertes vínculos con el iusnaturalismo, ya que considera a los derechos como preexistentes al Estado y oponibles al mismo, poniendo especial énfasis en los derechos de libertad, que son oponibles al Estado como la esfera de protección que el individuo puede hacer valer frente al Estado y sus posibles intromisiones.

⁴⁴ Cfr. CARBONELL, Miguel, “*Los derechos fundamentales en México*”, op. cit., pp. 34 – 44.

El Estado desde este enfoque teórico no tiene ninguna obligación de carácter positivo para asegurar el ejercicio de la libertad de los individuos, debido a que solamente debe abstenerse de afectar la esfera de libertades que los individuos ya poseen, ubicando solamente al poder público como la posible amenaza a estos derechos.

1.3.2 Teoría institucional

Sostiene que los derechos fundamentales reflejan circunstancias vitales que asumen, confiriéndoles relevancia normativa.

El legislador es un instrumento que concreta el contenido de los derechos conformándolos y dándoles contenido, y en caso de incumplimiento puede intervenir para regularlos y hacerlos cumplir.

1.3.3 Teoría axiológica

Esta postura teórica manifiesta que los derechos fundamentales son un reflejo de los valores que una comunidad adopta para sí misma, es decir, que su contenido son los valores que la comunidad determina conforme a una realidad determinada según el momento histórico en el que se encuentren.

1.3.4 Teoría democrático-funcional

Para esta teoría lo importante es la función pública y política de los derechos, por lo que, tienen un espacio preferente los derechos con contenidos referidos a la democracia como por ejemplo la libertad de prensa o de opinión.

Considera que los derechos fundamentales son los factores que constituyen el proceso de evolución de la democracia.

1.3.5 Teoría del Estado social

Finalmente para la teoría del Estado social, el espacio del individuo es a quien el Estado se encarga de proteger y ayudar a construir, es decir es la esfera que el Estado vigila y cuida para eliminar los posibles obstáculos que se les puedan presentar a los individuos para el ejercicio de su libertad de manera efectiva.

En este caso es necesario incorporar disposiciones constitucionales que establezcan libertades a los individuos y que señalen prestaciones a cargo del Estado para lo cual se necesitan los medios financieros necesarios por parte de éste último para llevar a cabo la protección de esta esfera de libertad de los individuos.

Estas posturas teóricas, a decir, del Doctor Carbonell sintetizan los puntos de vista sobre los derechos fundamentales y cada una de ellas puede aportar elementos que nos sirvan para entender el sentido que los derechos fundamentales poseen dentro del Estado contemporáneo.⁴⁵

2. Evolución de los derechos fundamentales

El estudio que realizamos sobre los antecedentes de los derechos fundamentales se enfoca en su nacimiento y evolución en la modernidad, pues como ya indicamos anteriormente “*la concepción de los derechos es producto del pensamiento moderno*”,⁴⁶ entendiendo por modernidad una etapa histórica que abarca del siglo dieciséis al siglo veinte.

Éste fenómeno también será analizado en la posmodernidad, etapa del pensamiento que inicia a finales del siglo veinte, condición posmoderna en la que como mencionamos anteriormente presume se transforma la visión existente sobre la solidez y legitimidad de la racionalidad y por ende del derecho.⁴⁷

Esto es, porque los derechos fundamentales para los pensadores modernos constituyen una constante histórica y teórica en todas las latitudes y marcan un horizonte social y temporal, mientras que para el pensamiento posmoderno es un tema trascendente debido a su profundo alcance transformador en la sociedad.

En ese sentido, el desarrollo del pensamiento constitucional de los derechos fundamentales, debe partir de reconocer las necesidades históricas de libertad y justicia de cada realidad, como fuente de objetivos a realizar; pero

⁴⁵ Cfr. CARBONELL, Miguel, “*Los derechos fundamentales en México*”, op. cit., p. 43.

⁴⁶ *Ibidem.* p. 30.

⁴⁷ Cfr. MINDA, Gary, op. cit., p. 3-4

no de manera abstracta e intemporal, sino como necesidades concretas y particulares de los hombres y las sociedades, en tanto constituyen la base de todo Estado constitucional y democrático, en su forma avanzada o tradicional.

Es imprescindible aclarar que los antecedentes que se presentan en esta investigación son solamente un bosquejo, ya que es una tarea que desborda los propósitos del presente estudio, abordándose éste tema por la importancia que reviste entender los procesos de transformación que se han dado en la concepción de los derechos fundamentales y entender su trascendencia.

2.1 La modernidad (Siglo XVI a XX)

Los derechos fundamentales surgen con el tránsito a la modernidad, ya que si bien antes existía una idea sobre la dignidad, la libertad o la igualdad en los autores clásicos, es a partir de ésta etapa cuando se puede hablar de unificación alrededor de estos conceptos.

Esto es porque se pasa de la concepción de “privilegio”, como la que se presenta en la Carta Magna de Juan sin Tierra de 1215, a la de “derechos” con las primeras declaraciones que se realizan como fruto de las revoluciones burguesas de los siglos XVI y XVII y la aparición del Estado moderno, en Europa y más tarde en las colonias norteamericanas.

Se consideran privilegios los concedidos en los documentos anteriores a la modernidad, como la Carta otorgada por el rey Alfonso IX a las Cortes de León en 1188 y la Carta Magna de Juan sin Tierra en 1215, porque solamente se otorgaban a ciertos lugares y grupos de personas, mientras que los derechos deben ser generales.⁴⁸

Pero se debe reconocer que estos documentos tienen gran valor histórico ya que forman parte de los precedentes del Estado constitucional, por ejemplo podemos afirmar que la Carta Magna inglesa es lo más parecido que

⁴⁸ Al respecto el jurista Peces-Barba menciona que en su contenido se reflejan libertades y privilegios y no derechos. Esto por que no se presupone la idea del individuo abstracto como destinatario de los derechos, que es un presupuesto básico para poder hablar de la idea de universalidad, que es uno de los rasgos que acompañan la noción moderna de los derechos, Cfr. PECES-BARBA, Gregorio (Dir.), “*Historia de los derechos fundamentales*”, Tomo I, Dykinson, Madrid España, 1998, p. 749.

ha tenido este país a una ley fundamental en sentido formal y ha sido, también piedra angular del sistema constitucional inglés.

La historia de los derechos fundamentales esta íntimamente relacionada con el surgimiento del Estado de Derecho, como forma de organización del poder y como representación de un nuevo sistema de relaciones entre gobernantes y gobernados, porque surge como respuesta a los excesos del Estado absolutista que se consolida en Europa durante el siglo XV y se afirma durante el siglo XVI.

Para algunos autores, los derechos fundamentales no surgen contra el Estado absolutista, sino como respuesta a la nueva posición que el hombre asume de esta forma de organización del poder público como es el caso del jurista Gregorio Peces-Barba que señala lo siguiente:

La filosofía de los derechos fundamentales, que aparentemente está en radical contradicción con el Estado absoluto, necesita sin embargo de éste, de su centralización y monopolio del poder, que subsistirá en el Estado liberal, para poder proclamar unos derechos abstractos del hombre y del ciudadano, teóricamente válidos para todos, dirigidos al homo iuridicus. Sin el esfuerzo previo de centralización, de robustecimiento de la soberanía unitaria e indivisible del Estado, no hubieran sido posibles históricamente los derechos fundamentales. Por otra parte, sin ese robusto poder del Estado no habría aparecido tan nítida una de las primeras funciones que se atribuyen a los derechos: limitar al poder del Estado.⁴⁹

Resulta necesario agregar que el nacimiento del Estado moderno lleva vinculada la idea del pacto social y el uso de la fuerza legítima que tiende al ser considerado como el poder superior que se basa en la idea de la soberanía y sobre todo el monopolio de la producción normativa, que es una de las funciones más importantes que posee, debido a que de ella se desprende la idea de que el derecho se crea por él, surgiendo la visión iusnaturalista y ius positivista de los derechos.

Hay muchos factores junto al cambio de la organización económica, que justifican y explican la superación del Estado absolutista y el surgimiento del Estado moderno, entre los cuales podemos mencionar tanto la visión humanista como la reforma protestante, que son elementos decisivos en el nacimiento de

⁴⁹ PECES-BARBA, Gregorio (Dir.) “*Historia de los derechos fundamentales*”, op. cit, p. 22.

éstos derechos, debido a que cambiaron la mentalidad de los individuos proporcionándole una visión antropocéntrica.

Así mismo los derechos fundamentales se consolidan en una organización económica que si bien se puede considerar precapitalista, prepara el camino para la revolución industrial en los siglos XVII y XIX y el capitalismo resultante, es de destacar que esta organización económica es impulsada por la burguesía, que fue creando estructuras que le dieran seguridad frente al poder del Estado, siendo en parte el inicio de los derechos fundamentales.

Por eso tal y como lo menciona Peces-Barba en los siglos XVII y sobre todo XVIII el descontento de la burguesía por el excesivo poder del Estado y la fuerza económica adquirida la llevan a pretender el poder político, los derechos humanos serán una de las armas más importantes para este fin.

Partiremos de los derechos que nos han legado los movimientos revolucionarios de los siglos XVII y XVIII, es decir, del hecho de que son los derechos innatos que tiene el individuo por propia naturaleza; por ello en las diferentes declaraciones se repite: “que son derechos inalienables”, que el ser humano nace con el derecho moral a la libertad, la doctrina jurídica de esta época.

Busca un fundamento sólido contra el absolutismo, basándose en el derecho natural y que para alcanzar el carácter de fundamentales deben superar el concepto moral y ser tutelados y garantizados a través de un proceso de positivización.

En Europa aparecen los primeros tratados de derecho público cuyo concepto primordial es el de la soberanía de los poderes soberanos, iniciándose una literatura jurídica nueva con el desarrollo de la razón del Estado como medio para romper con los estamentos y privilegios.

La primera ruptura del poder absolutista fue revolucionaria con el estallido de dos movimientos en el siglo XVIII, la revolución francesa y la formación de los Estados Unidos de América, tras la guerra de independencia de las colonias, período que en Europa corresponde a la formación del liberalismo clásico y del termino Constitución que modifican los principios

políticos del llamado Estado de Derecho, cuyas características son la limitación de las actividades gubernamentales por el derecho y la determinación de límites a través de las constituciones.

En el Estado Liberal el poder del monarca es sustituido por el valor de la ley y se considera como la máxima expresión de la razón para suprimir los privilegios y tender a la igualdad de los súbditos y frente a la unidad del poder en el monarca busca la separación de poderes.

La introducción de una limitación gubernamental con el derecho y un planteamiento de los límites que quedan reflejados en los diferentes textos constitucionales escritos.

Es este periodo cuando la lucha por los derechos del hombre comienza a ser un hecho, hasta ser el factor detonante que coadyuva a limitar el poder político y a sustituir la razón del Estado por el predominio de la ley, que forman a la filosofía de los derechos del hombre dentro del liberalismo democrático y vinculados al Estado de Derecho.

En la historia constitucional de occidente, los primeros documentos surgieron en Inglaterra, con limitaciones jurídicas al poder estatal, la *Carta Magna* (1215), la *Petition of Rights* (1628), el *Habeas Corpus* (1679) y el *Bill of Rights* (1689), precursores de los nuevos documentos de declaración de los derechos del hombre, pero carentes de la proclamación de los derechos de la persona, pues sólo se refieren a la sociedad y a los deberes del gobierno.

Tendrán un carácter diferente las declaraciones de los derechos ya individuales, que son inherentes al ser humano, que encontramos en la Revolución de Independencia Americana, donde se recogen legislativamente los derechos innatos, inalienables, no con un origen político, sino religioso, en las colonias puritanas.

Del mundo anglosajón a la Revolución francesa, surge en 1789 *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, momento histórico en que los derechos fundamentales se reconocen como derechos naturales, dentro de las doctrinas iusnaturalistas y con ellos los derechos humanos penetran en el derecho constitucional.

Este es el momento en el que se paso del periodo filosófico al momento normativo, en el que surgirán los derechos fundamentales, cuya diferencia estriba en que un derecho fundamental se producirá si el poder que fundamenta ese sistema de derecho positivo tiene la voluntad de positivizar ese valor.

La revolución francesa es una consecuencia social y política de la filosofía racionalista del siglo XVIII, que pretendía fundar un nuevo orden político y social, tiene un carácter universalista que nace del pensamiento ilustrado, critica el antiguo régimen y busca cerrar esa etapa histórica, además de tener una función legitimadora, ya que, busca legitimar el carácter constituyente de la asamblea que la dicta y legitimar el movimiento revolucionario.

Manifiesta que el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre en su artículo segundo, asumiendo una visión iusnaturalista que acepta que el legislador límite esos derechos (artículo cuarto), una de las principales aportaciones para el constitucionalismo moderno es el concepto de poder constituyente del pueblo, así como la afirmación de que la soberanía reside en la nación.⁵⁰

Concentra el *imperium* en el legislador a quien considera como interprete de la voluntad general, esto hace que la máxima garantía de los individuos es que nadie puede ejercer poder y coacción sobre ellos más que en el nombre de la ley general y abstracta.

Por lo que a la ley se le da el significado de limite al ejercicio de las libertades de todos, lo que hace posible las libertades de todos como individuos frente a las discriminaciones de las formulas antiguas que eran los estamentos.⁵¹

Las declaraciones de derechos en el curso del siglo XIX, en general se ajustan al modelo de la declaración francesa con algunas novedades, aspiran a dar a los derechos y a las libertades una realización jurídica no abstracta, sino

⁵⁰ Cfr. CARBONELL, Miguel, “Una historia de los derechos fundamentales”, UNAM- CNDH y Porrúa, México, 2005, pp. 65 - 79.

⁵¹ Cfr. FIORAVANTI, Maurizio, , op. cit. pp. 58, 59. Consultar nota al pie número 24, página 23.

concreta y vinculatoria, acompañada de las garantías indispensables para concederles eficacia, con la anunciación de los derechos y deberes de los ciudadanos.

Surge el inicio del denominado por Gustavo Zagrebelsky *Estado Constitucional* en donde la ley esta sometida a una relación de adecuación y por tanto de subordinación a un estrato más alto que es la Constitución, dándose la sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado dando como resultado el gobierno de las leyes.⁵²

Así la ley, que fue en el Estado liberal medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede el paso a la Constitución que se vuelve la instancia más alta y que en palabras de Zagrebelsky *“asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior”*.⁵³

La importancia de esta transformación para nuestro tema radica en que pasan a formar parte del texto constitucional algunos de los derechos fundamentales, imprimiéndoles a éstos el carácter concreto de normas jurídicas positivas valederas para todos los individuos de un Estado, creando garantías de esos derechos de carácter normativo, y a finales de este periodo histórico se empieza a vislumbrar la génesis de los derechos sociales.

En el siglo XX, después de la Primera Guerra Mundial, hay una extensión en el número de los derechos reconocidos, aparecen los derechos sociales, así como una tendencia a la limitación de la propiedad, como nota mas característica de las constituciones de nuestro siglo es la de recoger las exigencias de tipo social y darles un cauce jurídico, extendiendo los derechos a la protección de la familia, del trabajo y en general al orden económico-social, acentuando la intervención del Estado para la defensa de toda esa amplia gamas de derechos ejemplo claro de estas Constituciones con contenido social son la de nuestro país de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919.

⁵² Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *“El derecho dúctil: ley, derechos, justicia”*, Trad. Nuria Pares, Trotta, Madrid España, 2003, p. 34.

⁵³ Gustavo Zagrebelsky reafirma lo anterior agregando que: *“En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad”* *Ibíd*em, p. 40.

Inicia una etapa de internacionalización en el reconocimiento y protección de los derechos humanos que comienza en 1919 con la firma del Tratado de Versalles que pone fin a la Primera Guerra Mundial, en el se establecen los derechos de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, se constituye la Sociedad de Naciones y se crea la Organización Internacional del Trabajo, su relevancia radica en que se incorporan los Estados y se inicia el reconocimiento por parte de éstos de los derechos que aparecen en los acuerdos internacionales con su integración al derecho nacional.

2.2 La posmodernidad (Siglo XX -)

La posmodernidad, es la etapa del pensamiento que inicia a finales del siglo veinte, que consiste esencialmente en una ruptura con el pensamiento moderno, mostrando los excesos de la razón como instancia última del conocimiento.

En este apartado abordaremos brevemente el desarrollo que han tenido en este periodo los derechos fundamentales por ser importante para el entendimiento de nuestro objeto de estudio.

Podemos decir que las constituciones que hoy tenemos proponen un modelo político en esencia diferente al Estado de derecho liberal del siglo XIX, debido a que han reafirmado el principio de soberanía popular y como mencionamos anteriormente se ha dado la transformación al denominado por Zagrebelsky, Estado constitucional.

Actualmente las Constituciones en su mayoría son rígidas, es decir, están protegidas por procedimientos particulares de revisión y se encuentran reforzadas por mecanismos de control constitucional, de tal manera que se sustraen del posible arbitrio de los poderes constituidos.⁵⁴

⁵⁴ Al respecto Gustavo Zagrebelsky menciona que “*ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo deriva 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. La <<política constitucional>> mediante la cual se persigue ese centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de la misma*”. ZAGREBELSKY, Gustavo, “*El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*”, op. cit., p.14.

Las Constituciones nos ofrecen medios de tutela más eficaz dentro de la esfera individual de libertad y consagran en su texto los denominados derechos sociales, protegiéndolos, ya que, idealmente la Constitución de un Estado debe establecer mecanismos de defensa para los derechos que ella misma otorga.

De ésta manera, la cultura de los derechos y libertades de las constituciones democráticas posteriores a la segunda guerra mundial se caracterizan por combinar la rigidez constitucional y la soberanía popular, se da al Estado y los Poderes de gobierno por una parte la imposibilidad de afectar la esfera de libertad de los particulares y por la otra se les confiere el deber de facilitar el cumplimiento de los derechos sociales que han introducido en su Constitución, así como en su ordenamiento jurídico.

Se continuó con la etapa de internacionalización con la firma de documentos de carácter internacional como: La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y la celebración del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establecen una serie de derechos y algunos procesos para hacerlos cumplir.

En el caso de estos documentos se considera que los encargados de respetarlos son los Estados Parte, que se constituyen como los obligados. Los Estados firmantes se comprometan a asegurarlos, protegerlos, garantizarlos y respetarlos, integrándolos a su legislación.

Finalmente es necesario mencionar que actualmente se sigue promoviendo la internacionalización de los derechos fundamentales a través de la firma de tratados y acuerdos que se promueven en la esfera del derecho internacional público, por la importancia que se les reconoce.

Y así mismo los Estados siguen incorporando y desarrollando estos derechos, tanto en su Constitución como en su legislación ordinaria reconociéndoles la trascendencia que poseen.

3. Antecedentes de los derechos fundamentales en México

El jurista Carlos Terrazas nos señala en su libro *Los derechos humanos en las Constituciones Políticas de México* que la historia del constitucionalismo mexicano, respecto a estos derechos presenta dos etapas; una individualista o clásica, que abarca desde la Constitución de Apatzingán hasta el Acta de Reformas de 1847, y otra que podríamos denominar como mixta, que nace con la Constitución de 1857 y que persiste hasta la fecha con la Constitución de 1917 que regula la esfera de libertad en la que el Estado no puede intervenir y establece los derechos sociales que implican una restricción a las libertades individuales para atender a las necesidades de la colectividad.⁵⁵

Nuestras normas supremas se analizarán de forma sucinta en éste apartado, siguiendo el pensamiento del jurista Carlos Terrazas por la importancia que han tenido en el desarrollo y evolución en la concepción de los derechos fundamentales dentro de cada una de las etapas del Estado mexicano, conocimiento necesario para entender nuestro objeto de estudio.

3.1 Etapa individualista

Ésta etapa inicia con el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana o como se le conoce comúnmente la Constitución de Apatzingán, que es resultado del congreso constituyente reunido en Chilpancingo el 22 de octubre de 1824.

Esta Constitución es un importante antecedente para nuestra investigación aún cuando no entro en vigor, porque en ella se contemplaban algunas de las garantías constitucionales que nos rigen actualmente, se manifiestan en su texto los derechos individuales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad de los individuos, marcando límites al poder del Estado y estableciendo una esfera privada para los particulares en las que no podía intervenir.

⁵⁵ Cfr. TERRAZAS, Carlos R., “*Los derechos humanos en las Constituciones Políticas de México*”, Miguel Ángel Porrúa, México, 1996, p. 22.

Así mismo en ella se establecen los derechos de audiencia, de inviolabilidad del domicilio, los derechos de defensa, a la instrucción y la libertad de palabra e imprenta.⁵⁶

Sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos del cuatro de octubre de 1824, podemos mencionar que se establecen dos legitimidades la de Dios y la de la nación mexicana, en su articulado se menciona la existencia de los derechos del hombre, pero no se realiza un catálogo de derechos debido a que se deja a las legislaturas locales establecerlos, únicamente establece el respeto a la libertad de imprenta y de expresión.

Su texto busca favorecer por una parte el establecimiento de las libertades, entendidas éstas como la prohibición que tiene el Estado de no impedir el ejercicio de los derechos que consagra y por otra parte con el establecimiento de derechos sobre seguridad jurídica manifestando que el Estado no debe afectar la esfera privada de los particulares.

Las Bases Constitucionales de 1835 inician señalando las ideas de soberanía e independencia que legitiman el documento, y son las primeras que clasifican los derechos que posee el individuo en derechos del hombre y derechos civiles.

Por otra parte las Siete Leyes Constitucionales de la República Mexicana del 29 de diciembre de 1836, crean un régimen centralista y enumeran los derechos de los mexicanos, siguiendo las características de las constituciones anteriores, solamente manifiesta derechos de libertad y seguridad jurídica donde el Estado solamente esta encargado de respetar la esfera privada de los particulares por medio de abstenciones.

Las Bases Orgánicas de la República Mexicana del 12 de junio de 1843 declaran el derecho de libertad y condenan la esclavitud, la libertad de opinión, de imprenta y la seguridad personal de los mexicanos, además reconoce la propiedad privada, incluyendo el principio que establece que solo por causas de

⁵⁶ Cfr. MORENO, Margarita, *“Los derechos humanos en perspectiva histórica: de los derechos individuales a los derechos sociales, 1857, 1917”*, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, pp. 26 - 27.

utilidad pública se puede justificar la ocupación de la propiedad previa indemnización, y finalmente declara que los extranjeros sólo gozarían de los derechos que concedieran las leyes y los tratados a otras personas.

Con el Acta de reformas de 1847 se reestablece el imperio de la Constitución Federal de 1824, introduciéndole algunas reformas en su texto, se encuentran garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad.

Pero la novedad que se agrega es que establece en su texto la obligación por parte del Estado de hacerlas efectivas, estableciendo el amparo a cualquier habitante de la república en el ejercicio de los derechos constitucionales contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, de la Federación y de los Estados.

Con lo que reconoce que si bien es importante establecer los derechos que poseen las personas, es necesario establecer mecanismos que los protejan de manera práctica, en esto radica la importancia de la denominada formula Otero.

3.2 Etapa mixta

Ésta inicia con la Constitución Federal del 5 de febrero de 1857, que se funda en el pensamiento francés de finales del siglo XVIII en donde se considera que los hombres son por naturaleza libres e iguales, pero que se agrupan en la sociedad, renunciando a su libertad natural a favor del Estado que se conforma con la suma de ellas, para proteger y salvaguardar los derechos naturales del hombre.

En el artículo primero de la Constitución en comento, se sintetiza esta teoría al establecer que los hombres son por su naturaleza libres e iguales, y que el pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones (pensamiento iusnaturalista)

Además se aprobó un catalogo de derechos en los 33 primeros artículos que conforman los derechos que reconoce la Constitución a los individuos y se prevé la suspensión de garantías en el artículo 34.

Finalmente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, se cambia la redacción de la Constitución de 1857, que manifestaba el reconocimiento de los derechos del hombre estableciendo que todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución en su artículo primero, en este cambio de redacción se presentó la duda sobre la visión que se optaba en nuestra carta magna, si era iusnaturalista o iuspositivista, sobre lo cual el Dr. Burgoa Orihuela en su libro *Las garantías individuales* señala lo siguiente:

La Constitución vigente se aparta de la doctrina individualista, pues a diferencia de la de 57, ya no considera a los derechos del hombre como la base y objeto de las instituciones sociales, sino que los reputa como un conjunto de garantías individuales que el Estado concede u otorga a los gobernados. El individualismo, adoptado en el ordenamiento constitucional próximo anterior, establece que los derechos del hombre, inherentes e inseparables de su personalidad, son supraestatales, es decir, que están por encima de todo orden creado por el Estado, el que, por ende, debe siempre respetarlos y convertirlos en el objeto y base de sus instituciones. Contrariamente a la tesis individualista, nuestra Constitución de 1917 (...) ha expresado en su artículo primero que las garantías individuales son instituidas o creadas por el orden jurídico constitucional.⁵⁷

Además en esta Constitución se establecieron los derechos sociales con un sentido muy avanzado para su tiempo; así mismo se incorporo entre ellos la restitución de tierras; combinando la herencia colonial y el modelo liberal en el régimen de la propiedad, consagrado en el artículo 27.

Por otra parte en el artículo 123 se fijaron las reglas en materia del trabajo, incluyendo disposiciones expresas para las relaciones obrero patronales, protegiendo a los grupos sociales vulnerables.

Así en nuestra actual Constitución se ve al Estado como protector de la esfera de libertades de las personas, en donde se le presenta la obligación de respetar y no intervenir a través de acciones negativas, y por otra parte se presenta la obligación de realizar acciones positivas que permitan el disfrute de los denominados derechos sociales en donde el Estado debe intervenir.

Podemos agregar que la Constitución de 1917 cuenta con mecanismos de defensa de los derechos que en ella se encuentran garantizados, como el Juicio de Amparo en el ámbito jurisdiccional y las actuaciones de las Comisiones de derechos humanos en el ámbito no jurisdiccional.

⁵⁷ BURGOA, Ignacio, “*Las garantías individuales*”, 37ª ed., Porrúa, México, 2004, p. 148.

4. Garantías de los derechos fundamentales

El objetivo de este apartado es señalar la función que tienen las denominadas garantías de los derechos fundamentales, que son los medios de protección de estos derechos, ya que, si éstos no ofrecen a sus titulares la posibilidad de ser satisfechos frente a los sujetos obligados, no se vuelven derechos eficaces, siendo ideal que estas técnicas de garantía se encontrarán establecidas en las Constituciones debido a que los derechos fundamentales legitiman, crean y mantienen el consenso social, que es la base del Estado y así mismo influyen en su ordenamiento legal.

Como lo señala Luigi Ferrajoli *“una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasa de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”*.⁵⁸

Cabe mencionar que existen diversas clasificaciones de estos mecanismos siendo las más sobresalientes entre otras: las garantías nacionales o internas, las internacionales y las denominadas garantías jurisdiccionales que junto con las no jurisdiccionales protegen estos derechos.

Siendo las más importantes para efectos de esta investigación las últimas, debido a que nuestro trabajo se enfoca principalmente en la eficacia de los medios de garantía de los derechos fundamentales en nuestro país y se entiende que los tratados de derechos humanos de carácter internacional celebrados por México, se vuelven derechos fundamentales en nuestro país por disposición constitucional, debido a que nuestra carta magna establece en su artículo 133 que se entenderán parte de la legislación nacional los tratados que sean celebrados por el ejecutivo con ratificación del senado por lo que podemos concluir que los derechos establecidos de esta manera se vuelven derechos nacionales de fuente internacional y por lo tanto; nos interesa como pueden ser protegidos a través de los sistemas de garantía internas.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi, *“Derecho y razón”*, Trad. Perfecto Andres Ibáñez, 5ed., Trotta, Madrid España, 2002, p. 852.

Que como ya mencionamos pueden ser jurisdiccionales o no jurisdiccionales enfocándonos principalmente en el juicio de amparo y en el procedimiento que realiza la Comisión Nacional de Derechos Humanos, lo que explicaremos de manera breve en este apartado.

4.1 Concepto y clasificación

El término garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo.

Se puede afirmar que la garantía es el medio para hacer eficaz algo, para devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado o no respetado, un medio de garantía constitucional tiene como finalidad reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales.⁵⁹

Para el Dr. Burgoa Orihuela el concepto garantía en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones a favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y ordenada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas preestablecidas, que tienen como base de sustentación el orden constitucional.⁶⁰

Luigi Ferrajoli en su libro *Derechos y garantías: la ley del más débil* hace un amplio análisis de las garantías, estableciendo las diferencias entre los derechos fundamentales y las garantías, haciéndonos notar que éstas últimas son las obligaciones que derivan de los derechos y que por lo tanto pueden existir derechos sin garantía, ya que, el derecho existe por el hecho de que está previsto en un texto normativo, pero no pueden existir garantías sin derechos porque, éstas dependen de su existencia.

⁵⁹ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en Ferrer, Eduardo (coord.), “Derecho procesal constitucional” I, Tomo I, 4a ed., México, Porrúa, 2003, pp. 273 - 283.

⁶⁰ BURGOA, Ignacio, “Las garantías individuales”, op. cit., p. 162.

GARANTÍAS	
Héctor Fix-Zamudio	Medio para hacer eficaz algo. Sirven para devolver algo a su estado original cuando fue violado o no fue respetado. El medio de garantía constitucional busca reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales
Ignacio Burgoa Orihuela	Son las protecciones a favor de los gobernados dentro de un estado de derecho.
Luigi Ferrajoli	Son las obligaciones de cumplimiento que derivan de los derechos. Son el medio de protección de los derechos. No pueden existir garantías sin derechos ya que éstas dependen de su existencia.

Finalmente todas las garantías tienen en común el hecho de haber sido previstas a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en cada caso, constituye su objeto.

4.1.1 Clasificación de las garantías de los derechos fundamentales

Existen diferentes clasificaciones sobre las garantías de los derechos fundamentales, abordaremos a continuación de manera sucinta el estudio que realiza el jurista italiano Luigi Ferrajoli sobre el tema. Así mismo explicaremos brevemente la clasificación de las garantías por sus fuentes que las divide en nacionales e internacionales.

Cabe mencionar que abordaremos especialmente la clasificación de las garantías de los derechos fundamentales que las divide en jurisdiccionales y no jurisdiccionales. Siendo las más importantes para efectos de esta investigación las últimas, debido a que nuestro trabajo se enfoca principalmente en la eficacia de los medios no jurisdiccionales de garantía de los derechos fundamentales, que en nuestro país es el trabajo que llevan a cabo tanto, la Comisión Nacional de Derechos Humanos como las Comisiones Estatales de Derechos Humanos.

4.1.1.1 Clasificación de las garantías de los derechos fundamentales realizada por Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli realiza un amplio estudio sobre las garantías de los derechos fundamentales y las clasifica en lo que él denomina como las *garantías primarias* y las *garantías secundarias*, que explicaremos a continuación.

4.1.1.1.1 Garantías primarias

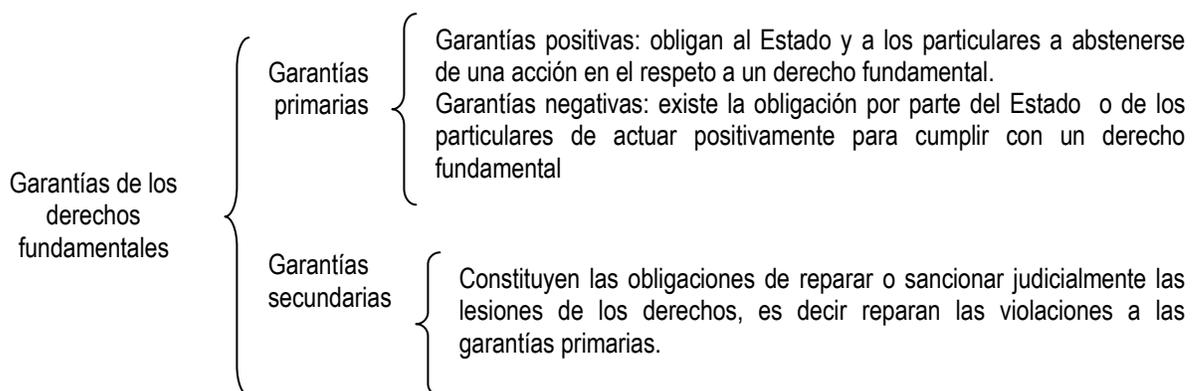
Las garantías primarias son la obligación de abstenerse de actuar o hacer por parte del Estado.

Se dividen en positivas y negativas, en las primeras su función es obligar al Estado y a los particulares de abstenerse en el respeto a un derecho fundamental.

Mientras que en las denominadas negativas existe la obligación por parte del Estado y los particulares de actuar positivamente para cumplir con lo establecido por un derecho fundamental.

4.1.1.1.2 Garantías secundarias

Las garantías secundarias constituyen las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir reparan las violaciones que se hayan realizado a las garantías primarias.



Ferrajoli establece que cuando los derechos no disponen de garantías primarias y secundarias lo correcto no es negar la existencia de derechos, sino que se debe criticar esa ausencia y hacer que se consoliden medios de

protección, o en sus propias palabras “*La ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna, que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar*”.⁶¹

De acuerdo con este autor, las lagunas legales pueden ser clasificadas en primarias y en secundarias.

Las lagunas primarias son las que se derivan de la falta de una norma que señale a un sujeto concretamente obligado a satisfacer un derecho, mientras que las lagunas son secundarias cuando se está frente a la falta de un medio de acción que permita exigir el incumplimiento de esa obligación.

4.1.1.2 Clasificación de las garantías de los derechos fundamentales por su fuente

También se pueden clasificar por la fuente que las establece, siendo de carácter nacional o interno e internacional que se explican a continuación.

4.1.1.2.1 Garantías nacionales

Las garantías internas se consignan por lo general en la Constitución o ley suprema de un orden jurídico, por ser esta la que establece los valores y derechos ha proteger por el Estado y los medios por los que se conservaran.

Idealmente en la Constitución se deben mencionar los mecanismos de defensa que se tienen para hacer valer los derechos, lo cual como ya mencionamos, resulta esencial para legitimar la función que realiza el Estado como garante de los individuos.

El esquema de defensa de la Constitución de nuestro país en términos generales establece varios mecanismos de defensa y protección de los derechos plasmados en su texto, pero nos interesan sobre todo para efectos de este apartado el juicio de amparo establecido en los artículos 103 y 107 de la Constitución, que es el medio de defensa de derechos fundamentales de mayor relevancia en el sistema jurisdiccional por un lado y por el otro, los

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi, “*Derechos y garantías: la ley del más débil*”, op. cit., p. 63. Consultar nota al pie número 19, página 17.

procedimientos ante los organismos que componen el sistema de protección no jurisdiccional que se encuentra establecido en el artículo 102 apartado B de nuestra ley fundamental.

De los dos mecanismos mencionados con anterioridad, es necesario establecer que nuestro objeto de estudio principal será el mecanismo realizado por los organismos no jurisdiccionales, por su función protectora de los derechos fundamentales de la cual nos interesa establecer su eficacia en los capítulos siguientes.

Razón de la que se deriva que solamente haremos en este apartado un breve bosquejo del juicio de amparo, en el que se suministrarán los datos básicos, mientras que de los medios no jurisdiccionales, enfocándonos en la Comisión Nacional de Derechos Humanos se hará un análisis que se extiende a lo largo de los capítulos posteriores.

4.1.1.2.2 Garantías internacionales

Las garantías internacionales son las previstas por el sistema jurídico internacional, es decir que tienen su origen en los acuerdos celebrados por la comunidad internacional.

Es necesario establecer que en el caso de nuestro país son garantías y derechos que se entienden incluidos como parte de nuestra legislación siempre que cumplan con los requisitos de haber sido celebrados por el ejecutivo federal con ratificación del senado como lo establece en su artículo 133 nuestra carta magna.

En caso de no ser obedecidos por el Estado y haber agotado el procedimiento interno se puede recurrir a instancias internacionales, debido a que el sistema internacional de protección de los derechos humanos tiene un carácter subsidiario y complementario del correspondiente a los tribunales nacionales, como lo señala por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocido como Pacto de San José; así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

4.2 Garantías jurisdiccionales en México

La piedra angular de la defensa de los derechos fundamentales se encuentra en el control jurisdiccional, que es lo que Ferrajoli denomina como el ámbito de las garantías secundarias que como hemos explicado anteriormente son las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente que nacen de las lesiones o violaciones que hayan sufrido los derechos fundamentales, es decir de los menoscabos que hayan sufrido las garantías primarias que son la obligación de abstenerse de actuar o hacer por parte del Estado.

Pues bien, sólo cuando existe tal control señalado en la ley fundamental de un Estado es cuando puede sostenerse la existencia de una protección a los derechos fundamentales, que requieren que los efectos de la acción jurisdiccional sean esencialmente preventivos o reparadores, es decir se requiere de un sistema protector que evite que se lleve a cabo la violación actual o inminente de esos derechos o bien que repare la violación que ya fue realizada reestableciéndolos.

El esquema de defensa de nuestra Constitución incluye entre otros los siguientes mecanismos: la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad, el juicio político y el juicio de amparo, estos mecanismos los explicaremos brevemente a continuación:⁶²

4.2.1 La controversia constitucional

La controversia constitucional esta regulada en el artículo 105 fracción primera, y consiste en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conozca en única instancia de las controversias que se susciten entre los poderes de la unión; así como entre la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los municipios, excluyendo la materia electoral.

4.2.2 La acción de inconstitucionalidad

La acción de inconstitucionalidad se encuentra regulada en el artículo 105 fracción segunda, es resuelta también por la Suprema Corte de Justicia de la

⁶² Cfr. CARBONELL, Miguel, “*Los derechos fundamentales en México*”, op. cit. p. 84 – 85.

Nación, en única instancia y tiene por objeto solucionar las posibles contradicciones que se pueden dar entre las normas de carácter general y la Constitución Federal.

4.2.3 El juicio político

El juicio político establecido en el artículo 110 de la Carta Magna sirve para fincar responsabilidad política u oficial a los servidores públicos que limitativamente se encuentran enumerados en el precepto ya mencionado.

Tiene como finalidad castigar las violaciones a la Constitución cometidas por altos funcionarios.

4.2.4 El juicio de amparo

El juicio de amparo es el proceso legal para recuperar cualquiera de los derechos consagrados en la Constitución y atacados por la actuación u omisión de la autoridad o para eximirse de la obediencia de una ley ó mandato de una autoridad que invadió una esfera de actuación local o federal respectivamente.⁶³

Es decir, el amparo es un sistema de defensa de la Constitución y de los derechos que ésta consagra, es un proceso de tipo jurisdiccional que surge de la violación de los derechos por una acción y omisión por parte de la autoridad, la invasión de la soberanía de los Estados y la Federación o por la inoperancia de una ley.

Se tramita ante el Poder Judicial Federal, del que surgen efectos como la nulidad del acto reclamado y la reposición al quejoso en el goce de los derechos que hayan sido violados, con efectos retroactivos al momento de que se cometió la violación por parte de la autoridad.

⁶³A la letra el artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en adelante CPEUM, establece lo siguiente:

Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I.- Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;

II.- Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III.- Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

El amparo es un proceso jurisdiccional que se establece en los artículos 103 y 107 constitucionales y se regula en su ley reglamentaria conocida como Ley de Amparo.

Los órganos del Poder Judicial que participan dentro del juicio de amparo son el Juez de Distrito en el caso del amparo indirecto que procede en los actos a que se refiere el artículo 114 de la Ley de Amparo, es decir por todos aquellos actos que no sean sentencia ó laudo definitivo, así como resolución que ponga fin al juicio.

Los Tribunales Colegiados de Circuito en el caso del juicio de amparo directo que procede cuando sentencias y laudos definitivos y resoluciones que ponen fin al juicio.

Las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ó en su caso el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando ejercen su facultad de atracción por la importancia del asunto del que se trate, así también pueden participar de manera excepcional los Tribunales Unitarios de Circuito.

4.2.4.1 Objetivos del juicio de amparo

Entre los objetivos que se satisfacen a través del juicio de amparo se encuentran las siguientes:

Primero se garantizan los derechos fundamentales que establece nuestra carta magna, lo que en si constituye la función principal de esta institución.

Segundo este proceso ayuda a mantener a los poderes dentro de las funciones que les fueron encomendadas por mandato constitucional, haciendo efectivas sus competencias constitucionales.

Y finalmente proporciona el medio idóneo para establecer jurisprudencia que resuelva conflictos en la interpretación de las normas constitucionales y ordinarias que integran nuestro orden jurídico.

El juicio de amparo ha permitido de esta manera la tutela de los derechos fundamentales, agrupando bajo un solo mecanismo una serie de procedimientos que en otros países están regulados de manera separada por

ejemplo: la inconstitucionalidad de leyes, la figura del *habeas corpus* que sirve para preservar la libertad personal, también se puede combatir las sentencias judiciales, la propiedad comunal se puede proteger o se pueden disputar actos jurídicos de la administración pública.

Por lo que el juicio de amparo mexicano es un instrumento complejo en el que se conjugan diferentes funciones y objetivos que hacen de esta una de las instituciones legales más importantes y trascendentes de nuestro sistema jurídico.⁶⁴

Para el objeto de este trabajo es suficiente con lo mencionado en este apartado, debido a que nos enfocaremos en la protección no jurisdiccional de los derechos fundamentales a través del procedimiento que se lleva ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, así como las recomendaciones que emite y su eficacia dentro del contexto teórico jurídico de John Austin en los capítulos siguientes.

4.3 Garantías no jurisdiccionales en México

Aparte del juicio de amparo y las demás garantías jurisdiccionales que explicamos con anterioridad, en nuestro país existen las denominadas garantías no jurisdiccionales, que se encuentran representadas en los procesos que se llevan a cabo por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las comisiones estatales de derechos humanos.

Enfocándonos principalmente en el esquema de la comisión nacional debido a que las comisiones estatales siguen el mismo esquema de ésta por lo que no siendo tan trascendentes las diferencias entre sus procedimientos, solamente mencionaremos a la primera.

Nuestra Comisión es una adaptación del modelo clásico del *ombudsman* sueco que nace en el siglo XVIII por las luchas entre el rey y el parlamento de este país, este órgano desarrolló una función de supervisión para que los

⁶⁴ Cfr. CARBONELL, Miguel, “*Los derechos fundamentales en México*”, op. cit., p. 89.

servidores públicos cumplieran con el ordenamiento jurídico vigente en ese momento, evitando abusos de poder de su parte para con los particulares.

Se puede decir que el ombudsman es un organismo autónomo cuyo titular, designado por el Poder Legislativo o Ejecutivo, tiene como función esencial la vigilancia de la actividad de la administración, la recepción de quejas de los administrados y resolver controversias en plazos más breves.⁶⁵

Sus rasgos característicos deben ser siempre la independencia, considerando ésta como su integración al texto constitucional para evitar que se vulnere ésta institución por parte del legislador ordinario, la imparcialidad en el desarrollo de sus investigaciones, la confidencialidad y la facultad de emitir recomendaciones sin ningún efecto vinculatorio, donde proponen las soluciones que consideren adecuadas para evitar o sanar las violaciones a los derechos de los particulares por parte de la autoridad.

La regulación constitucional de éstas instituciones en nuestro país se encuentra en el apartado B del artículo 102 de la carta magna que los establece, y menciona que estos organismos de protección conocerán de quejas contra actos u omisiones de naturaleza administrativa de cualquier servidor público o autoridad, excepto de los actos del Poder Judicial de la Federación.

También establece la naturaleza de sus resoluciones que se denominan recomendaciones de naturaleza no vinculatoria y pública como se analizará posteriormente, agregando que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es un órgano autónomo; esto significa que la propia Constitución es quien prevé su existencia, determina su composición, la designación de sus integrantes, su competencia y su estatus institucional.

Se conformará por un Consejo Consultivo cuya elección de sus miembros, así como del Presidente de éste organismo, es a través del nombramiento por parte del Senado.

⁶⁵ Cfr. NATARÉN, Carlos F. *“La defensa no jurisdiccional de los derechos fundamentales en México”*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2005, p. 49.

Establece en lo referente a su competencia que éstos organismos no podrán conocer de asuntos en materia laboral, electoral y jurisdiccional.

4.3.1 Comisión Nacional de los Derechos Humanos

La institución se crea el 5 de junio de 1990 por el decreto presidencial que fue publicado ese día, que plasmó de manera general las atribuciones que tenía, este órgano, afirmando que su competencia se regularía con mayor detalle en el reglamento interno que la misma Comisión expediría posteriormente.

La Comisión inicialmente se constituyó como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, contando con un titular que era nombrado por el Ejecutivo Federal, al igual que el consejo honorario y el secretario técnico; dentro de esta estructura se incluía también un visitador que dependía directamente del presidente de la Comisión.

Su finalidad primordial era fomentar la protección, observancia y promoción de los derechos fundamentales de los nacionales y extranjeros que se encontraran en nuestro país, siendo competente para conocer de las violaciones administrativas y de los vicios en el procedimiento, así como de los delitos y negligencias cometidos por autoridades o servidores públicos, realizándose para ello un procedimiento de investigación del que resultaba en caso de comprobarse la violación de los derechos una resolución denominada “recomendación” de efectos no vinculatorios.

La segunda etapa de la figura de *ombudsman* en nuestro país se deriva de la iniciativa del Ejecutivo Federal del 19 de noviembre de 1991 en donde se pretendía incluir esta figura jurídica en la Constitución Mexicana; con este cambio se buscaba instituir en la norma fundamental su existencia y funcionamiento para garantizar una acción plena por parte de la institución dándole independencia y por lo tanto legitimando su creación.

El resultado de esta iniciativa del Poder Ejecutivo se consolida con la creación del apartado B del artículo constitucional 102 el día 27 de enero de 1992, fecha en que se publicó en el Diario Oficial de la Federación.

Así el artículo que antes solamente establecía las atribuciones y organización de la Procuraduría General de la República y del Ministerio Público de la Federación, que era la institución hasta entonces encargada de manera exclusiva de los intereses de la sociedad y que ahora se encuentra reforzada por las funciones de la Comisión que se encarga de proteger los derechos humanos amparados por la Constitución, que constituyen como ya lo hemos explicado los derechos fundamentales.

Además se establece que deben crearse organismos similares en cada una de las entidades federativas para proteger los derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano, expresando su competencia y forma de composición orgánica.

Por lo que en la actualidad existen en nuestro país treinta y dos comisiones locales de derechos humanos de las cuales treinta y uno son de las entidades federativas y una es del Distrito Federal, aparte de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pero como mencionamos con anterioridad su funcionamiento y estructura de las comisiones locales es muy similar a la Comisión Nacional por lo que no tiene relevancia para nuestro tema enfocarnos en la actuación de estos órganos locales.

Las funciones de la Comisión están en esta segunda etapa enfocadas, a la protección de los derechos humanos a través de las quejas y esta posibilitada a actuar de oficio o a petición de parte al igual que en la actualidad, así como la posibilidad de formular recomendaciones públicas autónomas de naturaleza no vinculatoria, así como presentar quejas y denuncias ante las autoridades respectivas.

Pero el organismo no reunía las condiciones para garantizar la defensa de los derechos humanos en México de manera vigorosa y eficiente.⁶⁶

Por lo que se abre la tercera etapa de regulación de este órgano estatal de fecha 30 de noviembre de 1999 en donde se modifica la naturaleza de la

⁶⁶ *Ibidem*, p. 106

comisión al volverlo un órgano autónomo con patrimonio propio que cuenta con una partida del presupuesto por ser necesario para sus funciones.

Además se cambia el procedimiento de designación de los miembros del comité consultivo y del presidente de la Comisión, que pasan de ser nombrados por el Ejecutivo Federal a ser elegidos por una mayoría calificada de dos terceras partes de la cámara de senadores o en su caso de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión.

Por lo demás la reforma deja intacto el tema de la competencia y límites de actuación de esta institución que no puede intervenir en materia electoral, laboral o jurisdiccional por disposición constitucional, al igual que mantiene intacto lo referente a su incompetencia por lo que respecta a la actuación del Poder Judicial Federal.

Actualmente el artículo 102 apartado B de nuestra carta magna a la letra dice lo siguiente:

El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por diez consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán substituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo período.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del Consejo Consultivo, será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su

encargo cinco años, podrá ser reelecto por una sola vez y sólo podrá ser removido de sus funciones en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentará anualmente a los Poderes de la Unión un informe de actividades. Al efecto comparecerá ante las Cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.

Siendo este un órgano autónomo del Estado, se vuelve un elemento esencial para la configuración del modelo de Estado y participa en la dirección política del Estado en el proceso de toma de decisiones.

Los órganos constitucionales autónomos se ubican fuera de la estructura orgánica de los poderes tradicionales, por lo que no forma parte de la administración pública ni del Poder Legislativo ni Judicial, es decir que no se encuentra subordinado a ninguno de los tres poderes; además cuenta con autonomía financiera, de gestión, personalidad jurídica y patrimonio propios.

Por otra parte la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que la regula a partir del 29 de junio de 1992, con su última reforma de fecha 26 de abril del 2001, y el Reglamento Interno del 29 de septiembre del 2003 establecen su organización, facultades y finalidades de este órgano de manera más detallada, explicando que su finalidad esencial es la protección, promoción, observancia, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos por el ordenamiento jurídico de nuestro país, es decir los derechos fundamentales amparados por nuestra legislación tanto de fuentes nacionales como internacionales.

El investigador Carlos Natarén manifiesta en su libro *La defensa no jurisdiccional de los derechos fundamentales en México* que: “de esta forma la naturaleza de estos órganos se transforma y adquiere el carácter de instrumento de garantía constitucional y no exclusivamente de legalidad”.⁶⁷

En cumplimiento de sus funciones la Comisión puede llevar a cabo investigaciones que dan como resultado una recomendación en caso de

⁶⁷ *Ibidem*, p. 116.

haberse comprobado la violación por parte de alguna autoridad o servidor público de derechos de particulares, la difusión de respeto y creación de la cultura de los derechos, y de programas institucionales para su protección.

Éste tema se seguirá analizando durante los capítulos siguientes por ser de esencial importancia para nuestra investigación profundizar sobre la naturaleza no vinculatoria de las recomendaciones que emite la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y su eficacia en el mundo fáctico, razón por la que solamente realizamos en este apartado un breve bosquejo acerca de sus resoluciones y procedimientos.

CAPITULO II

MODELO TEÓRICO DE JOHN AUSTIN

El propósito esencial de este capítulo es resaltar la importancia que poseen en la teoría jurídica actual las ideas de John Austin, mismas que hoy por hoy resultan de gran trascendencia para entender el derecho contemporáneo.

John Austin manifestó en sus ensayos que todo Derecho posee una estructura formal idéntica y que esta estructura se expresa en un repertorio de conceptos o elementos que son fundamentales independientemente del ordenamiento jurídico que se analice, por lo que se encuentran presentes siempre como base de todo ordenamiento jurídico pensable.

De lo anterior se deriva que para que este ordenamiento pueda ser viable, Austin resalta la necesidad de que elementos tales como la autoridad, el mandato y la sanción deban estar siempre presentes en las normas jurídicas.

A fin de que podamos entender toda la teoría de John Austin sugiero empezar por explicar quien era esta jurista, así como las condiciones espacio-temporales en las que realiza su teoría.

1. Biografía de John Austin

John Austin nació en 1790, en el este de Inglaterra, ingresó al ejército y después de servir en él de 1806 a 1812, estudió derecho y fue recibido en la Barra en 1818. En 1819 contrajo matrimonio con Sarah Taylor. Durante siete años practicó la profesión en *Lincoln's Inn*⁶⁸ sin mayor éxito. Finalmente en 1825 John Austin deja la abogacía.

Perteneció desde su juventud al círculo formado en torno a Jeremías Bentham y James Mill, el grupo benthamista impulsa la fundación de la Universidad de Londres que realizó en 1826.

⁶⁸ El *Lincoln's Inn* es una de las cuatro asociaciones o colegio de abogados, en los que están afiliados los jueces y profesionistas ingleses, que conforma parte de los *Inns of Courts*.

Entre las disciplinas nuevas que se habrían de enseñar se encontraba la *jurisprudence* o jurisprudencia,⁶⁹ materia en la que nombraron a John Austin como docente, cuando lo designaron resolvió viajar a Alemania para estudiar lo que hacían los juristas de ese país que él admiraba profundamente, su estancia duro dos años en donde estuvo en las ciudades de Bonn y Heidelberg donde estudia las Instituciones de Gayo, las obras de los romanistas y a los representantes de la escuela histórica como los juristas Friedrich Karl von Savigny y Gustav von Hugo, entre otros con quienes estuvo en contacto.

En sus textos destaca el *pandektismus* que es el estudio de las *pandectae* ó *digesto*, la investigación analítica del derecho y la jurisprudencia romana; de las que extrajo importantes ideas relativas al análisis, clasificación y sistematización de las nociones jurídicas.

Inició sus lecciones en 1828, pero en 1833 renunció a su cátedra, debido a que la materia no era parte del currículo ordinario de estudios por lo que no había presupuesto y había pocos alumnos por lo que Austin se vio obligado a dejarla.

Además cabe destacar que de su recorrido por las universidades alemanas surge el encuentro de dos grandes corrientes del positivismo jurídico de ese siglo: el utilitarismo inglés y la Escuela Histórica de Savigny de éste surge una nueva teoría del derecho.

Austin se considera en gran medida como el fundador de la *analytical jurisprudence*, que es parte predominante en la ciencia jurídica inglesa, y en su obra se encuentran presentes referencias directas al derecho romano y a los juristas romanos.

Es necesario mencionar que la denominada *analytical jurisprudence* se desarrollo en Inglaterra a comienzo del siglo XIX y su propósito es realizar un análisis formal de los conceptos jurídicos fundamentales o básicos que se encuentran presentes en la conformación de todos los sistemas y

⁶⁹ El término *jurisprudence* lo entendemos como Ciencia del Derecho, porque consideramos que es la acepción que se acerca de manera más fehaciente al propósito de la obra de John Austin, que se fundamenta en la idea de que existen principios jurídicos comunes a todos los sistemas jurídicos, lo que es el fundamento de su jurisprudencia general.

ordenamientos jurídicos tales como derecho, deber, validez, etc., así como de otras nociones comunes a los mismos, examinándolos hasta llegar a conocer sus principios o elementos particulares considerándolos como parte de un todo, dándole de esta manera solución al problema de falta de estructuras conceptuales uniformes.⁷⁰

Adopta el principio de utilidad que establece que las acciones pueden ser clasificadas como correctas o incorrectas en proporción a la felicidad o infelicidad que tienden a promover y que pretendemos obtener el máximo bienestar.⁷¹

Separa el derecho de la ética;⁷² es decir separa al derecho de lo bueno o lo malo, ya que para él, el jurista debe limitarse a estudiar al derecho como es.

De lo anterior se deriva que para John Austin, la función de la ciencia jurídica sea la exposición de los mandatos o normas del poder soberano, independientemente de que su contenido sea justo o no.

El derecho no es, para él, un orden objetivo que se deriva de la naturaleza humana que solamente se descubra y se aplique, sino un orden de conducta vinculado a una comunidad y sometido a variaciones por las

⁷⁰ La autora Isabel Turégano Mansilla menciona sobre el modelo teórico jurídico de John Austin lo siguiente: “*Su propuesta consiste, en una ciencia del Derecho en la exposición de los principios, nociones y distinciones comunes a los sistemas de Derecho <<más amplios y perfectos>> y precedida de un análisis lingüístico que elimine la ambigüedad de los términos fundamentales de la ciencia jurídica*”, TURÉGANO, Isabel, “*Derecho y moral en John Austin*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid España, 2001. p. 130.

⁷¹ John Austin lo explica de esta forma: “*En pocas palabras, el principio de utilidad exige que actuemos con los máximos resultados, o bien para producir el máximo bien.*”. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, Trad. J. Ramón Páramo Argüelles, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid España, 2002. p. 121.

⁷² Austin entiende por ciencia de la ética, la ciencia del derecho y la moral tal y como deberían ser, si se adecuarán a los designios de la voluntad de Dios que se establece a través de las normas divinas reveladas y no reveladas.

Mientras que la ciencia de la legislación Austin la considera como una parte de la ciencia de la ética que estudia el derecho positivo *tal y como debe ser*, en tanto que en su modelo teórico el objeto de la jurisprudencia es *el derecho positivo tal y como es*. Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., pp. 29 - 30.

Los separa porque reconoce que aunque la moralidad positiva y el derecho positivo pueden aproximarse de manera constante a los designios de Dios, “*nunca conseguirán un sistema ético sin defectos: es decir un sistema en perfecta sintonía con los dictados de la utilidad y, por tanto perfectamente concordante con los benevolentes deseos de la Divinidad*”, Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p 97.

transformaciones que se presentan en una sociedad como producto de su evolución.

Pero este carácter esencial de la positividad del derecho no es fundamentado históricamente sino racionalmente, porque solamente la razón puede dar las respuestas que la sociedad necesita para mantener el orden, que es el fin principal del Estado.

Ese mismo año fue designado por el Lord Chancellor miembro de la *Royal Commission on the Criminal Law and Procedure*, que se encarga de investigar, estudiar y hacer recomendaciones las reformas que estimen necesarias, ahí Austin inició un proyecto de código penal.

En 1834 dictó una serie de lecciones sobre principios de jurisprudencia en el *Inner Temple* que es un *Inns of Court* (es decir un colegio) pero se presentó el mismo problema de falta de presupuesto por lo que decidió abandonar su cátedra.

John Austin deja Inglaterra, después de residir por año y medio en Bolonia, se instaló en Malta enviado en comisión por el gobierno británico para estudiar posibles reformas legislativas y constitucionales.

Después de realizar esta labor regresó a Inglaterra en 1838, donde permaneció hasta 1844 año en que se trasladó a París, donde poco tiempo después fue nombrado miembro del *Institut*, reconocimiento que nunca recibiría en su país. Cuando finalmente se había restablecido en París lo sorprendió la Revolución de 1848, de la cual Austin había observado la evolución, regreso a Inglaterra en ese mismo año determinado a vivir retirado en Weybridge en Surrey donde vive doce años, hasta su muerte en 1859.

Austin era un utilitarista convencido y amigo íntimo de Jeremías Bentham, en gran parte de su obra se reflejan algunas de las ideas de su amigo Bentham. Así mismo Hobbes y Hume influyeron también en la teoría del Derecho y la sociedad de Austin aunque en menor grado.⁷³

⁷³ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “*El derecho y la ciencia del derecho*”, 1ª reimpresión, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986, pp, 53 – 58.

John Austin además de la jurisprudencia estaba interesado en la ciencia política, la filosofía y la economía política.

Solamente publicó en vida la obra *The providence of jurisprudence determined* en 1832, en la que en seis capítulos exponía el contenido de las diez primeras lecciones de su cátedra en la Universidad de Londres.

Dos años después de su muerte, en 1861, su esposa hizo reimprimir esta obra, publicando con ella bajo el título común *Lectures on Jurisprudence*, los manuscritos de las restantes lecciones del curso y las notas y ensayos inéditos dejados por Austin, entre ellos se encuentra el que se titula *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia* que se va a analizar más adelante.

Sus textos han ejercido una profunda y perdurable influencia sobre la jurisprudencia y el Derecho, especialmente en Inglaterra. Además de John Austin desciende una lista de juristas analíticos entre los que se pueden citar John Salmond, Amos, W.H. Rattigan, Markby, entre otros.⁷⁴

En su obra titulada *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, se analiza lo que el jurista inglés denomina como la *jurisprudencia general* y la *jurisprudencia particular* explicando sus elementos, además de su importancia.

Y en la obra *El objeto de la jurisprudencia*, John Austin aborda ampliamente la estructura de las leyes dividiéndolas en divinas o leyes de Dios; leyes positivas que son propiamente las normas jurídicas; la categoría de lo que él denomina *la moral positiva* y por último las leyes en sentido metafórico o

⁷⁴ John Salmond, afirmó que la “*Jurisprudencia general es la ciencia de los principios primeros del Derecho, es decir, de las concepciones y principios más fundamentales que sirven como fundamento para los detalles concretos de los sistemas jurídicos*”. Sin embargo, Salmond consideró que no era posible trazar con precisión una separación lógica entre esos principios más fundamentales y el resto del derecho. SALMOND, John, “*Jurisprudence*”, en TURÉGANO, Isabel, “*Derecho y moral en John Austin*”, op. cit., p. 219.

W.H. Rattigan afirmó que si el estudiante de Derecho quería comprender las reglas jurídicas, debía estudiar antes las ideas y principios generales que son el fundamento de esas reglas. RATTIGAN, W.H. “*The science of jurisprudence*”, en TURÉGANO, Isabel, “*Derecho y moral en John Austin*”, op. cit., p. 221

“*La definición de Derecho de Markby fue una de las más afines a la teoría jurídica austiniiana. Markby definió el Derecho como un << cuerpo general de reglas que los gobernantes de una sociedad política dirigen a los miembros de esa sociedad y que son generalmente obedecidas >>. También la definición de Amos era muy similar a la de Austin, al definir el Derecho como << un mandato procedente de la autoridad política suprema de un Estado y dirigido a las personas que están sujetas a esa autoridad >>. Cfr. TURÉGANO, Isabel, “Derecho y moral en John Austin”, op. cit., p. 226.*

figurado, explicando respecto a todas ellas sus características generales y diferencias específicas.

Por su parte las normas jurídicas, tema en el que nos centraremos en este trabajo se encuentra la enunciación y explicación de los elementos esenciales que son la autoridad, el mandato y la sanción. Porque, este jurista inglés manifiesta que el derecho es un mandato entendiéndose éste como la manifestación de un ser racional que en este caso es representado por una autoridad, del deseo de que otro ser racional se conduzca de cierta manera, bajo la amenaza de que de no hacerlo se presentará una sanción.

2. Análisis del libro Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia

Este ensayo forma parte de la obra que reimprimió Sarah Taylor, quien fuera esposa de John Austin, dos años después de la muerte del autor es decir, en el año 1861, del libro *The providence of jurisprudence determined* junto con las notas, ensayos y lecciones del curso que impartió Austin en la Universidad de Londres bajo el título común de *Lectures on jurisprudence*.⁷⁵

En este texto desarrolla el tema de la jurisprudencia y su objeto que es el derecho positivo establecido en una comunidad política, desde dos puntos de vista: la jurisprudencia particular, que es perteneciente a un Estado y a su derecho positivo en particular, y la jurisprudencia general, que son los principios o elementos comunes que poseen todos los sistemas positivos.

Limitamos el objeto de la jurisprudencia general a las analogías y similitudes más numerosas de los que él consideró los sistemas más perfectos, es decir el derecho romano, el *common law* inglés y los códigos francés y prusiano porque pensaba que a partir del conocimiento de estos era posible suponer los demás.

Ambas visiones se explican a lo largo de este apartado por lo que entraremos a su análisis a continuación.

⁷⁵ Cfr. AUSTIN, John, “*Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*”, Trad. Felipe González Vicen, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid España, 1981, pp. 5 - 22.

Pero para ello es necesario aclarar que Austin conceptualiza a la jurisprudencia como: *“la ciencia de lo que es esencial al derecho, a la vez que la ciencia de lo que el derecho debe ser”*.⁷⁶

La jurisprudencia debe ser estudiada y entendida conjuntamente con la legislación porque las consideraciones prácticas se reflejan en el establecimiento de las normas jurídicas y es por eso que se deben entender los fenómenos que provocaron el establecimiento o no de ciertas normas y criterios, por que si no se exponen las causas de las leyes estas resultan ser incomprensibles muchas veces para los interpretes del derecho.

2.1 Jurisprudencia particular

El objeto de estudio de la jurisprudencia siempre tiene como fin de estudio el derecho positivo, entendido éste como aquel que se establece en una comunidad política que se refleja en leyes y normas legales para un Estado y que forman un ordenamiento jurídico, o en palabras de John Austin: *“La jurisprudencia tiene por objeto el derecho positivo: es el derecho simple y estrictamente así llamado, esto es, el derecho impuesto por los superiores políticos a sus súbditos”*.⁷⁷

La *jurisprudencia particular* es la ciencia de un sistema vigente de Derecho o de alguna parte de él, al respecto Austin manifiesta que *“consideradas como una totalidad y como relacionadas y conexas las unas con las otras las leyes y normas positivas de una comunidad particular o específica constituyen un sistema o cuerpo de Derecho. Y en tanto que limitada a uno cualquiera de tales sistemas o alguna de sus partes, la jurisprudencia es*

⁷⁶ Cfr. AUSTIN, John, *“Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia”*, op. cit., p. 36.

⁷⁷ AUSTIN, John, *“El objeto de la jurisprudencia”*, Trad. J. Ramón Páramo Argüelles, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid España, 2002. p. 33. Al respecto el Dr. Tamayo y Salmorán manifiesta lo siguiente: *“Afirma John Austin que <<el objeto de la jurisprudencia es el derecho positivo, el derecho simple y así llamado>>. De ahí resulta claro que el derecho y la jurisprudencia son dos cosas absolutamente diferentes. El derecho positivo (o simplemente el derecho) se constituye por hechos del mundo. La jurisprudencia es una explicación del derecho, hecha por los juristas. La jurisprudencia habla del derecho (lo describe, lo analiza) no lo establece. La jurisprudencia es una reflexión sobre el derecho; es la ciencia general del derecho positivo”*. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *“El derecho y la ciencia del derecho”*, op. cit. , p. 50.

particular o nacional”,⁷⁸ de lo que se desprende que la jurisprudencia exclusivamente práctica es de este tipo.⁷⁹

En su texto nos indica que la *jurisprudencia particular* nos ayuda a entender a un ordenamiento jurídico determinado desde sus orígenes, debido a que nos puede explicar las razones por las que se estableció una norma, su finalidad y evolución histórica indicándonos el camino a seguir en su aplicación.

Lo mismo sucede en el caso de las instituciones jurídicas, ya que siempre se tomará como punto de partida el momento en el que surgió, así como la manera en que fue desarrollándose para explicar la finalidad que se persigue con su establecimiento, puesto que las circunstancias de las que nacen las normas y las instituciones no son iguales en todos los países, de lo que se deriva que no son establecidos, ni legislados de la misma manera porque siempre intervienen las circunstancias en particular de cada Estado; en esto radica la importancia de la jurisprudencia en particular.

Además el conocimiento del derecho positivo de un Estado nos permite entender con relativa facilidad las distintas relaciones que surgen entre sus normas e instituciones, la dependencia que existe entre ellas y las posibles subordinaciones que pueden establecerse en ese ordenamiento jurídico, estableciendo un sistema entre ellos.

2.2 Jurisprudencia general

Para Austin, la *jurisprudencia general* se conforma de la suma de todos los principios comunes a los diversos sistemas jurídicos, porque aún cuando cada sistema de derecho tiene diferencias específicas y particulares, existen siempre principios y nociones que les son comunes haciéndolos afines.⁸⁰

Así mismo pertenecen al objeto de la *jurisprudencia general* los fines que persiguen de manera exclusiva esos principios, debido a que ésta no se ocupa directamente de la conveniencia o inconveniencia de las leyes existentes de

⁷⁸ AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 23.

⁷⁹ Cfr. AUSTIN, John, “*Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 36.

⁸⁰ Cfr. AUSTIN, John, “*Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 24.

manera meramente formal, sino que lo hace en relación con los principios que constituyen su origen y su utilidad.

Por lo que John Austin conceptualiza a la jurisprudencia general como *“la ciencia que expone los principios nociones y distinciones comunes a los sistemas de Derecho; comprendiendo por sistema de Derecho aquellos sistemas más amplios y perfectos que, por razón de su perfección y amplitud, mayor doctrina poseen”*⁸¹.

Su objeto entonces es la descripción de aquellas nociones y fines del derecho que son comunes a todos los sistemas jurídicos, pero enfoca su estudio en los sistemas de tres naciones: el derecho romano, el *common law* inglés y los códigos francés y prusiano.⁸²

De los principios, nociones y distinciones que constituyen el objeto de la jurisprudencia general, existen algunos que son considerados indispensables en cualquier sistema de derecho, porque no podríamos imaginar un sistema jurídico coherente, sin que estuvieran presentes éstos como por ejemplo las nociones de derecho, libertad, delito, etc., así como las relaciones que se derivan de ellas.

También se debe encontrar como parte fundamental de la jurisprudencia general o universal la distinción existente entre el derecho escrito y el derecho no escrito.

Así también deben estar presentes las distinciones existentes entre los derechos que pueden hacerse valer contra todos y los que solo se pueden hacer valer frente a personas específicamente determinadas, entre obligaciones que nacen de contratos y las que nacen de delitos.

Pero existen nociones y distinciones que no son objeto de la jurisprudencia general porque podemos imaginarnos coherentemente un sistema jurídico sin ellos como una parte constitutiva.

⁸¹ Ibídem, p. 27, al respecto Juan R. De Páramo Argüelles manifiesta lo siguiente: “Austin concibe la jurisprudencia general como una ciencia racional que tiene por objeto el estudio de los principios y nociones que son comunes a todos los ordenamientos jurídicos y que son abstraídos o inducidos de las normas jurídicas positivas. Si estos principios son partes constitutivas de todo sistema jurídico tendrán que concebirse ideal o abstractamente, y la ciencia que los estudie deberá ser una ciencia racional” Estudio Preliminar de PÁRAMO, Juan R., en AUSTIN, John, *“El objeto de la jurisprudencia”*, op. cit. p. XXIX.

⁸² Cfr. AUSTIN, John, *“Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia”*, op. cit., p. 36-37.

De esta manera John Austin concluye afirmando que existen una serie de principios y conceptos que podemos considerar esenciales para la formación de todos los sistemas jurídicos: como la noción de derecho, autoridad, mandato y sanción, así como las relaciones que se pueden dar entre éstos; y las nociones que existan de manera particular en cada uno de ellos entretejiendo un todo que tiene siempre como base los elementos comunes a ellos.

Además este teórico afirma que no es una cuestión simple el dilucidar el verdadero significado de cada una de las nociones esenciales comunes a todos los sistemas de derecho, porque los tratadistas y estudiosos del derecho proponen una definición particular de ellos, o bien, dan por sentado que se conoce su significado, por lo que presentan las nociones a los lectores sin intentar explicarlos.⁸³

Del problema anterior, John Austin propone como solución determinar la significación de cada uno de los términos jurídicos fundamentales a través de una investigación profunda, para a partir de esta base mostrar las relaciones que se forman entre ellos y poder entenderlas en su complejidad.

El análisis de los conceptos fundamentales y de las nociones particulares de cada sistema jurídico nos permite distinguir claramente entre los términos que pertenecen exclusivamente a la esfera jurídica y los que se encuentran en la esfera de la moral, lo que nos permite delimitarnos a las nociones, distinciones y divisiones del campo jurídico.⁸⁴

De lo que se deriva que el estudiante de derecho que posea un conocimiento de los principios de la Jurisprudencia pueda aprehender con relativa facilidad y rapidez el elemento racional de la práctica que él presencia y su adquisición de destreza será menos complicada que si es solamente empírica.

Así mismo, Austin manifiesta en su texto que la manera adecuada para distinguir las diversas clases de leyes es primero mostrar las semejanzas existentes entre ellas y después su diferencia específica, es decir, primero

⁸³ Cfr. AUSTIN, John, “*Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*”, op. cit., pp. 32 - 33.

⁸⁴ Cfr. AUSTIN, John, “*Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 34.

exponer cuál es la razón por la que se hayan unidas bajo una misma denominación y posteriormente determinar las razones por las que se distinguen unas de otras.⁸⁵

3. Análisis del libro *El objeto de la jurisprudencia*

El título que analizamos a lo largo de este apartado, es la traducción del libro *The province of Jurisprudence Determined* que escribió John Austin en el año de 1832, obra que consta de seis capítulos, en donde éste autor expone el contenido de las diez primeras lecciones de su cátedra en la Universidad de Londres.

A continuación explicaremos, de manera breve, el objetivo esencial de esta obra que consiste en identificar las características esenciales del derecho positivo, diferenciándolo de lo que Austin denomina las Leyes de Dios, la Moralidad Positiva y las Leyes nombradas de esa manera de forma impropia, o en otras palabras las leyes impropias.

Para éste propósito Austin usa dos nociones fundamentales, la primera de ellas es la del *mandato*, que entiende como la manifestación de un ser racional, del deseo que tiene, de que otro ser racional se conduzca de cierta manera bajo la amenaza que de no hacerlo se presentará una sanción, y también usa la noción de *hábito de obediencia* que entiende como el motivo que hace que una persona obedezca al ser racional que está capacitado para dictar los mandatos, es decir, la autoridad o el soberano.

Como mencionamos al inicio, éste es un breve bosquejo del modelo teórico de John Austin razón por la que a continuación, serán explicados de manera más detallada todos sus elementos conformadores.

3.1 Elementos normativos del modelo de John Austin

Para éste jurista una ley, en el sentido general más amplio posible, es el conjunto de reglas que sirven para guiar la conducta de los seres inteligentes puestas por otro ser racional que tiene poder sobre ellos.⁸⁶

⁸⁵ Cfr. AUSTIN, John, “sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia”, op. cit., p. 34.

Ahora bien para Austin estas reglas se dividen en dos clases, que explicaremos de manera sucinta, primero se encuentran las denominadas *leyes en sentido propio o propiamente dichas*, que son aquellas leyes que contienen en sí un mandato, es decir, son las que obligan a una o más personas a tener una determinada conducta, y son establecidas por una persona con autoridad para hacerlo obedecer a través de la imposición de una sanción en caso de que incumpla éste.

Un ejemplo de mandato sería que un padre de familia le ordenara a su hijo asearse todos los días y asistir a la escuela bajo la sanción o amenaza que en caso de no hacerlo será suspendida su mesada o domingo, en este caso se presentan los elementos de superioridad, de la orden o mandato y la sanción en caso de incumplimiento por lo que se conformaría una ley propiamente dicha.

Y segundo lugar, se encuentran las *leyes llamadas así en sentido impropio o impropriamente dichas*, que son las que no contienen un mandato o no tienen una fuente determinada y/o no cuentan con la posibilidad de una sanción en caso de incumplimiento.

En el caso del ejemplo anterior sería diferente si el padre de familia le indica a su hijo que puede o no bañarse, o bien entrar o no a una actividad extra académica, ya que se le está dando la opción al hijo de elegir realizar o no la acción, y por lo tanto no es una conducta exigida por el padre de familia de lo que se deriva que no existe la posibilidad de imponer una sanción.

3.1.1 Leyes en sentido propio o propiamente dichas

Es necesario mencionar que las leyes en sentido propio, son las que se componen primeramente por un mandato, lo que implica a su vez los elementos de autoridad como fuente determinada de ese mandato y la existencia de sanción en caso de un incumplimiento.

Y en segundo lugar son las normas que tienen un carácter general y abstracto, en cuanto a que obligan de modo general a actos u omisiones de una cierta clase y no a actos u omisiones específicos.

⁸⁶ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 33.

O en otras palabras toda ley en sentido propio es una regla de conducta que obliga a una o varias personas a actos u omisiones de alguna clase determinada, que es impuesta por un superior o autoridad con la amenaza de una sanción.

Estas leyes se componen por dos categorías las que Austin denomina como *leyes de Dios* o Divinas, que pueden estar representadas por los diez mandamientos que son algunas de las ordenes de la divinidad hacia los seres humanos indicándoles ciertos comportamientos por ejemplo no robar, en donde en caso de incumplimiento o en otras palabras cometiendo el pecado se da forzosamente una sanción o daño por parte de la divinidad.

Y, la otra categoría que menciona Austin, es la de las *leyes Positivas*, es decir las leyes puestas por los hombres a otros hombres, un ejemplo de éstas serían las normas penales que tipifican conductas que consideran dañinas para la sociedad, verbigracia el homicidio que será sancionado con cierta cantidad de años en prisión.

Finalmente es necesario mencionar que este fue un bosquejo de ambas categorías, que explicaremos con mayor amplitud a continuación.⁸⁷

3.1.1.1 Las leyes de Dios

Las leyes divinas son aquellas reglas que Dios establece a los seres humanos y se tratan de leyes propiamente dichas, porque contienen deberes que podemos denominar religiosos, que cuando se incumplen o violan son denominados pecados y que llevan implícita una sanción religiosa, consistente en los daños o males que podemos sufrir por la voluntad directa de Dios y que son resultado de la infracción o violación de esos mandatos divinos.⁸⁸

Las leyes de Dios o divinas son leyes en el sentido propio, porque son mandatos expresos o tácitos que la divinidad impone, provenientes de una fuente determinada que es Dios y como mandato cuentan con una sanción en caso de incumplimiento.

⁸⁷ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 33.

⁸⁸ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 55.

Así las leyes divinas pueden ser *reveladas* si se manifiestan de forma fácilmente comprensible, es decir se manifiestan a los hombres por ejemplo a través de fragmentos de las palabras de Dios, o en las palabras de John Austin son aquellos: “*mandatos que se manifiestan a los hombres por medio del lenguaje humano y que se expresan directamente por Dios o por los siervos que envía para anunciarlos*”.⁸⁹

Pero también pueden ser *no reveladas* en el caso de que se manifiesten a los hombres por medios distintos al lenguaje humano o bien que no se formulen de manera expresa esos mandatos, en cuyo caso debemos entenderlos con ayuda de lo que Austin denomina *luz natural o de la razón*.⁹⁰

Un ejemplo de las leyes reveladas serían los preceptos que se encuentran en la Biblia en el caso de la religión católica, el caso más conocido serían los preceptos manifestados en los diez mandamientos o bien en las parábolas que a través de historias cortas nos relatan acciones que son consideradas malas por la divinidad y por lo tanto sancionadas por Dios, así como aquellas acciones que debemos realizar para que Dios considere que actuamos bien.

Mientras que un ejemplo de las leyes no reveladas sería la amistad porque Dios no nos indicó a través de ningún precepto o enseñanza expresa, que debíamos ser amigos de nuestros semejantes, pero sin embargo al elegir a ciertas personas como amistades reconocemos o intuimos que debemos tener una serie de comportamientos que refuercen ese sentimiento como la lealtad y al portarnos mal con un amigo o traicionarlo nos sentimos culpables.

Las hipótesis que intentan resolver la situación de cómo se conocen los mandatos divinos no revelados son dos, la teoría del sentido moral o principios prácticos innatos y la teoría de la utilidad.

⁸⁹ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p.56.

⁹⁰ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p.56.

3.1.1.1.1 Teoría del sentido moral o principios prácticos innatos

Primero explicaremos sucintamente la teoría del sentido moral o de los principios prácticos innatos, ésta nos indica que existen una serie de acciones que todos los seres humanos encontramos reprobables y que nos causan un desagrado natural, mientras que hay otras acciones que aprobamos por considerarlas buenas que tratamos de llevar a cabo. En donde ese agrado o desagrado natural es la prueba sobre que acciones están permitidas y cuales son prohibidas por la divinidad.

De lo anterior se deriva que *“La rectitud o depravación de la conducta humana, o su conformidad o disconformidad respecto de las leyes de Dios, se infiere de modo inmediato de esos sentimientos, sin posibilidad de error”*.⁹¹ Siendo estos sentimientos lo que se ha denominado como sentido moral.

Aquí se encuentra la distinción que realiza este teórico de las normas morales y religiosas. Ya que, por una parte Austin considera que las normas religiosas se desprenden de la voluntad de Dios, que se refleja en las leyes reveladas y en las leyes no reveladas cognoscibles, a través de los principios prácticos innatos, es decir, del agrado o desagrado que sentimos al actuar siguiendo o no la ley divina, que tiene la posibilidad de sancionar o causar un daño en caso de que se incumplan sus ordenes o mandatos, pero no constituyen derecho positivo porque no son normas establecidas por los hombres.

Mientras que ninguna regla de la moralidad positiva es una ley positiva o un mandato del soberano, ya que si bien algunas normas morales son mandatos otros representan simplemente a opinión general o sentimientos de un grupo de personas.

Un ejemplo son los estatutos de una organización deportiva que son mandatos para los miembros de ese club, pero no son leyes positivas impuestas por una autoridad a la totalidad de los miembros de una sociedad política independiente, mientras que las opiniones de un grupo o conglomerado

⁹¹ Cfr. AUSTIN, John, *“El objeto de la jurisprudencia”*, op. cit., p. 57.

de personas no conforman un mandato por no ser una fuente determinada que conforme a una autoridad que pueda imponer coactivamente sus ordenes.

Ahora bien los defensores del sentido común se apoyan también en la idea de que la humanidad se guía por este sentimiento en todas sus decisiones sobre la depravación o rectitud de su conducta.

Austin critica la premisa en la que se basa esta teoría, sobre que los juicios internos acerca de la corrección o incorrección de las acciones surjan inmediata e involuntariamente, porque considera que la determinación de la corrección de las acciones siempre implica un razonamiento previo, o bien se da por un proceso de asociación psicológica en donde el sentimiento moral se presenta por estar asociado a una cierta clase de conducta planteando el siguiente ejemplo:

Existen razones bastante satisfactorias –aunque variadas y complejas- que me convencen de la necesidad de la institución de la propiedad para el bienestar general. Convencido de ello, estoy convencido también de que los robos son perniciosos; persuadido por tal creencia infiero que la Divinidad prohíbe su conducta mediante una regla general e inflexible.

Ahora bien, la serie de inferencias y razonamientos mediante las que llego a a esta regla, son en cierto modo, un camino largo y complicado. Pero no estoy constreñido a repetir este proceso con el fin de saber con certeza que debo abstenerme de robar los bolsillos ajenos. Debido a mi forma de pensar ya mi propia educación, un sentimiento de aversión ha llegado a asociarse en mi mente con el pensamiento o concepto de robo: y, sin necesidad de tener en cuenta las razones que me llevan a pensar que los robos son perniciosos, sin tener presente las reglas que he inferido de tendencia perniciosa, estoy convencido a causa de esta situación de no tener que introducir mi mano en bolsillos ajenos.⁹²

También establece que la premisa de que existen sentimientos morales iguales en todos los seres humanos, que nos indican cuales acciones son buenas y cuales incorrectas, también es cuestionable porque estos sentimientos muchas veces se modifican dependiendo de la época o nación a la que pertenezcan esos hombres o en las palabras de Austin: “*los respectivos sentimientos morales de diferentes épocas y naciones y de diferentes hombres de la misma época y nación han diferido hasta el infinito*”.⁹³

⁹² AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 71.

⁹³ AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 113.

3.1.1.1.2 Teoría de la utilidad

Mientras que de acuerdo con la segunda de las teorías expuestas, es decir la teoría de la utilidad, las leyes de Dios que no son reveladas se deben inferir de las tendencias de las acciones humanas, esta teoría supone que la Divinidad planea la felicidad de todos los seres, por lo que algunas acciones humanas favorecen este propósito benevolente o beneficioso para todos por que nos es útil, mientras que otras acciones son dañinas en cuanto a que son inútiles para el beneficio benevolente.

Son las acciones del primer tipo impuesta por Dios, mientras que las segundas son contrarias a sus mandatos y por lo tanto prohibidas así como sancionadas, lo que nos da un gran margen de actuación, porque en principio se considera que los actos que nos son útiles son permitidos.⁹⁴

Pero para conocer la utilidad o daño de una acción, es necesario estudiar los motivos de un acto en particular, reconociendo qué fue lo que nos llevo a realizar o no dicha acción. O en palabras de Austin *“no debemos considerar la acción de manera singular y aislada, sino que tenemos que tener en cuenta la clase de acciones a las que pertenece”*.⁹⁵

Además es necesario al realizar o no un acto, considerar tú actuar o tú abstención como parte de un todo, porque el beneficio social es el que se ve reflejado en los beneficios que recibes como integrante de esa sociedad.⁹⁶

Siendo necesario aclarar que al defender el principio de la utilidad, como el indicio que nos ayuda a conocer las leyes no reveladas de la divinidad, no supone para Austin eliminar los sentimientos morales, a los que se les da tanto peso en la teoría de los principios prácticos innatos, sino que solamente se les otorga una base racional, como ya lo habíamos mencionado en el apartado anterior.

⁹⁴ Cfr. AUSTIN, John, *“El objeto de la jurisprudencia”*, op. cit., p. 58.

⁹⁵ AUSTIN, John, *“El objeto de la jurisprudencia”*, op. cit., p. 59.

⁹⁶ Al respecto Turégano Mansilla manifiesta que: *“Austin señala que se deben tener en cuenta los efectos de las clases de acciones en la felicidad global y no a la de los individuos aislados (...) El bienestar general es el agregado de placeres de cada una de las personas aisladas o individuales que componen el grupo”* TURÉGANO, Isabel, *“Derecho y moral en John Austin”*, op. cit., p. 451.

Por todo lo anterior es que John Austin se manifiesta como partidario de la teoría de la utilidad como guía de nuestras acciones en cuanto a los mandatos de la divinidad no revelados o las Leyes de Dios no reveladas, o en palabras de John Austin *“la totalidad de nuestra conducta, se debería guiar por el principio de utilidad, al menos en cuanto a la conducta que se ha de seguir no haya sido determinada por la revelación”*.⁹⁷

Un ejemplo de lo anterior serían las leyes penales dado que en ellas se tipifican conductas que se consideran nocivas para la sociedad, justificándose su existencia en la necesidad de las personas de sentirse protegidas por el Estado.

Además es necesario decir que el principio de utilidad ha sido normalmente el principio consultado al hacer las leyes, como un indicio de las leyes divinas no reveladas y por esto con frecuencia el alcance de una ley se analiza con ayuda de éste principio.⁹⁸

3.1.1.2 Leyes positivas

Estas son leyes propias o leyes propiamente dichas, porque contienen en general un mandato, una autoridad y una sanción jurídica, además como ya había mencionado anteriormente son el objeto propio de la jurisprudencia general y particular.

Ahora bien a diferencia del derecho natural o leyes de Dios, el conjunto de las reglas establecidas por los superiores políticos se denomina ley positiva, porque fue puesta por los hombres.

De lo anterior podemos decir que las leyes positivas son las reglas que realizan e imponen los hombres a otros hombres y se pueden dividir en dos clases principales: las leyes establecidas por los superiores políticos y las leyes

⁹⁷ AUSTIN, John, *“El objeto de la jurisprudencia”*, op. cit. p. 63.

⁹⁸ Cfr. AUSTIN, John, *“El objeto de la jurisprudencia”*, op. cit. p. 79. Al respecto Juan R. De Páramo Argüelles explica: *“si las reglas están modeladas según el principio de utilidad -que coincide con la voluntad divina- nuestra conducta debe ser modelada según las exigencias de las propias reglas. Por ello el legislador no sólo debe ser guiado por tal principio en la redacción de las leyes, sino que, de hecho, una determinada ley no puede ser explicada sin recurrir al criterio de la utilidad”*, Estudio Preliminar de PÁRAMO, Juan R., en AUSTIN, John, *“El objeto de la jurisprudencia”*, op. cit. p. XXX.

establecidas por los hombres que no son superiores políticos, ambas clasificaciones las explicaremos a continuación.

3.1.1.2.1 Leyes establecidas a los hombres por los superiores políticos

Las leyes establecidas a los hombres por los superiores políticos, se dan entre una persona o un grupo de personas que ejercen un poder supremo que se constituye en naciones o en sociedades políticas independientes, a un grupo de personas o particulares que están bajo su poder y a los que puede sancionar si no cumplen sus mandatos.⁹⁹

Pero para explicar los caracteres definitivos de este tipo de leyes positivas es necesario analizar los términos superioridad, sujeción, mandato, sanción, entre otros por que la definición que nos proporciona John Austin sobre las leyes positivas es la siguiente:

*Toda ley positiva, o toda ley así llamada simplemente y en sentido estricto, es la establecida por una persona o cuerpo soberano a uno o más miembros de la sociedad política independiente en la que tal persona o cuerpo soberano o superior; o (en otros términos) es establecida por un monarca o cuerpo soberano para una o más personas que se encuentran en un estado de sujeción con respecto a su autor.*¹⁰⁰

Los elementos esenciales de las leyes en sentido propio se pueden enunciar de la siguiente manera:¹⁰¹

- 1) Consisten en un mandato que siempre surge de una fuente o autor determinado, en su condición de superior político.
- 2) Toda posible sanción propiamente dicha esta unida al término mandato.
- 3) Todo deber propiamente dicho presupone un mandato por el que es creado.

Este tema y las características que componen las leyes puestas por superiores políticos a otros hombres, serán tratadas con mayor amplitud en los apartados siguientes, por ser parte fundamental del trabajo epistemológico que se realiza en esta tesis.

⁹⁹ Cfr. AUSTIN, John, “El objeto de la jurisprudencia”, op. cit., pp. 34 - 46.

¹⁰⁰ AUSTIN, John, “El objeto de la jurisprudencia”, op. cit. p.142.

¹⁰¹ Cfr. AUSTIN, John, “El objeto de la jurisprudencia”, op. cit. pp. 143 - 144.

Razón por la cual deseamos destacar que éste es solamente un breve bosquejo de las normas o leyes positivas que se utilizará como marco de referencia más adelante.

3.1.1.2.2 Leyes establecidas por hombres que no son superiores políticos a otros hombres en ejercicio de sus derechos subjetivos

Pero también se encuentran en esta categoría como habíamos mencionado, las leyes establecidas por hombres que no son superiores políticos a otros hombres, éstas no son por regla general un mandato, pero se llega a presentar la siguiente excepción.

Cuando una *ley es creada por los súbditos en ejercicio de sus derechos subjetivos*, este caso se presenta cuando los autores de esas leyes son súbditos y se crean en virtud del ejercicio de derechos legales que les fueron conferidos por el soberano.

Por ejemplo un tutor puede tener el derecho sobre su pupilo de cuidar los bienes muebles e inmuebles que posea, derecho que ésta jurídicamente obligado a ejercer de una manera determinada por la ley, ahora bien si en ejercicio de ese derecho dicta una regla a su pupilo como la de encargarle que vaya a revisar sus bienes para que le de sugerencias u opiniones, dictada ésta orden es una ley positiva pura y simple porque es una ley dictada por el Estado al pupilo por medio del instrumento que se encuentra representado por el tutor.¹⁰²

3.1.2 Leyes en sentido impropio o impropriamente dichas

Son las leyes a las que les falta alguna de las características de las leyes propiamente dichas es decir, las leyes que no contienen un mandato o bien no tienen una fuente determinada o no cuentan con la posibilidad de una sanción en caso de incumplimiento.

¹⁰² Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., pp. 146 - 147.

Pero también existen una serie de leyes impropias (es decir que no son mandatos), que pueden incluirse como objeto de la jurisprudencia, y a continuación las explicamos:

Los actos emitidos por el legislador, que sirven para explicar el derecho positivo, difícilmente se pueden denominar leyes propiamente dichas, porque son actos de interpretación que realiza la autoridad legislativa o judicial, pero de hecho son leyes declarativas imperativas, ya que establecen nuevo derecho bajo la apariencia de exponer el antiguo.

Las leyes que derogan leyes y dispensan de su cumplimiento, constituyen una excepción de la tesis que dice que todas las leyes positivas son mandato, sin embargo funcionan para revocar un mandato y son imperativas.

Y finalmente las leyes imperfectas o de obligación imperfecta, es decir leyes que expresan un deseo pero no manifiestan propósito alguno de forzar el cumplimiento del mismo, o en otras palabras falta la intención de imponer coactivamente tal deseo, razón por la que su manifestación no constituye un mandato. Por tanto una ley imperfecta no es propiamente una ley, sino un consejo o exhortación de un superior a sus inferiores.

3.1.2.1 Moralidad positiva

Son denominadas leyes porque se asemejan a las leyes propiamente dichas ya sea en algunas de sus propiedades o en algunas de sus consecuencias o efectos.

Austin las agrupa en una sola categoría a la que denomina *Moralidad positiva, o reglas morales positivas*, el término positivo se deriva de que son normas impuestas por los hombres y comprende a las leyes que son establecidas por los hombres a sus semejantes, pero no como superiores políticos ni como sujetos privados en el ejercicio de sus derechos subjetivos por una parte, y por la otra se encuentran las leyes que se sustentan en las opiniones o sentimientos experimentados por los hombres sobre la conducta humana.

Es necesario repetir que ninguna ley de estos dos tipos es un mandato directo o indirecto de un monarca o de un cuerpo soberano en el carácter de superior político, por lo que no se da el elemento de sujeción de un grupo de personas ni la obligatoriedad jurídica de obedecer, siendo muy difícil la imposición de una sanción jurídica en caso de incumplimiento.

Existen sin embargo reglas morales positivas que son leyes propiamente dichas, que cuentan con normas impuestas por hombres a otros seres humanos pero que no son dictadas por superiores políticos, por lo que no cuentan con sanciones jurídicas o en palabras de Austin:

*Las reglas morales positivas que son leyes propiamente dichas se distinguen de las otras leyes por la presencia de dos caracteres: 1) son leyes o reglas imperativas impuestas por unos hombres a otros hombres; 2) no son establecidas por unos hombres en su condición de superiores políticos ni como personas privadas en el ejercicio de sus derechos legales. En la medida en que se presente la segunda de estas características, no son mandatos del soberano en su condición de superior político. En consecuencia no son leyes positivas; no están revestidas de sanciones jurídicas, ni obligan jurídicamente a las personas a quien se dirigen.*¹⁰³

Estas reglas morales positivas propiamente dichas son positivas porque son como lo hemos dicho antes puestas por los hombres y son de tres tipos:

Son las *normas creadas por hombres que se encuentran en estado de naturaleza*, es decir, creadas por hombres que no viven en el Estado llamado político, que por lo tanto no son obligatorias para una comunidad ni cuentan con una sanción jurídica.

Por ejemplo un hombre que vive en un estado de naturaleza puede imponer o exigir por la fuerza el respeto a su propiedad privada o a su integridad física, pero no puede exigir su cumplimiento de conformidad con un derecho legal, ya que, no cuenta con la condición de soberano o gobernante, por lo que se está en presencia de una ley propiamente dicha en cuanto a que es un mandato, pero no se cuenta con el elemento de autoridad y sanción, por lo que resulta ser una regla de moralidad positiva, es decir una norma impuesta por un hombre a otros.

¹⁰³ AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit. p. 145.

También están las *leyes creadas por los soberanos pero no en su condición de superiores políticos*, un ejemplo, de estas leyes son las creadas por un gobierno supremo a otro del mismo tipo, es decir las normas de carácter internacional, porque ningún gobierno supremo se encuentra en un estado de sujeción con respecto a otro, razón por la que no se impone como norma de un superior político, por lo que no cuentan con una obligación jurídica.

Y finalmente las *leyes creadas por los súbditos en su condición de sujetos privados pero no en el ejercicio de un derecho subjetivo*, un ejemplo de esta clase son las normas que imponen los padres a los hijos, por ejemplo cuando el padre les ordena que lleguen a su casa a una determinada hora o cuando les otorga los permisos para salir.

Todas estas leyes en sentido propio lo son en razón de su origen, es decir proceden de una fuente determinada y son imperativas, pero no hay una sumisión o hábito de obediencia por parte de los sujetos a los que se dirige el mandato y al no haber la posibilidad de imponer una sanción jurídica se convierten en normas o leyes de moralidad positiva.¹⁰⁴

Éste es el caso de los derechos fundamentales, porque al no existir el hábito de obediencia por parte de los sujetos a los que obligan y no poderse hacer valer a través de los medios o garantías no jurisdiccionales se convierten en normas de la moralidad positiva.

Por otra parte están las reglas morales positivas que son llamadas leyes de manera impropia, que son aquellas *leyes establecidas o impuestas por la opinión general*, es decir por la opinión de un conjunto de personas, ya sea para un grupo de individuos identificados o para una comunidad indeterminada, un ejemplo de las primeras serían las denominadas leyes del honor y de las otras las costumbres de una sociedad.

Austin incluye en esta categoría al derecho de gentes o derecho internacional, que son las leyes de esta clase que se imponen a las naciones o a los soberanos por las opiniones que mantienen entre sí las naciones.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., pp. 148 - 149.

¹⁰⁵ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p.150.

Pero las leyes de este tipo denotan que algún cuerpo indeterminado o indefinido de personas consideran un determinado tipo de conducta con un sentimiento de gusto o aversión, pero al ser este un grupo indeterminado no se pueden expresar como grupo formulando un mandato y al expresarse solamente uno de los miembros en contra o favor de una acción, ya no se trata de una opinión general que no-refleja el sentir de todo el grupo, por lo que se vuelve una ley impropia, al respecto Austin manifiesta lo siguiente:

La característica o diferencia esencial de una ley impuesta por la opinión es esta: que la ley no es un mandato emitido de manera expresa o tácita, sino simplemente una opinión o sentimiento relacionado con un tipo de conducta mantenidos o sentidos por un grupo indefinido de personas o por un sujeto determinado. Un deseo de que conductas de este tipo sean realizadas u omitidas no se exterioriza (signifiel) expresa o tácitamente por este grupo indeterminado o esa parte determinada; ni ese grupo o parte pretende infligir un daño sobre quienes con su conducta se pueden desviar de la opinión o sentimiento en cuestión.

(...)

En efecto siendo incapaz, por su propia naturaleza, de una conducta unitaria o colectiva, no puede expresar un deseo o intención ni tampoco como grupo tener una intención o propósito.¹⁰⁶

3.1.3 Leyes en sentido metafórico

Son los usos que se hacen del término ley, pero que en general estos usos no poseen ninguna propiedad o característica que pueda ser asimilada a una sanción o aun deber, un ejemplo sería cuando decimos que los movimientos de los cuerpos inanimados están regulados por determinadas leyes, este tema se menciona brevemente para evitar posteriores confusiones en los términos, pero como se puede apreciar no tienen trascendencia para el tema que nos ocupa en este trabajo epistemológico.

3.2 Elementos que componen a las leyes positivas en el modelo de Austin

A continuación realizaremos un análisis minucioso de los elementos que integran las leyes positivas, que son la autoridad o soberano, el mandato y la sanción jurídica, que como hemos explicado anteriormente son los elementos

¹⁰⁶ AUSTIN, John, “El objeto de la jurisprudencia”, op. cit. pp. 163 - 164.

que distinguen estas normas de las otras leyes, siendo todos ellos esenciales para la tesis que se realiza en esta investigación.

3.2.1 Autoridad

Como mencionamos anteriormente la ley positiva es aquella establecida por una persona o cuerpo soberano a uno o más miembros de la denominada por Austin *sociedad política independiente*, que es el Estado en la que tal persona o cuerpo es soberano, lo que le permite ejercer una sanción jurídica en caso de incumplimiento, o en palabras de Austin:

*Toda ley positiva, o toda ley simple y estrictamente así llamada, es establecida por una persona soberana o por un cuerpo soberano de personas, para un miembro o los miembros de la sociedad política independiente de la que esa persona o cuerpo es soberana o suprema. O (con otros términos) la ley es establecida por un monarca, o por un monarca o por una asamblea soberana, para una persona o para las personas en estado de sujeción con respecto a su autor.*¹⁰⁷

De la definición anterior, se desprende uno de los elementos necesarios de las leyes positivas, en el marco teórico de John Austin, es la existencia de un soberano o en este caso una autoridad que cuente con facultades para la emisión de mandatos jurídicos para una sociedad política independiente.

Siendo necesario establecer que el soberano no es aquel quien por derecho divino o por naturaleza pueda decirnos qué debemos hacer, sino que es identificado como soberano por el mero hecho de que es él quien habitualmente es obedecido.¹⁰⁸

Por lo que para este jurista ninguna regla es una norma jurídica positiva si no es emitida por un soberano como explicaremos a continuación.

3.2.1.1 Características del soberano

Austin establece que *“si un superior determinado no tiene habito de obediencia hacia otro superior y recibe la obediencia del grueso de una sociedad*

¹⁰⁷ *Ibíd*em p. 198.

¹⁰⁸ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *“El derecho y la ciencia del derecho”*, op. cit. p. 51

*determinada, ese superior es soberano en esa sociedad y la sociedad (incluido el superior) es una sociedad política e independiente”.*¹⁰⁹

Por lo que la superioridad o autoridad de un monarca o cuerpo soberano tiene las siguientes características:¹¹⁰

1. El hábito de obediencia,
2. Una autoridad común para toda la sociedad que dirige y;
3. Un soberano jurídicamente ilimitado.

3.2.1.1.1 Hábito de obediencia

El hábito de obediencia hacia un soberano que presta la mayoría de una comunidad, tiene su origen parcialmente en caso todas las sociedades, en la costumbre y en una percepción, por parte de la mayoría, de la utilidad de instaurar un Estado político en vez de pertenecer al estado de naturaleza o anarquía.

Además podemos agregar al respecto, que las causas de la obediencia, que son peculiares a sociedades particulares, pertenecen al ámbito de la historia de cada una de ellas.¹¹¹

Por lo que los miembros de la sociedad, que se encuentran sujetos a esa autoridad, son dependientes de ella, creándose una relación de sujeción, que forma un estado soberano e independiente, entendiéndose Austin que surge una relación entre soberano y súbditos.¹¹²

Por lo que una sociedad política independiente se puede dividir en dos partes la de sus miembros, que es soberana o suprema, y aquella parte que está formada por los súbditos, en otras palabras se divide el Estado en dos porciones la formada por los gobernantes o autoridades y la conformada por los gobernados.

De esta manera para Austin la fuente última de validez del sistema no es una norma suprema dada, sino la colectividad que tiene la facultad de modificar

¹⁰⁹ AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit. p. 198.

¹¹⁰ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit. p. 199.

¹¹¹ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 289.

¹¹² Por súbdito entendemos al natural o ciudadano de un Estado en cuanto sujeto a las autoridades políticas de este.

esa estructura a través de su obediencia habitual, que es la cualidad que la conserva y constituye.¹¹³

3.2.1.1.2 Una autoridad común para toda la sociedad que dirige

La parte soberana debe conformarse de un soberano común para ese Estado, en el sentido de que en cada sociedad política existe un solo soberano que detenta los poderes supremos.

Por lo que para cada Estado existe uno y sólo un soberano, en otras palabras el soberano es la fuente del orden jurídico de una determinada comunidad política independiente, siendo el creador exclusivo del derecho de la comunidad.

Austin realiza las siguientes clasificaciones en el caso de las monarquías se encuentra ese poder soberano en un miembro, mientras que en el caso de que tal parte soberana, consista en un conjunto de miembros claramente determinado el gobierno supremo puede ser denominado aristocracia en el sentido genérico de la expresión.

Un cuerpo de personas es determinado cuando cada una de las personas que lo componen está determinada o puede ser identificada, lo que sucede en dos supuestos:

- a) Cuando es posible que cada una de las personas que lo componen están determinadas específicamente
- b) Cuando el cuerpo de personas esta conformado por una clase dada, es decir correspondan a una descripción genérica.

En consecuencia, a pesar de su carácter personal, el soberano austiniano no se identifica con personas concretas, sino que tiene un carácter institucional. Porque cada vez que este teórico se refiere al soberano, se refiere a la institución suprema, nunca se refiere a los individuos que ocasionalmente ocupan el cargo o que la componen en un momento dado.

La soberanía así entendida, tiene como elemento esencial el hecho de poder determinar a las personas o cuerpo de personas que tienen la calidad de

¹¹³ Cfr. TURÉGANO, Isabel, “*Derecho y moral en John Austin*”, op. cit., p. 345.

soberano, siendo necesario agregar que cuando no actúan con ese carácter, cada una de las personas que componen el cuerpo soberano es un miembro más de la comunidad política, por lo que para Austin puede ser considerados como súbditos.

Los gobiernos que pueden ser denominados aristocracias por estar formados por un conjunto de miembros soberanos se clasifican para Austin en tres categorías, con base en la proporción que hay entre el número de componentes del cuerpo soberano y el de la comunidad completa: las *oligarquías*, surgen cuando el número de quienes forman este cuerpo soberano es mínimo con respecto a la totalidad de los integrantes de la comunidad, la *aristocracia*, surge de un número proporcional del número total de los súbditos y finalmente si la proporción es alta el gobierno supremo se denomina *democracia*.

De lo explicado en este apartado podemos establecer que la soberanía es un concepto formal que nos ayuda a identificar las normas jurídicas que son el objeto de la jurisprudencia general de John Austin, porque como hemos mencionado con anterioridad, este teórico establece que una regla de derecho positivo es aquella que contiene una estructura imperativa y coactiva, es decir un mandato que se puede remitir al soberano de una sociedad política independiente.

Agregando que Austin no se enfoca en descubrir de donde se deriva la legitimidad del soberano, sino que parte del hecho de que la obediencia habitual es su fuente creadora, así como la estructura que lo sostiene como autoridad en esa sociedad políticamente independiente.¹¹⁴

¹¹⁴ Turégano al respecto establece que: “Desde el punto de vista de la Jurisprudencia general, se parte de la idea de soberanía como concepto o abstracción que es el correlato de la obediencia habitual y a la que se le atribuyen a todos los poderes supremos”, TURÉGANO, Isabel, “Derecho y moral en John Austin”, op. cit., p. 329.

3.2.1.1.3 Un soberano jurídicamente ilimitado

Respecto a los límites del poder soberano este jurista manifiesta que un monarca o cuerpo soberano no es susceptible de limitación legal, ya que en caso de estarlo sería sujeto a un soberano superior a él, lo que va en contra de la característica que hemos mencionado anteriormente consiste en la imposibilidad de estar bajo el poder de otro soberano o superior.

Lo mismo sucede con respecto a las auto-limitaciones que se pueden imponer las autoridades o a sus sucesores, John Austin manifiesta que son simplemente principios o máximas que adoptan como guías o que recomiendan a quienes les sucederán en el ejercicio de su poder soberano, por lo que pueden denominarse en el primer caso como leyes en sentido metafórico, porque no se puede hablar de ley positiva a las que se impone uno a sí mismo y en el caso de las segundas se pueden llamar reglas de la moral positiva.

Por lo que este jurista sostiene que *“la tesis de que <<el poder soberano no es susceptible de limitación legal>> vale universalmente y sin excepciones”*.¹¹⁵

Pero que sea lógicamente imposible que el soberano esté sometido a límites jurídicos, no significa que el soberano, de hecho, tenga un poder arbitrario. Esta sometido a las obligaciones religiosas, que derivan como hemos visto de las leyes divinas, que pueden ser expresas o tácitas en cuyo caso se conocen a través de la teoría de la utilidad y que le exigen hacer lo más tangible posible el bienestar general de la población.

Además el soberano está sometido a las fuerzas sociales que se derivan de la opinión general de la comunidad y le imponen obligaciones morales, pero en este caso en particular se necesita que la presión que ejerza la sociedad sea uniforme y clara sobre cuáles son los fines a los que debe aspirar la autoridad, todo ello para que los movimientos sociales sean eficaces y puedan conseguir que la autoridad atienda a las reglas de la moralidad positiva.¹¹⁶

¹¹⁵ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit. p. 249.

¹¹⁶ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit. pp. 276 - 278.

En cuanto a las relaciones que surgen entre las sociedades políticas independientes, que constituyen el objeto del derecho internacional, para Austin es al igual que el derecho constitucional, es decir una ley impropia porque es establecido por la opinión general y los deberes que impone son reforzados por sanciones morales, debido a que no puede haber una sanción jurídica, en caso de incumplimiento porque no existe una sujeción o hábito de obediencia hacia un superior por ser todas ellas sociedades políticas independientes soberanas.

3.2.1.2 Normas constitucionales como leyes de moralidad positiva que determinan a las Autoridades o Soberanos

Como mencionamos la formación de los gobiernos de las sociedades políticas es parte de un proceso evolutivo, en el que participan las reglas morales positivas de las generaciones anteriores de esa comunidad, factor que determina la Constitución del Estado, siendo este proceso a veces lento y poco metódico.¹¹⁷

Reconociendo de esta manera la importancia del papel que fungen las normas constitucionales, que definen las características que han de tener las personas o persona, que componen el soberano, entendiéndolas como normas morales positivas por estar compuestas de opiniones prevalecientes de una comunidad,¹¹⁸ lo anterior se reitera con la afirmación que realiza Austin:

Aquí señalaría brevemente que con la expresión derecho constitucional entiendo la moral positiva, o el conjunto compuesto de moral positiva y derecho que determina el carácter de la persona o los respectivos caracteres de las personas en las que residirá la soberanía en un periodo determinado; y, suponiendo que el gobierno en cuestión sea una aristocracia o el gobierno de un grupo, determina además el modo en el que los poderes soberanos deben compartirse por los miembros constituyentes del cuerpo o del órgano soberano. Ahora bien, con respecto a un monarca propiamente dicho o a un cuerpo soberano en su capacidad soberana y colegiada, el derecho constitucional es simplemente moral positiva, o es reforzado por sanciones, meramente morales; aunque, como demostrare a continuación, puede equivaler al derecho positivo, o puede ser reforzado por sanciones jurídicas contra

¹¹⁷ La afirmación que realiza Austin y que presento a continuación reitera lo antes mencionado: “la Constitución del gobierno supremo no se ha decidido de una vez, o de acuerdo con un proyecto o plan, las reglas morales positivas de sucesivas generaciones de la comunidad (y, quizás, leyes positivas elaboradas por soberanos sucesivos) han definido su Constitución, con mayor o menor exactitud, lentamente y no de manera sistemática”. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit. p. 319.

¹¹⁸ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit. pp. 252 - 253.

*los miembros del cuerpo considerados por separado.*¹¹⁹

3.2.1.3 Finalidad de la autoridad

Reiteramos que el propósito esencial de que el gobierno y las autoridades existan es alcanzar el bienestar general entre la comunidad a la que sirve, y es el motivo en el que basan su legitimidad, razón por la que deben conferir en primer lugar derechos exigidos por la utilidad general a sus ciudadanos, imponiendo a la vez sus deberes correlativos.

En todo derecho jurídico existen tres sujetos distintos un sujeto titular del derecho, un sujeto gravado con el deber relativo y un gobierno soberano, que establece la ley mediante la que el derecho y el deber vienen respectivamente conferidos e impuestos.¹²⁰

Aquel o aquellos a quienes se impone el derecho o el deber, deben estar necesariamente sujetos a la sanción, que refuerza el derecho y el deber. Si la parte para la que se crea la ley no pudiera verse afectada por la fuerza de su autor, se manifestaría un deseo, pero no una ley positiva por no contener un mandato y la posibilidad de sanción jurídica.

Y en segundo lugar el Estado debe imponer obligaciones absolutas, que en términos de Austin son aquellos deberes que no implican derechos correlativos, podemos establecer que la obligación es absoluta en los siguientes casos:¹²¹

- A) Cuando se refiere a actos que se debe hacer u omitir respecto de uno mismo, por ejemplo la autocensura que realizan algunos periodistas en sus escritos o notas.
- B) Cuando se refiere a actos que se deben hacer u omitir en relación con personas no determinadas, por ejemplo la creación por parte de la Suprema Corte de Justicia de tesis o jurisprudencia que benefician a la totalidad de los miembros de nuestra sociedad política independiente.

¹¹⁹ AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit. p. 253.

¹²⁰ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit. p. 275.

¹²¹ Cfr. TURÉGANO, Isabel, “*Derecho y moral en John Austin*”, op. cit., p. 259.

- C) Cuando se trata de actos u omisiones no referidos a sujetos humanos, por ejemplo las leyes que tienen por objeto el uso de símbolos patrios o bienes culturales y;
- D) Cuando se trata de deberes hacia el soberano, por ejemplo el pago de impuestos.

En los apartados siguientes continuaremos explicando los demás elementos que conforman éste marco teórico: el mandato y la sanción, que son fundamentales para su entendimiento por estar íntimamente relacionados entre sí.

3.2.2 Mandato

Como hemos mencionado en los apartados anteriores toda ley propiamente dicha es un mandato, que es la manifestación de un deseo que se acompaña de una sanción en caso de incumplimiento o en palabras de Austin:

Un mandato es, por consiguiente, la manifestación de un deseo. Pero hay una peculiaridad que lo hace distinguirse de otras manifestaciones de deseos: que aquel al que se dirige esté expuesto a un daño por parte de otro, en el caso de que no cumpla con su deseo. Al estar sujeto a un daño si no me conformo al deseo que tu expreses, estoy sujeto u obligado por tu mandato, o me encuentro bajo el deber de obedecerte. Si a pesar del daño probable, no me pliego al deseo que tu expreses, se puede decir que desobedezco al mandato o que transgredo al deber que impone.¹²²

Podemos decir que, el mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo no por la forma en la cual se manifiesta, sino por el poder y la intención de quien lo emite, que en caso de que el deseo no sea satisfecho se infligirá un mal o un daño. De otra forma si no se puede o no se quiere causar un daño, en caso de incumplimiento, solamente se trata de un deseo o una petición, aun cuando se haya formulado de manera imperativa.

Aclarando que los mandatos siempre provienen de superiores que obligan a inferiores, porque para Austin la superioridad significa poder infligir un daño a otros, forzándolos a adecuarse a sus mandatos a través del temor de una sanción en caso de incumplimiento, de esta forma surge el deber de

¹²² AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit. p. 37.

obedecer para los inferiores o súbditos las ordenes emitidas por los superiores o autoridades.

Por tanto, los términos mandato y deber son correlativos, es decir el significado de cada uno de ellos esta implicado por el otro, porque como mencionamos anteriormente la función esencial del mandato es el establecimiento de deberes que aparecen en el momento en el que el mandato es expresado.¹²³

Sobre el daño o mal que se aplicará en el caso de incumplir un mandato o trasgresión de un deber impuesto por la autoridad o soberano se llama generalmente sanción, en otras palabras se puede decir, que el mandato o deber es sancionado por la posibilidad de sufrir un daño por lo que son términos inseparablemente relacionados.¹²⁴

El mandato, esta compuesto por una voluntad o deseo concebido por un ser racional de que otro ser racional haga u omita, implicando el deber de que el otro ser racional actué en consecuencia con ese deseo.

Contiene además una sanción en caso de incumplimiento por parte del sujeto obligado por el mandato a un hacer o no hacer, que puede aplicar la autoridad que emite el soberano.

En resumen, las ideas o nociones incluidas en el concepto de mandato son las siguientes:¹²⁵

- 1) El deseo o voluntad del superior de la sociedad política independiente de que los súbditos o gobernados se comporten de cierta manera;
- 2) El poder de sancionar al gobernado en caso de incumplimiento;
- 3) La expresión del mandato a través de palabras u otros signos y;
- 4) El carácter general que debe tener el mandato para que se considere como una ley.

¹²³ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “*El derecho y la ciencia del derecho*”, op. cit. p. 39.

¹²⁴ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit. p. 40.

¹²⁵ Cfr. TURÉGANO, Isabel, “*Derecho y moral en John Austin*”, op. cit., p. 240.

3.2.2.1 Clasificación del mandato

Austin clasifica los mandatos en dos tipos; unos son *leyes o reglas*, los otros son los que denomina *mandatos ocasionales o particulares*, ambos tipos los revisaremos a continuación.

3.2.2.1.1 Leyes o reglas

Los mandatos son leyes o reglas cuando obligan generalmente a acciones u omisiones de una clase, un ejemplo sería la ley de impuesto sobre la renta, que obliga el pago del impuesto a todos los que tuvieron ingresos, lo que le da la característica de generalidad, porque obligan a las personas que tienen una clase determinada en este caso los contribuyentes que pertenecen a los supuestos que la misma ley especifica.

Podemos afirmar que la mayor parte de las leyes emitidas por los superiores políticos obligan generalmente a los miembros de una sociedad política independiente o a las personas que pertenecen a una clase en particular, porque el intento de crear un sistema de deberes para cada uno de los miembros de la comunidad sería imposible.

Razón por la cual la mayor parte de las leyes emitidas por los superiores políticos son generales en dos sentidos: en tanto que prohíben o permiten en general actos de un determinado género o especie, y en cuanto vinculan a la comunidad entera o a una parte de ella que se distingue por pertenecer a los supuestos que la ley estipula, un ejemplo sería nuestra Ley Federal del Trabajo que solamente considera en su texto a los trabajadores y los patrones.

3.2.2.1.2 Mandatos ocasionales

Mientras que los mandatos ocasionales, son los que obligan a una acción u omisión específica, o bien a acciones u omisiones que se determinan específica o individualmente, los mandatos judiciales son generalmente particulares, pero tienen como propósito la aplicación de una ley o regla a un caso en concreto.

Un ejemplo se da cuando un juez dicta una sentencia de divorcio y fija una pensión alimenticia para uno de los cónyuges, en este caso se le fija la

obligación de pagar la pensión a un sujeto determinado siendo este un mandato dictado específicamente para ese caso en particular, aplicando la legislación civil que es el mandato general o ley aplicable.

3.2.2.2 Superiores e inferiores

Como explicamos anteriormente toda ley positiva es un mandato, que es un deseo de hacer o no hacer de un ser racional y procede de superiores y hacia inferiores, implicando una sanción en caso de incumplimiento

De la definición anterior resaltan los términos superior e inferior, podemos decir que el superior es quien tiene el poder de infligir un daño o mal a otros y de forzarles en virtud del miedo a ese daño, adecuando la voluntad de los otros a sus deseos o mandatos, mientras que la parte que está sujeta a la amenaza del daño es el inferior.

Estas relaciones de superiores e inferiores y de inferiores a superiores son recíprocas, porque la parte que es superior desde un punto de vista es inferior desde el otro, un ejemplo es el soberano es el superior de los gobernados; su poder generalmente es suficiente para hacer cumplir sus mandatos, pero los gobernados de modo colectivo, como hemos mencionado anteriormente lo pueden controlar desobedeciendo sus ordenes cuando consideran que es más dañino obedecerle que hacerle caso.

Austin nos presenta en su texto el siguiente ejemplo: *“Un miembro de la asamblea soberana es el superior del juez, ya que el juez está sometido al derecho procedente de ese cuerpo ciudadano. Sin embargo en su papel de ciudadano o súbdito, es inferior al juez ya que éste es ministro de la ley y esta armado con el poder de imponerla”*¹²⁶, en este caso se refleja claramente que los miembros del gobierno en su papel de ciudadanos están bajo la autoridad de los gobernantes, demostrando lo que afirmábamos anteriormente, es decir que relaciones de superiores e inferiores y de inferiores a superiores son recíprocas.

¹²⁶ AUSTIN, John, *“El objeto de la jurisprudencia”*, op. cit., p. 46.

Por consiguiente, el término superioridad esta implicado en el término mandato, porque la superioridad es la facultad de hacer cumplir un deseo y poder imponer una sanción en caso de incumplimiento que expresado a través de una orden.

Es necesario agregar que este tema lo mencionamos brevemente porque lo explicamos en el apartado anterior con mayor amplitud.

3.2.2.3 *La ley positiva y los mandatos*

Ahora como hemos mencionado en los apartados anteriores toda ley positiva es un mandato de un soberano que tiene la posibilidad de sancionar a los obligados en caso de incumplimiento ó en los términos de Austin:

Toda ley positiva, o toda ley así llamada simplemente y en sentido estricto, es la establecida por una persona o cuerpo soberano a uno o más miembros de la sociedad política independiente en la que tal persona o cuerpo soberano o superior; o (en otros términos) es establecida por un monarca o cuerpo soberano para una o más personas que se encuentran en un estado de sujeción con respecto a su autor.¹²⁷

Por lo que para este jurista, no existen leyes que creen exclusivamente derechos, porque toda ley que confiera efectivamente un derecho impone, de manera expresa o tácita, un deber relativo, es decir, un deber correlativo con ese derecho que se está otorgando.

Si se especifica la respuesta que se ha de seguir en el caso de que se inflija el derecho, la ley impone de manera expresa el deber relativo, mientras que en el caso de que no se especifique la respuesta, la ley se refiere tácitamente al derecho objetivo preexistente y reviste el derecho subjetivo que se crea de el deber relativo.¹²⁸

De lo anterior se desprende que *“toda ley que confiera realmente un derecho, es imperativa: tan imperativa como si su propósito fuera la creación del deber, o como si el deber relativo que produce de manera inevitable fuera simplemente absoluto”*,¹²⁹ es decir, que solamente crea ese deber sin un derecho correlativo.

¹²⁷ AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 142.

¹²⁸ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 50

¹²⁹ AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 50

3.2.2.4 Manifestación de los mandatos

Es necesario recordar que los mandatos como cualquier manifestación de voluntad, pueden ser expresos o tácitos. Si se expresan por medio de palabras, ya sean escritas o habladas, son mandatos expresos, mientras que si se indican por medio de la conducta o por cualquier otra manifestación distinta de las palabras, el mandato es tácito.

Porque, como mencionamos anteriormente, la función esencial del mandato es el establecimiento de deberes que aparecen en el momento en el que el mandato es expresado.¹³⁰

En el caso de las costumbres que se aceptan por los jueces o los legisladores transformándose en reglas jurídicas estas costumbres son mandatos tácitos del legislador soberano.

3.2.3 Sanción

Como mencionamos a lo largo de los apartados que nos preceden, las leyes positiva se componen de los términos soberano, mandato y sanción, que se encuentran íntimamente relacionados, debido a que los mandatos son los deseos emitidos por quien tiene poder para hacerlos cumplir a través, de una sanción en el caso de que se incumpla con lo que se ordena.¹³¹

Al estar sujeto a un daño o sanción, se configura un deber de obedecer por parte del sujeto obligado, de lo que se deriva que al desobedecer ese mandato se transgrede también el deber que éste impone.

Para Austin la sanción es el daño que probablemente se le aplicara al sujeto que desobedezca el mandato que dicta el soberano o autoridad, o en las palabras de autor:

El daño que probablemente se aplicara en el caso de desobediencia de un mandato, o (si se usa una expresión equivalente) en el caso de transgresión de un deber, se llama generalmente sanción o imposición coactiva de la obediencia; en otros términos, se dice que el mandato o el deber son sancionados o impuestos coactivamente por la posibilidad de sufrir un daño.¹³²

¹³⁰ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “El derecho y la ciencia del derecho”, op. cit. p. 39.

¹³¹ Cfr. AUSTIN, John, “El objeto de la jurisprudencia”, op. cit. pp. 36 - 37.

¹³² AUSTIN, John, “El objeto de la jurisprudencia”, op. cit., p. 37.

Austin considera que cuanto mayor sea el mal, en que se incurre cuando se incumple un mandato, y mayor sea su posibilidad de ser impuesto la eficacia del mandato será mayor, pues menos sujetos obligados se arriesgaran a sufrir la sanción.¹³³

Pero si existe la menor probabilidad de sufrir el daño ó este es una sanción menor, la expresión de un deseo aún así es un mandato debido a que se impone el deber y la sanción, que aun siendo insuficiente existe.¹³⁴

Aclarando que la magnitud del daño eventual como la probabilidad de que sea impuesta esa sanción no es el tema esencial de su investigación, es solamente necesaria la existencia de ese daño o sanción en el mandato para que éste se configure plenamente.

3.2.3.1 El caso de los premios

Los premios pueden ser motivos para obedecer deseos de otras personas, pero no podemos hablar de mandatos y deberes sancionados o impuestos por premios o recompensas, porque al hablar de recompensas que obligan a una acción sería una desviación del término sanción.

Si una ley ofrece un premio o un incentivo para realizar acciones, se confiere también un derecho y no se impone una obligación sobre los sujetos que realicen la acción, pero sí contendrán una obligación o parte imperativa para quien esta sujeto a dar u otorgar esa recompensa.

De lo explicado anteriormente Austin concluye que los sujetos cumplen los deseos por el temor que tienen a la imposición de un daño o castigo, pero también puede ser por la posibilidad de recibir un beneficio.

Solamente en el caso de que se pueda sufrir un mal se puede decir que se está obligado a obedecer y cumplir el deseo, ya que los deberes son sancionados o impuestos solamente mediante un daño condicionado, que configura un elemento de los mandatos que son la manifestación de un deseo

¹³³ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 38.

¹³⁴ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 39.

en virtud del poder y el propósito de infligir un daño eventual en caso de incumplimiento.¹³⁵

Si incluyéramos el término premio como parte del significado del término sanción, entraríamos en un conflicto con respecto al lenguaje común ya que el término sanción implica en el lenguaje común forzosamente un daño o castigo y los premios no nos dañan sino que nos benefician.¹³⁶

Concluimos este tema con la integración de los tres elementos fundamentales de la teoría jurídica de John Austin que son *la autoridad o soberano, el mandato y la sanción*.

Austin considera que dada la insuficiencia de las normas divinas y de la moralidad positiva para conformar eficazmente las conductas y acciones de los individuos de una sociedad política independiente o en otras palabras el Estado, es necesaria la presencia de las leyes o reglas positivas que contienen siempre un mandato y que este derecho positivo buscan como finalidad el bienestar general de la población que conforma a la comunidad.¹³⁷

Sin embargo el estado poco avanzado en que se encuentra la sociedad no permite una obediencia perfecta al derecho y es necesario que la autoridad imponga sanciones, por lo que las entiende a estas últimas como el instrumento que puede reforzar al derecho para lograr el fin que persigue y de este modo el mandato se considera como una regla de conducta reforzada por la autoridad de manera coactiva.

Por eso es que, la sanción adquiere importancia entre los elementos esenciales de la norma jurídica, en la teoría de John Austin, sólo la conciencia del posible mal que ha de seguir cierta conducta convierte ésta en obligatoria para el sujeto obligado por el mandato y, de este modo el deber de obedecer se deriva de la sanción, que a su vez se deriva de un mandato que es emitido por la autoridad.

¹³⁵ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 39.

¹³⁶ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 39.

¹³⁷ Austin afirma que: “Si la obediencia al Derecho fuera absolutamente perfecta, es manifiesto que las sanciones, permanecerían en estado latente”, AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 335.

De lo anterior se deriva que el sujeto obligado que desea impedir la sanción debe cumplir la obligación y debe hacer aquello que el derecho positivo le ordena y omitir las acciones que los mandatos prohíben. Por lo que podemos afirmar que para poder hablar de normas jurídicas en el marco de esta teoría es suficiente la previsión de una sanción en los mandatos que dicta la autoridad.

Razón por la que las nociones de mandato, deber y sanción se refieren a un mismo concepto, aunque cada uno lo denote de manera diferente. Porque cuando queremos referirnos al mal o daño que puede ser infligido, empleamos el término sanción, refiriéndonos indirectamente a la idea de ver o sujeción a ese posible daño que puede causarnos la autoridad o soberano y a la expresión del mandato.

Concluyendo que *cada noción, implica a las dos restantes definiciones* y la relación que existe entre ellas es puramente lógica, porque no supone que alguno de estos elementos tenga primacía sobre las restantes.

CAPITULO III

APLICACIÓN DEL MODELO TEÓRICO DE JOHN AUSTIN

A LAS GARANTÍAS NO JURISDICCIONALES

DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El propósito fundamental de esta investigación es responder a la pregunta de si las garantías no jurisdiccionales de los derechos fundamentales pueden ser entendidas como normas de derecho positivo en el modelo teórico de John Austin.

La respuesta a esta interrogante es negativa, debido a que este tipo de garantías no se adecuan a los fines del modelo teórico de este jurista, la razón esencial de esta negativa es que se presenta un problema respecto al término mandato, término que tomaremos como el eje de nuestra respuesta al establecerlo como el elemento que conecta a la autoridad y la sanción.

De lo anterior se deriva la necesidad de explicar el término *command* que John Austin utiliza en su libro *The province of jurisprudence determined*, así como su significado en español.¹³⁸

El término *command* significa en español “mandar, disponer, dictar, ordenar, regir, gobernar”.¹³⁹ También puede ser entendido como: “mandato, mandamiento, disposición, ordenes, poder, dominio, (...) orden o mandato para que se realice una función”.¹⁴⁰

¹³⁸ John Austin establece en su libro “*The province of jurisprudence determined*” lo siguiente: “Every law or rule (taken with the largest signification which can be given to the term properly) is a command. Or, rather, laws or rules, properly so called are a species of commands”. Citado en AUSTIN, John, “*Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*”, Scholarly Press, Estados Unidos de America, 1977, p. 11.

La traducción literal sería la siguiente: Toda ley o regla (en el significado más amplio que se le puede dar propiamente al término) es un mandato. O, mejor dicho, las leyes o reglas propiamente dichas son una especie de mandatos.

¹³⁹ MARTÍNEZ, Emilio M. “*Diccionario inglés-español, español-inglés*”, Edit. Ramón Sopena, España, 1969, p. 167

¹⁴⁰ COLLAZO, Javier, “*Diccionario Collazo inglés-español, español-inglés*”, Tomo I (A-R), Mc Graw Hill, México, 2001, p. 183.

De lo anterior, podemos establecer que las traducciones mencionadas nos remiten al término mandato.¹⁴¹

El término mandato, a su vez, proviene de la voz latina *mandatum* que significa una orden.¹⁴²

Por lo que “mandato” significa “orden que el superior impone a los súbditos”,¹⁴³ u “orden que un superior da sus subordinados”,¹⁴⁴ así mismo el Diccionario de la Lengua Española establece que un mandato es una “orden o precepto que el superior da a los súbditos”.¹⁴⁵

Las definiciones anteriores demuestran que los mandatos siempre consistirán en ordenes imperativas dictadas por superior o autoridad a sus subordinados o inferiores.

De lo anterior se deriva que el término mandato siempre implica un deber de obedecer por parte de quien lo recibe y la posibilidad de la autoridad que emitió el mandato de sancionar en caso de incumplimiento.

Pero existen algunas otras manifestaciones de voluntad o expresiones de deseos que no conforman mandatos, porque les falta alguno de los elementos del mandato, es decir, la autoridad o superioridad de quien lo emite, la emisión o expresión del mandato o la posibilidad de sancionar en caso de incumplimiento.

Siendo éste es el caso que se presenta en las actuaciones de las comisiones de derechos humanos, que son las instituciones que conforman las

¹⁴¹ Esto se establece debido a que los mismos significados son otorgados al término *command* en los diccionarios siguientes que también fueron consultados para la realización de este capítulo: CABANELLAS, Guillermo, Eleanor C. HOAGUE, “Diccionario jurídico inglés-español”, Butterworth Legal Publishers, Tomo 1, Estados Unidos de América, 1991, p. 183; CUYAS, Arturo, “Nuevo diccionario cuyas de apleton inglés-español”, 5ª edic., Prenticer May, Estados Unidos de América, 1972, p. 121; KAPLAN, Steven M. “English-spanish legal dictionary, diccionario jurídico inglés-español” 2ª edic., Wiley, Estados Unidos de América, 1997, p. 54.

El Dr. Tamayo y Salmorán en su libro “El derecho y la ciencia del derecho”, op. cit. le da el significado de mandato al término *command* y lo mismo sucede en el caso de los autores J. Ramón Páramo Argüelles en la traducción de “El objeto de la jurisprudencia”, op. cit. e Isabel Turégano Mansilla en su libro “Derecho y moral en John Austin”, op. cit.

¹⁴² Cfr. CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario enciclopédico de derecho usual”, Tomo V (J-O), 21ª edic., Heliasta, Argentina, 1989, p. 290.

¹⁴³ RODRÍGUEZ, Arturo, (Coord.) “El pequeño espasa diccionario enciclopédico”, Espasa Calpe, Madrid España, 1993, p. 875.

¹⁴⁴ VALLETA, Laura, “Diccionario jurídico”, 2ª edic., Valleta, Argentina, 2001, p. 426.

¹⁴⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la lengua española”, 22ª edic, RAE, Madrid España, 2001, p. 1432.

garantías no jurisdiccionales de los derechos fundamentales en nuestro país, y que emiten recomendaciones sobre las quejas que presentan los particulares que consideran fueron dañados sus derechos fundamentales por actos administrativos de la autoridad.

Ahora bien, por recomendaciones entendemos gramaticalmente a “*la acción y efecto de recomendar*”,¹⁴⁶ o al “*encargo o suplica que se hace a alguien, poniendo algo a su cuidado y diligencia*”,¹⁴⁷ siendo necesario establecer que recomendar es “*encargar, pedir a uno que tome a su cuidado una persona o negocio*”,¹⁴⁸ o bien “*aconsejar algo a alguien para bien suyo*”.¹⁴⁹

De lo anteriormente expuesto podemos establecer que los términos mandato y recomendación, son diferentes en su significado y connotación.

Por lo cual en este capítulo estudiaremos las consecuencias del uso del término “recomendación”, en las actuaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y estableceremos las razones por las que el mandato no se adecua a la noción de derechos fundamentales.

1. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos como autoridad

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos¹⁵⁰ o CNDH encuentra su fundamento legal en el artículo 102 apartado B de nuestra norma suprema que establece su competencia, estructura y alcances.

Sobre su competencia y alcances el artículo establece lo siguiente:

*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 en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa** provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.*

*Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán **recomendaciones** públicas, **no vinculatorias** y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.*

¹⁴⁶ RODRÍGUEZ, Arturo, (Coord.) “*El pequeño espasa diccionario enciclopédico*”, op. cit. p. 1160.

¹⁴⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “*Diccionario de la lengua española*”, op. cit. p. 1915.

¹⁴⁸ RODRÍGUEZ, Arturo, (Coord.) “*El pequeño espasa diccionario enciclopédico*”, op. cit. p. 1160.

¹⁴⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “*Diccionario de la lengua española*”, op. cit. p. 1915.

¹⁵⁰ En adelante emplearemos la abreviatura CNDH o el término Comisión, para referirnos a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

*Estos organismos **no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.***¹⁵¹

1.1 Uso del término derechos humanos

El artículo 102 apartado B constitucional establece como parte de las funciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las comisiones de los derechos humanos locales la *“protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos”*.

El primer problema que se nos presenta al interpretar este párrafo del artículo, es que al incluir el término de derechos humanos le dan gran ambigüedad a este precepto, porque en nuestra tradición constitucional no se maneja éste término sino el de garantías individuales, que entendemos como los derechos humanos positivizados y reconocidos en nuestra norma fundamental por su trascendencia histórica y social para un Estado, es decir, los denominados derechos fundamentales.

Este problema se ve reflejado en el anterior Reglamento Interior de la Comisión de los Derechos Humanos que tuvo vigencia del 12 de noviembre de 1992 hasta el 29 de septiembre de 2003 año en que se expidió uno nuevo, que establecía en su artículo 2º el concepto de derechos humanos de la siguiente forma: *“Los derechos humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano”*, siendo esta una definición tautológica porque todo derecho es necesariamente humano.

Actualmente la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos del 29 de junio de 1992 y su Reglamento Interno del 29 de septiembre de 2003 no establecen que se entenderá por derechos humanos, dejando éste término a la interpretación de los particulares y aún a las autoridades que sean partes en sus actuaciones.

¹⁵¹ Las negritas señalan los elementos que analizaremos en este apartado por considerar que son los más importantes en la interpretación de este precepto.

Así, sobre la ambigüedad del término derechos humanos, el ministro Gudiño Pelayo establece en su libro *El Estado contra sí mismo. Las comisiones gubernamentales de derechos humanos y la deslegitimación de lo estatal* lo siguiente:

No obstante que los especialistas pretenden dar un significado preciso a los vocablos derechos humanos, lo cierto es que la vaguedad misma de dicha expresión la ha convertido en una especie de buchaca vacía en la que caben todos los deseos, fobias, ideologías, prejuicios, así como todo tipo de supuestamente legítimas reivindicaciones individuales, sociales o de grupo de los diversos organismos no gubernamentales que se dedican a este tipo de activismo, junto con la aspiración o pretensión a que se respeten las prerrogativa que otorga el derecho vigente a los grupos o personas reclamantes, si les es favorable, claro está, porque si no lo es entonces el derecho humano se encontrará en la no aplicación de dicho derecho vigente, porque al no favorecerles es injusto.¹⁵²

Del problema anterior surge un conflicto aún más importante, para efectos de esta investigación, el hecho de que sí bien de los términos derechos humanos, garantías individuales y derechos fundamentales, existen en nuestro país diversas interpretaciones doctrinales, existen escasos criterios jurisprudenciales que nos indiquen su naturaleza, contenido y efectos.

Resultando este tema tan importante uno de los menos explorados por nuestro Poder Judicial, de lo que deriva la imposibilidad de definir claramente en que consisten estos derechos fundamentales, así como la forma en que deben ser interpretados y protegidos.

1.2 La CNDH conocerá de actos u omisiones de naturaleza administrativa, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación

Nuestra norma suprema restringe la competencia de la CNDH a los actos u omisiones de naturaleza administrativa, al respecto el jurista Gudiño Pelayo establece lo siguiente:

De una lectura atenta del apartado B del artículo 102 constitucional resulta evidente que esta facultad de conocer quejas se encuentra referida única y exclusivamente a los actos y omisiones de naturaleza administrativa, de ninguna manera a todos los derechos humanos que establece el orden jurídico mexicano, esto no puede

¹⁵² GUDIÑO, José de Jesús, “*El Estado contra sí mismo. Las comisiones gubernamentales de derechos humanos y la deslegitimación de lo estatal*”, Noriega, México, 1998, p. 100.

*desprenderse de la literalidad del precepto y menos de su interpretación jurídica. El que estos organismos, sobre todo la CNDH, se hayan adjudicado la atribución de conocer quejas por infracción a cualquier derecho humano, es uno de los factores que más ha contribuido a la inestabilidad de nuestro sistema de derecho.*¹⁵³

Es necesario señalar brevemente en que consiste la función administrativa, estableciendo que hay dos criterios para explicarla el formal, que se refiere al órgano del Estado que realiza la función sin atender a las características peculiares de sus elementos, y el criterio material, que se refiere a la naturaleza misma del acto, sin tomar en cuenta la fuente de donde emana el acto, en otras palabras atiende en forma exclusiva la composición de los elementos del acto.¹⁵⁴

Así para el jurista Gabino Fraga desde el criterio formal, es *“la actividad que el Estado realiza por medio del Poder Ejecutivo”*,¹⁵⁵ y desde el criterio material de acuerdo con su naturaleza intrínseca éste jurista establece que es la actividad *“que el Estado realiza bajo un orden jurídico, y que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales”*.¹⁵⁶

En consecuencia debemos señalar que la actuación de estos organismos de protección de los derechos fundamentales no deben interferir con la competencia expresa que establece la Constitución a favor de otros órganos del Estado en relación con las violaciones a estos derechos, en particular hacia el Poder Judicial de la Federación.

De lo anterior se deriva que la CNDH no puede conocer de quejas concretas contra actos u omisiones de autoridades que violen derechos fundamentales, llamadas en el caso de nuestro país garantías individuales, porque invaden la competencia expresa que la norma suprema le da al Poder Judicial Federal, en sus artículos 103 y 107.

¹⁵³ *Ibidem*. p. 112. Las negritas son utilizadas para resaltar lo que consideramos más importante de la cita textual.

¹⁵⁴ Cfr. MARTÍNEZ, Rafael, *“Derecho administrativo 1er y 2º Curso”*, 5ª edic. Oxford, México, 2004, p. 43.

¹⁵⁵ FRAGA, Gabino, *“Derecho administrativo”*, 33ª edic., Porrúa, México, 1994, p. 53.

¹⁵⁶ *Ídem*, p. 63.

El artículo 103 fracción I establece lo siguiente:

*Art. 103 Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:
I.- Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales.*

De lo anterior se desprende, que las violaciones a los derechos fundamentales que se presenten son una controversia que se presenta entre la autoridad y el particular afectado, esta controversia tiene el carácter de jurisdiccional y no administrativa.

Y corresponde a los tribunales de la Federación de manera exclusiva conocer y resolver sobre las controversias que se susciten por la violación de los derechos fundamentales en nuestro país llamadas garantías individuales, conforme a la competencia que establece la norma constitucional en el artículo 103 y el mismo artículo 102 apartado B constitucional que establece que la CNDH y las comisiones estatales **“conocerán de *quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa* provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos (...) Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales”**.

Es decir, los tribunales de la Federación son los únicos que pueden conocer acerca de las violaciones a los derechos fundamentales, que ampara nuestra norma suprema, estableciéndose en el artículo 107 constitucional que el juicio de amparo procede contra la violación de garantías y concluye con una sentencia que tiende a restituir los derechos violados, estableciendo en su fracción XVI¹⁵⁷ sanciones en caso de que la sentencia de amparo no sea llevada a cabo.

¹⁵⁷ Artículo 107 de la CPEUM.- Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

XVI.- Si concedido el amparo la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o tratase de eludir la sentencia de la autoridad federal, y la Suprema Corte de Justicia estima que es inexcusable el incumplimiento, dicha autoridad será inmediatamente separada de su cargo y consignada al Juez de Distrito que corresponda. Si fuere excusable, previa declaración de incumplimiento o repetición, la Suprema Corte requerirá a la responsable y le otorgará un plazo prudente para que ejecute la sentencia. Si la autoridad no ejecuta la sentencia en el término concedido, la Suprema Corte de Justicia procederá en los términos primeramente señalados.

Cuando la naturaleza del acto lo permita, la Suprema Corte de Justicia, una vez que hubiera determinado el incumplimiento o repetición del acto reclamado, podrá disponer de oficio el cumplimiento sustituto de

Por lo que podemos afirmar que el juicio de amparo es el único medio legal que garantiza la protección real y efectiva de los derechos fundamentales establecidos por nuestra norma constitucional, debido a que la sentencia que se emite siempre es un mandato.

Así, cuando la sentencia otorga el amparo, impone a la autoridad responsable la obligación de restituir los derechos fundamentales que fueron violentados por sus acciones u omisiones y la Constitución en su artículo 107, al que ya hicimos referencia, al igual que la Ley de Amparo en su artículo 80 contemplan sanciones en caso de incumplimiento.

Mientras que la sentencia que niega el amparo, es resultado de un proceso que verifica que no se hayan violado derechos fundamentales de los particulares, con acciones u omisiones por parte de la autoridad, garantizando su protección.

1.3 Formulación de recomendaciones no vinculatorias

También el artículo 102 apartado B, establece que las comisiones de derechos humanos, de nuestro país, formularán recomendaciones que serán no vinculatorias.

Porque como explicamos anteriormente el término recomendación tiene entre otros el significado de *“aconsejar algo a alguien para bien suyo”*,¹⁵⁸ siendo de por sí optativa su aplicación.

En otras palabras, solamente es una opinión de cómo se debería actuar o haber actuado al resolver una situación en particular, en el caso de las garantías no jurisdiccionales, las recomendaciones tratan de solucionar o aconsejar sobre alguna posible violación de derechos fundamentales de los gobernados, que se haya llevado a cabo en la esfera administrativa, sin que esta resolución deba ser obedecida de manera obligatoria por la autoridad.

las sentencias de amparo, cuando su ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso. Igualmente, el quejoso podrá solicitar ante el órgano que corresponda, el cumplimiento substituto de la sentencia de amparo, siempre que la naturaleza del acto lo permita.

La inactividad procesal o la falta de promoción de parte interesada, en los procedimientos tendientes al cumplimiento de las sentencias de amparo, producirá su caducidad en los términos de la ley reglamentaria.

¹⁵⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *“Diccionario de la lengua española”*, op. cit. p. 1915.

Éste tema se seguirá analizando durante los apartados siguientes, por ser de esencial importancia para nuestra investigación profundizar, sobre la naturaleza no vinculatoria de las recomendaciones que emite la CNDH y su eficacia en el mundo fáctico, razón por la que solamente realizamos un breve bosquejo.

1.4 Incompetencia tratándose de asuntos de carácter laboral, electoral y jurisdiccional

Sobre este tema podemos mencionar que dentro de las reformas constitucionales de 1999 se modificó la naturaleza de la comisión al volverla un órgano autónomo con patrimonio propio, se discutió, además la posibilidad de ampliar su competencia para conocer de asuntos laborales, electorales y jurisdiccionales.

Entre los grupos parlamentarios que presentaron las iniciativas legislativas que incluyera estos rubros, se encontraban el Partido del Trabajo, el Partido de la Revolución Democrática y el Partido Acción Nacional.¹⁵⁹

Sin embargo, en las discusiones, que se llevaron a cabo en la Cámara de Diputados, sobre el tema de la ampliación de competencias de la comisión, no consideraron urgente realizar reformas, dando como algunas de las razones que en el ámbito electoral ya existían medios de defensa adecuados para encargarse de proteger los derechos político electorales de los ciudadanos, como el juicio de revisión constitucional electoral y los medios de impugnación;

¹⁵⁹ El grupo parlamentario del Partido del Trabajo presentó la *Iniciativa de decreto por el que se adicionan y reforman los artículos 73, 74 y 102, apartado B y 105, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Cfr. GOSLINGA REMÍREZ, Lorena y Adrián HERNÁNDEZ GARCÍA, “Evolución del marco normativo del ombudsman nacional mexicano”, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2002, pp., 183 -202.

El Partido de la Revolución Democrática presentó la *Iniciativa de adiciones y reformas a los artículos 2,3,5,6,7,8,9,10,11,12,14,15,17,19,46,64,77 y 77 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, asimismo a los artículos 21,73,74, fracción VI, 76, fracción X, 102 apartados A y B, y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Cfr. GOSLINGA REMÍREZ, Lorena y Adrián HERNÁNDEZ GARCÍA, op. cit., pp., 183 – 211.

El Partido Acción Nacional presentó la *Iniciativa de decreto por el que se adicionan, el artículo 102, apartado B, primero y segundo párrafos, el artículo 105, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los artículos 2º, 3º, 6º, 7º,8º,10,11,15,17,18,19,46, y 75 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*. Cfr. GOSLINGA REMÍREZ, Lorena y Adrián HERNÁNDEZ GARCÍA, op. cit., pp., 183 - 202.

sobre la materia laboral argumentaron que el juicio de amparo es el medio de garantía de los derechos de los trabajadores; y en materia jurisdiccional señalaron que *“En la tradición jurídica mexicana, el garante de la protección de los derechos fundamentales y la constitucionalidad de los actos de la autoridad era precisamente el Poder Judicial de la Federación”*.¹⁶⁰

Y en la Cámara de Senadores algunos insistieron en que se debían eliminar las restricciones que tenía la comisión en cuanto a su competencia, sin embargo fue aprobado el proyecto presentado por los diputados, que contenía las limitantes de la comisión, con una votación en lo general por unanimidad de 104 votos de los senadores presentes y en su tercer párrafo del artículo 102 apartado B con una votación de 92 votos a favor del proyecto y 12 en contra, quedando de esta manera reiterada la incompetencia de la CNDH para conocer de asuntos laborales, electorales y jurisdiccionales.¹⁶¹

1.5 La ley de la CNDH y su reglamento interno

Lo anteriormente explicado se confirma y amplía en la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos promulgada el 29 de junio de 1992 vigente, que establece en su artículo tercero la competencia de la comisión, de la siguiente manera.

Artículo 3.- La Comisión Nacional de Derechos Humanos tendrá competencia en todo el territorio nacional, para conocer de quejas relacionadas con presuntas violaciones a los derechos humanos cuando éstas fueren imputadas a autoridades y servidores públicos de carácter federal, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación.

Cuando en un mismo hecho, estuvieren involucrados tanto autoridades o servidores públicos de la Federación, como de las Entidades Federativas o Municipios, la competencia se surtirá en favor de la Comisión Nacional.

Tratándose de presuntas violaciones a los Derechos Humanos en que los hechos se imputen exclusivamente a autoridades o servidores públicos de las entidades federativas o municipios, en principio conocerán los organismos de protección de los derechos humanos de la Entidad de que se trate, salvo lo dispuesto por el artículo 60 de esta ley.

¹⁶⁰ GOSLINGA REMÍREZ, Lorena y Adrián HERNÁNDEZ GARCÍA, *“Evolución del marco normativo del ombudsman nacional mexicano”*, op. cit. p. 226.

¹⁶¹ Cfr. GOSLINGA REMÍREZ, Lorena y Adrián HERNÁNDEZ GARCÍA, *“Evolución del marco normativo del ombudsman nacional mexicano”*, op. cit. p. 235.

Asimismo, corresponderá conocer a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las Entidades Federativas, a que se refiere el artículo 102, Apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como por la no aceptación de sus recomendaciones por parte de las autoridades, o por el deficiente cumplimiento de las mismas.

Respetando las limitaciones legales que le establece el artículo 102 apartado B de la norma suprema de nuestro país, en cuanto que, no puede conocer asuntos de índole laboral, jurisdiccional y electoral, ampliando aún más esta incompetencia de la comisión al fijar en su ley reglamentaria la fracción cuarta del artículo 7º que indica a la letra lo siguiente: *“La Comisión Nacional no podrá conocer de los asuntos relativos a (...) IV. Consultas formuladas por autoridades, particulares u otras entidades, sobre la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales”*.¹⁶²

Sobre los actos u omisiones de naturaleza administrativa, el Reglamento Interno de la Comisión del 29 de septiembre de 2003, en su artículo 2º fracción VI establece a la letra lo siguiente:

Artículo 2.- Para los fines del presente Reglamento se entenderá por:

VI. “Actos u omisiones de autoridad administrativa: los que provengan de servidores públicos que desempeñen empleo, cargo o comisión en instituciones dependencias u organismos de la administración pública federal centralizada o paraestatal, en tanto que tales actos u omisiones puedan considerarse en ejercicio del empleo, cargo o comisión que desempeñen

Así mismo la ley que regula a la comisión, establece en su artículo 46 primer párrafo las características y efectos de las recomendaciones que puede dictar la CNDH, de la siguiente manera *“La recomendación será pública y no tendrá carácter imperativo para la autoridad o servidor público a los cuales se*

¹⁶² Sobre esta fracción de la Ley de la CNDH el Ministro Gudiño Pelayo señala lo siguiente: *la razón de esta prohibición se encuentra en que la interpretación que hacen estos organismos de derechos humanos tiene el carácter de privada o doctrinal, porque no es vinculatoria, obligatoria, para nadie, ni para los particulares, ni para las autoridades a las que se hace la reclamación.*

Por lo tanto resulta lógico que no deban desahogar consultas sobre infracciones de la Constitución o de las leyes secundarias que no tienen más valor que la de cualquier particular, pero ello de ninguna manera quiere decir, como en alguna resolución lo ha hecho de forma equivocada que la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que no tenga facultad para interpretar la Constitución y las demás leyes para regular su propia actuación y determinar lo que legalmente puede y no puede hacer, cuáles son los límites constitucionales y legales de la actuación de este tipo de organismos. GUDIÑO, José de Jesús, “El Estado contra sí mismo. Las comisiones gubernamentales de derechos humanos y la deslegitimación de lo estatal”, op. cit. pp. 134 - 135.

dirigirá y, en consecuencia, no podrá por sí misma anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o denuncia”.

1.6 ¿La CNDH puede ser considerada autoridad a la luz del modelo teórico de Austin?

Como pudimos observar del ámbito de competencia de la comisión a actos u omisiones de la autoridad de naturaleza administrativa, así como del carácter de las recomendaciones, es de donde se desprende el problema de si la comisión resulta o no una autoridad dentro del marco teórico de John Austin.

Recordemos que éste jurista manifiesta que el soberano o la autoridad es quien cuenta con facultades para emitir mandatos jurídicos para una sociedad política independiente.

Identificando el carácter de superioridad, por el hecho de que es autoridad en los términos de Austin quien habitualmente es obedecido en sus mandatos por los súbditos de esa sociedad política, o en otras palabras se refuta como autoridad de la sociedad políticamente independiente, quien posee obediencia habitual de parte de los súbditos que la conforman.¹⁶³

El problema que se presenta en el caso de la CNDH, como mencionamos, es que no emite mandatos, es decir, ordenes que deban ser obedecidas por los sujetos a los que se dirigen, porque el artículo 102 constitucional apartado B dispone solamente que la comisión podrá formular recomendaciones públicas, no vinculatorias, así como denuncias y quejas ante las autoridades respectivas, regulándose de esta manera en la ley reglamentaria en su artículo 46 primer párrafo.

Las recomendaciones como lo indicamos anteriormente son el *“encargo o suplica que se hace a alguien, poniendo algo a su cuidado y diligencia”*,¹⁶⁴ o bien *“aconsejar algo a alguien para bien suyo”*.¹⁶⁵

¹⁶³ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *“El derecho y la ciencia del derecho”*, op. cit. p. 51

¹⁶⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *“Diccionario de la lengua española”*, op. cit. p. 1915.

¹⁶⁵ Ídem.

En este caso podemos establecer que son las soluciones o consejos que propone la CNDH a la autoridad que cometió violaciones a los derechos de los particulares, para evitar que se sigan llevando a cabo o sanarlas, restaurando los derechos dañados.

Estas recomendaciones *“no van acompañadas del signo más característicos de la autoridad: la coerción, es decir, la amenaza de aplicar la fuerza en caso de que no se observe lo que ordena el acto de autoridad en cuestión”*.¹⁶⁶

Pues bien, la función del *Ombudsman* nacional, representado por la CNDH, no se apoya en el ejercicio de la fuerza coercitiva o la imposición de sanciones en caso de incumplimiento, sino que se respalda en la autoridad moral y en la confianza de los particulares que acuden a ella. Sobre este tema el Dr. Miguel Carbonell señala lo siguiente:

*La fuerza de la Comisión no descansa en el hecho de que sus recomendaciones puedan ser obligatorias, sino en el hecho de que sea una institución que genere confianza popular y cuyas resoluciones estén apoyadas solamente en hechos irrefutables, de forma que las autoridades que no estén dispuestas a observar su contenido se hagan merecedoras de un profundo descrédito en la opinión pública.*¹⁶⁷

Por su parte, el investigador Carlos Natarén, en su libro *La defensa no jurisdiccional de los Derechos Fundamentales en México*, manifiesta sobre las recomendaciones que emite la CNDH lo siguiente: *“Como su nombre lo indica, ésta no tiene carácter imperativo para la autoridad o servidor público a los cuales se dirige y en consecuencia, no podrá por sí misma anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o denuncia”*.¹⁶⁸

Y en consecuencia la CNDH, a la luz de la teoría de John Austin no reúne los requisitos para ser considerada como autoridad, debido a que sus recomendaciones no pueden ser consideradas mandatos por las razones enunciadas.

¹⁶⁶ Cfr. CARBONELL, Miguel, *“Los derechos fundamentales en México”*, op. cit. p. 94. Consultar nota al pie número 1, en página 1.

¹⁶⁷ CARBONELL, Miguel, *“Los derechos fundamentales en México”*, op. cit., p. 94.

¹⁶⁸ NATARÉN, Carlos F. *“La defensa no jurisdiccional de los derechos fundamentales en México”*, op. cit. p. 134. Consultar nota al pie número 64, página 66.

Es decir por la imposibilidad de exigir su cumplimiento a las autoridades hacia las que se dirigen se vuelve una autoridad moral dentro del modelo teórico de Austin, o sea una figura que emite recomendaciones o normas de moralidad positiva que pueden ser sancionadas en caso de incumplimiento solamente por la opinión pública, debido a que no tienen una sanción jurídica.

Luis Raúl González Pérez colaborador de la revista *Derechos humanos México*, publicación que edita la CNDH menciona acerca del tema, lo siguiente:

*Desde siempre se explicó que **la fuerza de las recomendaciones radica en la autoridad moral del órgano que las emite**; que al hacer públicos sus contenidos, encuentra en el respaldo social la fuerza de sus resoluciones. Es así, que sus recomendaciones e informes no vinculantes son la herramienta que, **por medio de la opinión pública, puede contribuir a hacer efectivos los derechos humanos**.*¹⁶⁹ (las negritas son nuestras)

El hecho de que la opinión pública sea el único medio para que las recomendaciones que emite la CNDH sean llevadas a cabo, demuestra la naturaleza de autoridad moral que esta institución posee, así como que la sanción que se puede presentar ante su incumplimiento, es meramente de carácter moral y no jurídico.

Y al dejar el cumplimiento de sus recomendaciones, a la fuerza que pueda ejercer la opinión pública, se corre el riesgo de que los derechos fundamentales se conviertan en parte de temas sobre ratings y popularidad de las autoridades, dañándose de ésta manera por una parte la credibilidad de los poderes del Estado, así como las autoridades que lo componen que no acepten o lleven a cabo las recomendaciones emitidas por la CNDH y por otra parte afectando lo que Ferrajoli denomina como la esfera de lo indecible aun por la mayoría.¹⁷⁰

¹⁶⁹ GONZÁLEZ, Luis Raúl, “Consideraciones sobre el comienzo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, *Derechos humanos México*, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Número 1, Año 1, México, 2006, p. 44.

¹⁷⁰ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y garantías: la ley del más débil”, op. cit. pp. 51-52. Consultar nota al pie número 19, página 17.

1.7 Consideraciones del Poder Judicial de la Federación sobre las actuaciones de la CNDH

Las tesis aisladas, que existen sobre las actuaciones de la CNDH y sus análogas en las entidades federativas, establecen que no se consideran actos de autoridad las recomendaciones que emiten estos organismos, porque son resoluciones no vinculatorias, es decir, carecen de la fuerza coercitiva y sanción en caso de incumplimiento.

A continuación presentaremos los párrafos que consideramos más trascendentes para esta investigación, de algunas de las tesis aisladas emitidas por el Poder Judicial de la Federación que examinan el tema:

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. SUS RECOMENDACIONES NO TIENEN EL CARÁCTER DE ACTOS DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO.

Por tanto la resolución final que dicte la citada comisión en las quejas y denuncias correspondientes no tiene el carácter de acto de autoridad para los efectos del juicio de amparo, ya que de acuerdo con la normatividad que la rige carece de los atributos esenciales que caracterizan a todo acto de esa naturaleza; puesto que además de que dichas recomendaciones no pueden ser exigidas por la fuerza no anulan o modifican los actos contra los que se haya formulado la queja o denuncia; pues las autoridades a las que se dirigen pueden abstenerse de realizar lo que se les recomienda; careciendo por tanto la recomendación de fuerza compulsora.¹⁷¹

En la tesis transcrita, los magistrados destacan el hecho de que las recomendaciones emitidas por la CNDH o sus similares estatales, por su propia naturaleza, no son obligatorias para las autoridades a las que se dirigen, esto es porque al ser no vinculatorias no son imperativas, ni coactivas.

Agregando además que las recomendaciones no tienen el carácter de acto de autoridad para efectos del amparo, debido a que dichas resoluciones no anulan ni modifican los actos contra los que se formulo la queja o denuncia de los particulares.

¹⁷¹ TESIS AISLADA, Sala o Tribunal emisor: Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.- 9ª Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IX, Abril de 1999, Página: 507, Tesis: VI.3o.16 K Materia(s): Común, Registro No. 194175.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, diciembre de 1998, página 223, tesis P. XCVII/98, de rubro: "Comisión Nacional de Derechos Humanos. Es improcedente el amparo en contra de la declaratoria de incompetencia para conocer de una denuncia de violación a derechos humanos, por no ser un acto de autoridad".

En la tesis que se transcribe a continuación se presenta el mismo criterio sobre el tema que nos ocupa:

IMPROCEDENCIA. CAUSAL PREVISTA EN LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTÍCULO 73, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1o., AMBOS DE LA LEY DE AMPARO, CUANDO SE RECLAMA POR SÍ MISMO EL POSIBLE INCUMPLIMIENTO DE UNA RECOMENDACIÓN EMITIDA POR ALGUNA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, NACIONAL O INTERNACIONAL.

*El potencial incumplimiento a esas obligaciones (traducido en actos positivos o negativos), que repercute en la esfera jurídica de los particulares, es lo que da lugar al surgimiento de un derecho público subjetivo a favor de éstos, que les permite, en términos del marco constitucional de la nación, acudir al **juicio de amparo, instrumento de control constitucional que garantiza el respeto, tutela o reparación, según el caso, de los derechos fundamentales reconocidos y jurídicamente provistos de esa garantía de protección;** (...)*

*En consecuencia, es de concluirse que **si las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos (que tampoco constituyen actos de autoridad para efectos del amparo), no tienen el carácter de vinculantes, al no existir una obligación legal de su acatamiento forzoso, ni un procedimiento constitucionalmente creado hasta el momento para lograr asignarles ese carácter, es evidente entonces que el comportamiento indiferente o de omisión respecto de acatar o no el contenido de las sugerencias (no órdenes) contenidas en la recomendación de que se trate, no representa el incumplimiento a un deber por parte del órgano estatal o Estado mismo al que se dirija, como acto de autoridad para los efectos del amparo, de acuerdo con la normatividad constitucional y legal existente en este país, hasta este momento; de manera que la pretensión de reclamar mediante el juicio de garantías, por sí mismo y genéricamente, un posible "incumplimiento" al contenido de una recomendación de alguna comisión de derechos humanos, sea nacional o internacional, produce la actualización de la causal de improcedencia a que se refiere el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo 1o., ambos de la Ley de Amparo.***¹⁷²

Destacaremos que la misma opinión tiene el Poder Judicial de la Federación sobre las comisiones de internacionales, a las que ha estudiado como similares a las nacionales.¹⁷³

Como podemos apreciar la comisión no representa una autoridad jurídica, solamente funge como una autoridad moral que emite recomendaciones, que

¹⁷² TESIS AISLADA, Sala o Tribunal emisor: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVIII, Julio de 2003 Página: 1120, Tesis: II.2o.P.76 P, Materia(s): Penal, Común, Registro No. 183815, de rubro: "*Improcedencia. causal prevista en la fracción XVIII del artículo 73, en relación con el artículo 1o., ambos de la Ley de Amparo, cuando se reclama por sí mismo el posible incumplimiento de una recomendación emitida por alguna comisión de derechos humanos, nacional o internacional*".

¹⁷³ Cfr. TESIS AISLADA, Sala o Tribunal emisor: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, Julio de 2003 Página: 1047, Tesis: II.2o.P.72 P, Materia(s): Penal, Común, Registro No. 183900 de rubro: "*Comisión interamericana de derechos humanos. Amparo improcedente cuando se reclama por sí mismo el incumplimiento de una recomendación no vinculante*".

podemos considerar normas de moralidad positiva dentro del modelo teórico de Austin.

Y las interpretaciones, que ha realizado hasta este momento el Poder Judicial Federal establecen que al ser resoluciones que no tendrá carácter imperativo para la autoridad o servidor público a los cuales se dirigirá y, en consecuencia, no pueden por sí mismas anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o denuncia, no pueden ser consideradas como actos de autoridad para el juicio de amparo dado que sus recomendaciones no son mandatos.

2. El elemento mandato en el modelo teórico de Austin y las recomendaciones de la CNDH

Como se desprende de las observaciones que hemos realizado, en los anteriores apartados, las recomendaciones no tienen las mismas características, ni finalidades del mandato.

Esto se debe principalmente a que el término mandato siempre posee una connotación coercitiva o imperativa, como se desprende de su significado lingüístico, que nos indica que es la *“orden que el superior impone a los súbditos”*,¹⁷⁴ o la *“orden que un superior da sus subordinados”*.¹⁷⁵

En términos jurídicos al existir un mandato también está presente una relación de supra a subordinación, que implica la relación existente entre dos sujetos, por una parte un superior o autoridad representado por el Estado, así como sus órganos y por otra parte se encuentra un súbdito o subordinado que es el particular quien debe obedecer los mandatos dictados por la autoridad y en caso de desobedecer a las ordenes el particular esta sujeto a una sanción.

Debemos recordar que Austin al explicar el término mandato, expresa que solamente las leyes propiamente dichas pueden ser consideradas mandatos porque son las únicas normas dictadas por la autoridad o soberano

¹⁷⁴ RODRÍGUEZ, Arturo, (Coord.), *“El pequeño espasa diccionario enciclopédico”*, op. cit., p. 875.

¹⁷⁵ VALLETA, Laura, *“Diccionario jurídico”*, op. cit. , p. 426.

de una sociedad política independiente, que en caso de incumplimiento puede imponer una sanción jurídica o en palabras de Austin.

Un mandato es, por consiguiente, la manifestación de un deseo. Pero hay una peculiaridad que lo hace distinguirse de otras manifestaciones de deseos: que aquel al que se dirige esté expuesto a un daño por parte de otro, en el caso de que no cumpla con su deseo. Al estar sujeto a un daño si no me conformo al deseo que tu expreses, estoy sujeto u obligado por tu mandato, o me encuentro bajo el deber de obedecerte. Si a pesar del daño probable, no me pliego al deseo que tu expreses, se puede decir que desobedezco al mandato o que transgredo al deber que impone.¹⁷⁶

Podemos desprender de lo anterior, que el mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo no por la forma en la cual se manifiesta, sino por el poder y la intención de quien lo emite de que en caso de que el deseo no sea satisfecho se infligirá un mal o un daño.

Siendo la coercitividad del mandato la característica que se tomará como punto de referencia para establecer su diferencia con las recomendaciones que emite la CNDH, que poseen como característica esencial la no vinculación.

Es necesario recordar que las recomendaciones se diferencian del mandato desde su significado lingüístico, ya que se definen como: el “*encargo o suplica que se hace a alguien, poniendo algo a su cuidado y diligencia*”¹⁷⁷, o bien “*aconsejar algo a alguien para bien suyo*”¹⁷⁸, entendiéndose por consejo a la opinión que emite alguien sobre un asunto concreto que se puede seguir o no.

A continuación analizaremos las características de las recomendaciones que emite la Comisión.

2.1 Características y efectos de las recomendaciones

La norma fundamental establece en su artículo 102 apartado B párrafo segundo, las características que poseerán las recomendaciones que emitan las instituciones que conforman las garantías no jurisdiccionales de los derechos fundamentales de la siguiente manera: “*Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias*”.

¹⁷⁶ AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit. p. 37. Consultar nota al pie número 70, página 74.

¹⁷⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “*Diccionario de la lengua española*”, op. cit. p. 1915.

¹⁷⁸ Ídem.

La Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sigue a la letra lo establecido por la Constitución, estableciendo en su artículo 6 fracción III como parte de sus atribuciones el formular recomendaciones públicas no vinculatorias.¹⁷⁹

Esta misma ley establece en su artículo 46 primer párrafo en que consistirá la no vinculación, estableciendo que las recomendaciones no poseen un carácter coactivo para las autoridades o servidores a las que se dirijan y por lo tanto no pueden modificar, anular o afectar de alguna manera los actos u omisiones por los que se presentó la queja o denuncia. A la letra este artículo dice lo siguiente:

Artículo 46.- La recomendación será pública y no tendrá carácter imperativo para la autoridad o servidor público a los cuales se dirigirá y, en consecuencia, no podrá por sí misma anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o denuncia.

De lo mencionado anteriormente podemos concluir que las recomendaciones se caracterizan por ser no vinculantes, a continuación analizaremos esta particularidad.

2.1.1 Carácter no vinculatorio de las recomendaciones y sus efectos

Desde el criterio jurídico las resoluciones vinculatorias son aquellas con carácter obligatorio o imperativo, es decir aquellas decisiones o actos que crean deberes u obligaciones y que cuentan con carácter coercitivo, por lo que se pueden imponer sanciones en caso de incumplimiento, por las autoridades que las dictan.

Ahora bien, nuestra norma suprema señala en su artículo 102 apartado B, que los organismos de protección de derechos humanos solamente dictarán recomendaciones de carácter no vinculatorio, es decir carentes de poder coercitivo para hacerse obedecer, lo que conlleva la imposibilidad de sancionar su incumplimiento.

¹⁷⁹ Artículo 6o.- La Comisión Nacional tendrá las siguientes atribuciones: (...) III. Formular recomendaciones públicas no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas, en los términos establecidos por el artículo 102, Apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Destacando que esta característica no es privativa de los organismos no jurisdiccionales de nuestro orden constitucional, sino que es parte de la esencia de todos los organismos que se ha formado con base en la figura del Ombudsman, por tanto podemos establecer que las razones que imposibilitan la obligatoriedad de las recomendaciones de estos organismos se basan en la naturaleza de la institución.

Ya que como recordaremos el Ombudsman tiene, como uno de sus rasgos esenciales, la facultad de emitir recomendaciones no vinculatorias en donde se proponen las soluciones o medidas adecuadas según la comisión que evitan o sanan las violaciones a los derechos de los particulares por parte de la autoridad y pueden hacer las recomendaciones dictadas de conocimiento público.

Porque, como hemos afirmado anteriormente, la fuerza de los organismos no jurisdiccionales de protección a los derechos fundamentales, se basa en el apoyo que le brinda la opinión pública a sus recomendaciones, para conseguir que las autoridades las acepten y acaten.

Sobre este tema el Dr. Miguel Carbonell establece lo siguiente: *“Las recomendaciones de la Comisión no son obligatorias ni lo podrían ser porque la lógica que rige el funcionamiento de los ombudsmen no se basa en el respaldo de la fuerza, sino en respaldo que en los Estados democráticos, da la autoridad moral de quien emite una recomendación”*.¹⁸⁰

Además las recomendaciones carecen del carácter obligatorio o vinculatorio, según los términos que utiliza nuestra norma fundamental, debido a que los organismos de protección no jurisdiccional se crearon para tutelar de manera preventiva y sencilla los derechos fundamentales que pueden verse afectados por acciones u omisiones de naturaleza administrativa, sin intervenir en las competencias del Poder Judicial.

Por lo que sus procedimientos son más breves, sencillos, rápidos y flexibles, en donde se busca un contacto directo entre quejosos, denunciante y

¹⁸⁰ CARBONELL, Miguel, *“Los derechos fundamentales en México”*, op. cit., p. 94.

autoridades, para lograr la conciliación de los asuntos de los que conoce dicha comisión.

Es debido a esto, que si fuesen obligatorias sus recomendaciones para las autoridades a las que se dirigen, se transformarían en decisiones jurisdiccionales y, por tanto los citados organismos se convertirían en verdaderos tribunales, con todas las complicaciones que esto conlleva.

Y los fines que persigue la institución del Ombudsman son auxiliar a defender los derechos fundamentales afectados por actos u omisiones de naturaleza administrativas, no sustituir a los tribunales en la defensa de los derechos fundamentales de los gobernados que fueron violados por actos u omisiones de la autoridad.

3. La no vinculación y el elemento de sanción

Como explicamos anteriormente el carácter no vinculatorio de las resoluciones que formulan los organismos de protección no jurisdiccional se deriva por una parte del significado lingüístico del término recomendación que nos indica una sugerencia o un consejo, y por otra parte de la naturaleza que posee la institución del Ombudsman como a continuación lo señalaremos.

Nos referimos al significado lingüístico del término “recomendación”, porque en el momento en el que un consejo o sugerencia se vuelve vinculatorio para el sujeto al que se dirige, deja de ser una recomendación para convertirse en un mandato u orden.

De lo anterior podemos concluir que el carácter no vinculatorio es la esencia misma de toda recomendación.

Además del carácter no vinculatorio que poseen estas recomendaciones se desprende de la naturaleza la institución del Ombudsman, que solamente puede emitir opiniones o resoluciones de carácter optativo para la autoridad que puede decidir o no llevar a cabo sus resoluciones.

Debido a que la finalidad de Ombudsman es auxiliar en la defensa de los derechos fundamentales afectados por actos u omisiones de naturaleza administrativa, no sustituir o invadir la competencia del Poder Judicial Federal,

que es el único poder constitucionalmente facultado para proteger los derechos fundamentales de las personas.

Esto lo mencionamos, porque en el caso de que estos organismos emitieran decisiones imperativas para las autoridades, se transformarían en decisiones jurisdiccionales, anulando la naturaleza del Ombudsman.

Siendo necesario establecer que el carácter no vinculatorio de estas resoluciones se encuentra explicado en la Ley de la CNDH en su artículo 46 primer párrafo que establece que las recomendaciones dictadas por la comisión no pueden por sí mismas anular, modificar o dejar sin efectos las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o denuncia.

Ahora bien, este apartado tiene como propósito desarrollar las consecuencias de la no vinculación en el modelo teórico jurídico de John Austin, como el elemento que impide que las recomendaciones emitidas por la CNDH cuenten por sí solas con sanciones jurídicas en caso de incumplimiento.

Para ello es necesario recordar que Austin manifiesta que las leyes positivas son aquellas que están únicamente conformadas por los mandatos dictados por una autoridad soberana, que esta facultada para imponer sus deseos a los súbditos de una sociedad políticamente independiente, y que cuenta con la posibilidad de sancionarlos en caso de incumplimiento.

Entendiendo por sanción el daño que probablemente se le aplicará al sujeto que desobedezca un mandato dictado por la autoridad o en las propias palabras del autor, la sanción es:

El daño que probablemente se aplicara en el caso de desobediencia de un mandato, o (si se usa una expresión equivalente) en el caso de transgresión de un deber, se llama generalmente sanción o imposición coactiva de la obediencia; en otros términos, se dice que el mandato o el deber son sancionados o impuestos coactivamente por la posibilidad de sufrir un daño.¹⁸¹

Como podemos apreciar la sanción es el elemento que le da eficacia al mandato, ya que sin el temor de una posible sanción en caso de incumplimiento a la orden de la autoridad esta carece de fuerza, porque el mandato se caracteriza por tener un carácter coercitivo.

¹⁸¹ AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 37.

Al respecto Austin consideraba que cuanto mayor fuera el daño o la sanción contemplada en caso de incumplimiento, así como la posibilidad de que se impusiera, mayor sería la eficacia del mandato pues menos sujetos se arriesgarían a sufrir la sanción, agregando además que en el caso de que la sanción fuera mínima, aún así existiría, y por tanto también existiría el mandato y el temor por parte de los sujetos de que ésta se les impusiera en caso de incumplimiento.¹⁸²

Pero, como ya establecimos en los apartados anteriores, la CNDH al igual que el resto de organismos no jurisdiccionales de derechos fundamentales no son considerados autoridades para efectos del modelo teórico jurídico de John Austin, debido a que no pueden dictar mandatos.

De lo anterior se deriva que solamente se pueden considerar dentro del modelo teórico como autoridades morales, que basan su fuerza en la publicidad de sus recomendaciones que carecen de carácter imperativo y por tanto también carecen de la posibilidad de sancionar jurídicamente el incumplimiento de sus resoluciones, como lo explicaremos con mayor profundidad a continuación.

3.1 Características de la no vinculación y efectos en el modelo teórico de John Austin

Las recomendaciones se diferencian de los mandatos porque carecen de carácter imperativo, esto quiere decir que las recomendaciones que dictan la CNDH no cuentan con carácter obligatorio y no crean un deber de obedecer por parte de las autoridades a las que se dirigen.

Esto se debe en principio a que la CNDH no es considerada una autoridad que pueda establecer resoluciones obligatorias, porque la institución del Ombudsman sueco en la que se basaron nuestros organismos de protección no jurisdiccional tiene como una de sus características esenciales la no vinculación de sus recomendaciones, por las razones que ya explicamos anteriormente.

¹⁸² Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., pp. 38,39.

Respetando esa característica nuestra norma fundamental establece en su artículo 102 apartado B y la ley de la CNDH que las recomendaciones no pueden por sí solas modificar, anular o dejar sin efectos los actos u omisiones de naturaleza administrativa que dañaron los derechos fundamentales de los particulares.

Por lo que podemos afirmar que las recomendaciones son solamente sugerencias u observaciones propuestas por la CNDH y organismos análogos, de cómo la autoridad puede evitar dañar los derechos de los particulares con sus acciones u omisiones de naturaleza administrativa, o de cómo se pueden reparar estos daños una vez que ya fueron causados, pero sin que estos consejos deban ser forzosamente llevados a cabo y por tanto no existen sanciones jurídicas.

Al respecto el Ministro Gudiño Pelayo afirma lo siguiente:

En tal virtud, cuando el apartado B del artículo 102 constitucional dispone que las recomendaciones no son vinculatorias, trata de expresar que no puede establecerse ninguna obligación a cargo del servidor público o autoridad a quien va dirigida. Razón por la cual su no aceptación, tácita o expresa, no puede traer para éstos ningún tipo de consecuencia, molestia o afectación, jurídicas o materiales, pues estas sólo se justificarían en lo constitucional como sanción por el incumplimiento de una obligación, que en el presente caso, como ha quedado demostrado, no existe. Es indudable que donde no existe obligación de cumplir no puede existir sanción.¹⁸³

De lo anterior se desprende que la CNDH no puede ser considerada como una autoridad para el modelo teórico de John Austin, ya que para este autor la autoridad es quien cuenta con facultades para emitir mandatos jurídicos para una sociedad política independiente que deben ser forzosamente obedecidos y que cuentan con sanciones en caso de incumplimiento.

El problema que se presenta en el caso de la CNDH como mencionamos es que no emite mandatos, es decir, ordenes que deban ser obedecidas por los sujetos a los que se dirigen, debido a que *no van acompañadas del signo más característicos de la autoridad: la coerción, que es la amenaza de aplicar la*

¹⁸³ GUDIÑO, José de Jesús, “El Estado contra sí mismo. Las comisiones gubernamentales de derechos humanos y la deslegitimación de lo estatal”, op. cit. p. 244.

*fuerza en caso de que no se observe lo que ordena el acto de autoridad en cuestión.*¹⁸⁴

De lo que se deriva que la función del *Ombudsman* nacional, no se apoya en el ejercicio de la fuerza coercitiva o la imposición de sanciones en caso de incumplimiento, sino que se respalda en la autoridad moral y en la confianza de los particulares que acuden a ella.¹⁸⁵

Y en consecuencia la CNDH, a la luz de la teoría de John Austin no reúne los requisitos para ser considerada como autoridad debido a que sus recomendaciones no pueden ser consideradas mandatos por la imposibilidad de exigir su cumplimiento a las autoridades hacia las que se dirigen.

Volviéndose de esta manera en una autoridad moral dentro del modelo teórico de Austin, es decir una figura que emite recomendaciones o normas de moralidad positiva que pueden ser sancionadas en caso de incumplimiento solamente por la opinión pública, debido a que no tienen una sanción jurídica.

Es necesario destacar que este tema se desarrolló de manera global, tomando en cuenta los tres elementos del modelo teórico jurídico de John Austin que conforman las leyes positivas, es decir los términos: autoridad, mandato y sanción, para demostrar que éstos se encuentran como lo establece el autor *“inseparablemente relacionados”*. Ya que como él afirma las nociones de mandato, deber y sanción se refieren a un mismo concepto, aunque cada uno lo denote de manera diferente.¹⁸⁶

Concluyendo que cada noción, implica a las dos restantes definiciones y la relación que existe entre ellas es puramente lógica, porque no supone que alguno de estos elementos tenga primacía sobre las restantes.

¹⁸⁴ Cfr. CARBONELL, Miguel, *“Los derechos fundamentales en México”*, op. cit., p. 94.

¹⁸⁵ Cfr. CARBONELL, Miguel, *“Los derechos fundamentales en México”*, op. cit., p. 94.

¹⁸⁶ Cfr. AUSTIN, John, *“El objeto de la jurisprudencia”*, op. cit., p. 40.

4. Eficacia de las resoluciones de la CNDH

Este apartado tiene como propósito esencial estudiar la eficacia de las recomendaciones dictadas por la comisión en el mundo fáctico, debido a que esta investigación tienen como uno de sus propósitos establecer si las recomendaciones al ser no vinculatorias y por tanto carecer de sanciones son obedecidas por la autoridad moral de la institución que las dicta, en este caso nos referimos de manera exclusiva a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

A continuación, estableceremos el significado gramatical del término eficacia para posteriormente revisar su connotación jurídica, ya que como se demostrará sus significados son muy parecidos en ambos caso.

El significado gramatical del término eficacia es el siguiente: “*capacidad para producir un efecto, aptitud*”,¹⁸⁷ o bien se entiende por eficacia la “*virtud, actividad, fuerza y poder*”,¹⁸⁸ o “*resultado provechoso de una acción o de una actividad*”.¹⁸⁹

Por su parte los diccionarios jurídicos señalan que eficacia quiere decir: “*virtud, actividad, efecto o consecuencia, poder, influencia, fuerza, validez, resultado adecuado, éxito de un procedimiento, sistema, medio o recurso*”.¹⁹⁰

Mientras que el término eficaz quiere decir: “*poderoso para obrar, que logra hacer efectivo un intento o propósito*”,¹⁹¹ o “*activo, fervoroso, poderoso para obrar, que logra hacer efectivo un intento o propósito*”,¹⁹² siendo algunos de sus sinónimos *fuerte, enérgico y eficiente*.¹⁹³

En términos generales, el calificativo de eficaz puede darse a algo o alguien en función de sus fines y del poder o posibilidad de conseguir llevarlos a

¹⁸⁷RALUY, Antonio y Francisco MONTEVERDE, “*Diccionario porrúa*”, 34ª edic., Porrúa, México, 1992, p. 267.

¹⁸⁸ “*Diccionario hispánico universal*”, Tomo I (A - F), 18ª edic., W.M. Jackson, Inc. Editores, México, 1973, p.527.

¹⁸⁹ “*Diccionario enciclopédico Bruguier*”, Tomo II (D-LL), Juan Bruguier Editor, Barcelona – España, 1959, p. 237.

¹⁹⁰ CABANELLAS, Guillermo, “*Diccionario enciclopédico de derecho usual*”, Tomo II (D-E), 20ª edic., Heliasta, Argentina, 1981, p.380.

¹⁹¹ “*Diccionario hispánico universal*”, op. cit. p. 527

¹⁹² “*Diccionario enciclopédico Bruguier*”, op.cit., p. 237.

¹⁹³ RODRÍGUEZ, Arturo, (Coord.), “*El pequeño espasa diccionario enciclopédico*”, op.cit. p. 484.

cabo, ya que entre más alta sea esta posibilidad de concluir con éxito los fines que persigue, más eficaz se considera.

Lo mismo sucede en el caso de las normas jurídicas, debido a que entre mayor sea la obediencia que poseen o la manera en que se cumplan se consideran que son más eficaces.

En el apartado siguiente realizaremos un estudio más detallado del significado del término “eficacia”, así como de su connotación jurídica.

Para finalmente establecer que tan eficaces son las recomendaciones de los organismos no jurisdiccionales de los derechos fundamentales en el mundo fáctico, al no ser mandatos por no poseer un carácter imperativo, es decir no sancionables jurídicamente en caso de incumplimiento, todo ello desde el modelo teórico del filósofo del derecho John Austin.

4.1 Concepto de eficacia y elementos

Retomaremos como significado lingüístico de la palabra eficacia al “*resultado provechoso de una acción o de una actividad*”,¹⁹⁴ debido a que es el significado que posee una connotación de causa – efecto, y el propósito específico de este apartado es ver los resultados que producen en el mundo fáctico las recomendaciones que dicta la CNDH.

Así mismo, como pudimos apreciar anteriormente, el significado jurídico de este término es muy similar al gramatical, porque tanto en el lenguaje común como en el legal la palabra eficaz implica realizar o hacer efectivo una finalidad o propósito específico.¹⁹⁵

En el caso específico de la eficacia en el ámbito jurídico, los filósofos del derecho son quienes se han interesado en estudiar en que consiste esa efectividad de las normas jurídicas en el mundo práctico, y cuando se puede establecer o decir que una normatividad es eficaz, es decir que consigue los resultados que perseguía cuando fue establecida por la autoridad. Así el Doctor Rolando Tamayo y Salmorán señala que:

¹⁹⁴ “Diccionario enciclopédico Bruguier”, Tomo II (D-LL), op. cit. p. 237

¹⁹⁵ Cfr. “Diccionario hispánico universal”, op. cit. p. 527

*Si partimos de la idea de que la eficacia quiere decir conformidad del comportamiento con lo dispuesto en una norma, entonces una legislación será eficaz si los actos de los destinatarios se conforman con lo dispuesto por el texto legislativo. Por el contrario, una legislación no es eficaz cuando no es observada.*¹⁹⁶

Sobre el tema de la eficacia en el derecho, la jurista Leticia Bonifaz Alfonso establece que *“como ha quedado asentado, en términos generales se puede establecer que un sistema jurídico es más o menos eficaz cuando sus normas son constantemente obedecidas por la mayoría, son constantemente aplicadas, producen sus efectos o cumplen sus fines o propósitos”*.¹⁹⁷

De lo anterior podemos desprender que la obediencia va ligada al concepto de la eficacia jurídica, es decir la norma jurídica será eficaz si es observada y aplicada, es decir llevada a cabo y que sucede en el caso de que no sea así.

Por lo que la obediencia, la aplicación y la sanción van a ser los elementos que nos hagan presuponer la eficacia de la norma jurídica, a continuación los analizaremos brevemente.

Así para efectos de este estudio epistemológico, las recomendaciones que emite la comisión serán consideradas como eficaces solamente en el caso de que sean obedecidas por las autoridades hacia las que se dirigen, en otras palabras sí logran hacer efectivas en el mundo fáctico sus resoluciones se les consideraran de ésta manera.¹⁹⁸

4.1.1 Obediencia

Por obediencia entenderemos al cumplimiento de las normas que realizan de manera habitual los particulares y autoridades obligadas a obedecer las normas jurídicas o mandatos.

¹⁹⁶ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *“Introducción al estudio de la Constitución”*, 2ª edic. UNAM, 1986. p. 310, Citado por BONIFAZ, Leticia, *“El problema de la eficacia en el derecho”*, 2ª edic. Porrúa, México, 1999, p. 4.

¹⁹⁷ BONIFAZ, Leticia, *“El problema de la eficacia en el derecho”*, op. cit., p. 57.

¹⁹⁸ Al respecto Giuseppe Lumia dice que: *“la eficacia de las normas consiste en la conformidad de la conducta de los destinatarios con el modelo prescrito”*, LUMIA, Giuseppe *“Principios de teoría e ideología del derecho”*, Debate, Madrid, 1982, p. 49, Citado por BONIFAZ, Leticia, *“El problema de la eficacia en el derecho”*, op. cit., p. 4.

La importancia de la obediencia como uno de los elementos de la eficacia, es que como recordaremos, John Austin establece que la obediencia habitual de los súbditos o sujetos a los que se dirige la norma jurídica es la fuente última de validez del sistema.

Ya que no es la norma suprema dada, ni las normas jurídicas que de ella se desprenden las que le da validez a un sistema jurídico y a la autoridad, sino que es la colectividad la que tiene la facultad de modificar esa estructura o sistema a través de su obediencia habitual que es la cualidad que la conserva y constituye.¹⁹⁹

Siguiendo con la teoría de Austin sobre la autoridad y la obediencia que le brindan los súbditos a ésta, podemos decir que este hábito de obediencia tiene su origen parcialmente, en caso todas las sociedades en la costumbre y en la percepción por parte de la mayoría de la utilidad de instaurar un Estado político en vez de pertenecer al estado de naturaleza o anarquía.

Agregando al respecto, que las causas de la obediencia que son particulares a sociedades específicas, pertenecen al ámbito de la historia de cada una de ellas y que por la amplitud de este tema no es nuestro propósito abarcarlas en esta investigación.²⁰⁰

Por lo que la eficacia de nuestras normas jurídicas se basa en la obediencia que les brinden los sujetos a los que se dirigen, y en el caso específico de las recomendaciones que dictan los organismos no jurisdiccionales de los derechos fundamentales, la eficacia se deriva de la obediencia que les otorguen las autoridades a sus resoluciones.

Es por ello que si la CNDH y las comisiones estatales dictan recomendaciones que no son obedecidas por las autoridades, se les puede calificar a dichas determinaciones como ineficaces.

¹⁹⁹ Cfr. TURÉGANO, Isabel, "*Derecho y moral en John Austin*", op. cit., p. 345.

²⁰⁰ Cfr. AUSTIN, John, "*El objeto de la jurisprudencia*", op. cit. p. 289.

4.1.2 Aplicación y sanción

Por aplicación de los mandatos, entenderemos a la conducta de los órganos que se deriva como consecuencia de la falta de cumplimiento voluntario por parte de los particulares o autoridades a las que se dirige la norma en casos concretos.

Este tema lo trataremos conjuntamente con la sanción, porque la fuerza de la ésta es determinante para conseguir conductas acordes a lo que el mandato dicta u ordena, logrando que una norma sea o no eficaz.

Esto es debido a que, como lo establece John Austin la sanción es el daño que probablemente se le aplicara al sujeto que desobedezca el mandato que dicta el soberano o autoridad y el temor a que se aplique este daño es el que ayuda al cumplimiento de la norma jurídica.

Y cuanto mayor sea el mal en que se incurre cuando se incumple un mandato y mayor sea su posibilidad de ser impuesto, su eficacia del mandato será mayor, pues menos sujetos obligados se arriesgaran a sufrir la sanción.²⁰¹

Al respecto la jurista Leticia Bonifaz establece lo siguiente:

Debemos insistir en que no va a ser suficiente la previsión hipotética de la sanción para lograr eficacia. Es posible que, en algunos casos, la sola amenaza plasmada hipotéticamente en la norma logre que las personas cumpla con su deber, sin embargo es indispensable contar con el apoyo de otros factores, ya que la sanción hipotética ira perdiendo fuerza en la medida en que se conozcan las dificultades reales de su aplicación.²⁰²

Por lo que, siguiendo el pensamiento de esta jurista, hay dos niveles de amenaza el normativo y el uso real de la fuerza, en donde “*con la sanción como amenaza se busca lograr el cumplimiento espontáneo del deber, en cambio con la coacción se logra el cumplimiento forzado del deber o, la aplicación de un castigo por el deber incumplido*”.

Y la norma jurídica será por tanto eficaz cuando en caso de incumplimiento, posea prevista una sanción que pueda hacer cumplir en el mundo real, es decir además de encontrarse en el papel la norma debe hacerse efectiva en el mundo fáctico por la autoridad que este encomendada de vigilar

²⁰¹ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 38.

²⁰² BONIFAZ, Leticia, “*El problema de la eficacia en el derecho*”, op. cit., p. 131.

el cumplimiento de ese orden normativo, ya que de no ser posible imponer una sanción la norma no sería realmente efectiva.²⁰³

4.2 La no vinculación de las recomendaciones y su eficacia práctica

A lo largo de este último capítulo hemos observado como la CNDH no es una autoridad a la luz del modelo teórico de Austin, lo cual se debe por una parte a que no posee el elemento de obediencia que las caracteriza y por otra a que este tipo de institución no emite mandatos sino recomendaciones.

Siendo esta última condición la que puede afectar más su imposibilidad de ser considerada como noción de derecho en la teoría de John Austin, por el hecho de que dichas decisiones al no ser mandatos no resultan generar un efecto práctico en la sociedad.

Un ejemplo claro de la ineficacia de las resoluciones de la CNDH es lo sucedido con la recomendación No. 38/2006 que tiene como rubro: “Sobre el caso de los hechos de violencia suscitados los días 3 y 4 de mayo de 2006 en los Municipios de Texcoco y San Salvador Atenco, Estado de México”, que se emitió el 16 de octubre de ese mismo año.

Esta recomendación es el resultado de la investigación que realizó la CNDH de la queja que inicio de oficio, sobre los enfrentamientos violentos entre habitantes de los municipios de Texcoco y San Salvador Atenco, Estado de México, y 700 elementos de la Policía Federal Preventiva, 1,815 elementos de la Agencia de Seguridad Estatal y, al menos nueve, policías municipales de Texcoco, lo que dio como resultado el fallecimiento de dos personas, una de ellas menor de edad, así como la detención de 207 personas más.

La CNDH a través de sus visitadores adjuntos levanto 207 actas circunstanciadas de las personas detenidas en diversos Centros Preventivos y de Readaptación Social, Ministerios Públicos y hospitales del Estado de México,

²⁰³ Al respecto la jurista Leticia Bonifaz establece lo siguiente: “*Para efectos de búsqueda de eficacia, obviamente una norma que carece de sanción debiendo tenerla, tendrá menor fuerza persuasiva y será altamente probable su ineficacia. En algunos caso la imprevisión puede ser resultado de un descuido legislativo. En otros, puede no existir voluntad real de operatividad de la norma o la autoridad saber que, por el momento es imposible establecer y operar un sistema coactivo complementario*”, BONIFAZ, Leticia, “*El problema de la eficacia en el derecho*”, op. cit., p. 136.

así como de los extranjeros que se encontraban en estaciones migratorias del Instituto Nacional de Migración de la Ciudad de México.

La investigación realizada consta de 212 expedientillos (sic.)²⁰⁴ relativos a cada uno de los agraviados, dentro de los cuales constan, entre otras evidencias, actas circunstanciadas de diversas diligencias realizadas por personal de esta Comisión Nacional, material fotográfico, certificaciones médicas y, en 26 casos, los informes relativos a la aplicación del Protocolo de Estambul, que contienen las opiniones emitidas por peritos de esta Comisión Nacional.

Concluyendo que se habían cometido múltiples violaciones a los derechos fundamentales de los pobladores de estas comunidades, por parte de las autoridades del Estado de México entre las que destacan las siguientes:

- ✓ **La detención arbitraria** de 145 personas en el interior de sus casas, así como de 5 extranjeros que de igual forma fueron detenidos de forma arbitraria y con uso de violencia por las corporaciones policíacas.
- ✓ **Trato cruel y/o degradante** en el momento en el que se llevó a cabo su detención, así como cuando fueron trasladadas a las instalaciones de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México y a las del Centro Preventivo y de Readaptación Social “Santiaguito”, en Almoloya de Juárez, de la misma entidad.
- ✓ **Prácticas de allanamiento** a diversos domicilios de agraviados por parte de la Policía Federal Preventiva de la Secretaría de Seguridad Pública.
- ✓ **Incomunicación de las personas detenidas**, en virtud de que no se les permitió realizar comunicación personal o telefónica alguna, así como tampoco se les proporcionó información a sus familiares o amigos respecto de la situación física, de salud y jurídica que guardaban.

²⁰⁴ COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, “Informe de actividades 2006 del 1 de enero al 31 de diciembre”, II. Protección y defensa de los derechos humanos, B. Síntesis y seguimiento de las recomendaciones enviadas en el periodo del 1 de enero al 31 de diciembre de 2006, dirección de internet: http://www.cndh.org.mx/CDINFORME2006iMAGEN/INFORME_DE_ACTIVIDADES_2006_1.-htm

- ✓ **Tortura** por parte la Policía Federal Preventiva de la Secretaría de Seguridad Pública y de la policía del Estado de México que constan en actas circunstanciadas levantadas por Visitadores Adjuntos, en las que de manera individual, todas las personas detenidas refieren haber sido objeto de múltiples golpes, así como de amenazas y actos de intimidación y castigo por parte de los cuerpos policíacos.
- ✓ **El de abuso sexual y violación** en contra de 26 mujeres perpetrados por elementos policíacos durante la detención y traslado al Centro Preventivo y de Readaptación Social “Santiaguito”.
- ✓ **Contra el derecho a la vida** porque el 3 de mayo de 2006, durante el operativo desplegado por los cuerpos de seguridad del Estado de México y de la Policía Federal Preventiva, se transgredió el derecho a la vida del menor Javier Cortés Santiago y, el 4 de mayo de 2006, del joven Ollín Alexis Benhumea Hernández.

Por las transgresiones a los derechos fundamentales de los habitantes de estos municipios, es que la CNDH emitió la recomendación No. 38/2006 que consta de 1,960 hojas y dirigida al Secretario de Seguridad Pública Federal, al Gobernador constitucional de Estado de México y al Comisionado del Instituto Nacional de Migración, que se conforma a su vez de diversas recomendaciones dirigidas de manera particular a cada una de estas autoridades atendiendo a su competencia y responsabilidad en este caso.

A continuación enunciaremos de manera resumida algunas de ellas, ya que no es la finalidad de esta investigación estudiar este tema con la amplitud que merece, sino solamente ocuparlo como un caso práctico para ver la eficacia de las recomendaciones que emite la CNDH, por lo que solamente explicaremos si fueron o no aceptadas y llevadas a cabo por las autoridades a las que van dirigidas.

4.2.1 Al Secretario de Seguridad Pública Federal

PRIMERA. Se inicie y resuelva el procedimiento administrativo de responsabilidad en contra de los servidores públicos de la Policía Federal Preventiva y de los elementos comisionados por otras dependencias de seguridad pública involucrados en los hechos violentos.

SEGUNDA. Se establezcan ejes y acciones para la adecuada prevención del trato cruel y/o degradante, así como de la tortura, a través de la capacitación de los elementos de la Policía Federal Preventiva.

TERCERA. Se iniciara la averiguación previa por la comisión de los ilícitos penales en que, probablemente incurrieron los elementos de la Policía Federal Preventiva.

Pues bien el Secretario de Seguridad Pública Federal, mediante el oficio SSP/082/2006, del 31 de octubre de 2006, consideró no procedente aceptar la Recomendación que se le dirigió, en razón de que refirió que los elementos de la Policía Federal Preventiva que participaron en los operativos en el municipio de San Salvador Atenco, Estado de México, los días 3 y 4 de mayo de 2006, actuaron conforme a los principios constitucionales de legalidad, eficacia, profesionalismo y honradez, con pleno respeto a los Derechos Humanos de los manifestantes y de las personas que fueron detenidas en comisión flagrante de delito, actuando con sentido de oportunidad y prudencia, sin haberse excedido de la fuerza, al haber utilizado sólo la estrictamente necesaria para detener *in fraganti* a quienes se sorprendió cometiendo conductas probablemente delictivas.

4.2.2 Al Gobernador Constitucional del Estado de México

PRIMERA. Se inicie y resuelva el procedimiento administrativo de responsabilidad, en contra de los servidores públicos de la Agencia de Seguridad Estatal y sus corporaciones policiales, involucrados en los hechos de violencia.

SEGUNDA. Se emitan instrucciones, a efecto de que en términos de la responsabilidad solidaria del Estado, se realicen los trámites necesarios y de

inmediato se efectúe el pago de la reparación del daño o indemnización que proceda conforme a Derecho en favor de los deudos de Javier Cortés Santiago y Ollín Alexis Benhumea Hernández.

TERCERA. Se instruya a quien corresponda en el Gobierno de ese estado, a fin de que se realice un censo de los 207 agraviados detenidos los días 3 y 4 de mayo de 2006, con objeto de verificar y actualizar sus condiciones físicas y de salud, de tal manera que se les proporcione el apoyo que requieran en servicios médicos especializados, mediante el debido seguimiento y tratamiento de rehabilitación por las secuelas postraumáticas derivadas de la violencia de que fueron objeto por parte de los cuerpos policíacos de esa entidad federativa, incluyendo dentro de estas medidas los aparatos ortopédicos que su estado requiera, de ser el caso.

CUARTA. Se giren instrucciones a fin de que se continúe con las investigaciones correspondientes al homicidio de las personas señaladas, de tal manera que se realicen las diligencias que sean necesarias con objeto de determinar sobre la responsabilidad penal que en Derecho proceda y sancionar a los responsables.

En cuanto al Gobernador del Estado de México se considera parcialmente cumplida, en virtud de que mediante el oficio 148/2006, del 16 de octubre de 2006, suscrito por el Secretario General de Gobierno de la entidad federativa citada, aceptó, la recomendación que se le envió y ha informado a la CNDH a través de diversos oficios de las acciones que ha realizado para cumplirla.

Siendo necesario resaltar el hecho de que no ha acatado las trece recomendaciones que le fueron dirigidas sino solamente algunas y de manera parcial, ya que no se han aportado pruebas fehacientes o evidencias por parte del Gobernador que demuestren el cumplimiento de lo sugerido por la CNDH, por lo que no ha habido una resolución satisfactoria.

4.2.3 De forma conjunta, al Secretario de Seguridad Pública Federal y al Gobernador Constitucional del Estado de México

PRIMERA. Giren las instrucciones necesarias a fin de cumplir debidamente con lo solicitado en la Recomendación General 12, emitida por esta Comisión Nacional el 26 de enero de 2006, con especial énfasis en la capacitación periódica a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en los temas del uso de la fuerza, incluidos los del servicio pericial, autodefensa, primeros auxilios, técnicas de detención, sometimiento, aseguramiento, persuasión, negociación, mediación, comportamiento de multitudes, solución no violenta de conflictos, medios técnicos que limiten el empleo de la fuerza y de las armas de fuego, manejo de estrés; de igual manera, se impartan nociones básicas de derecho penal, administrativo y derechos humanos; se proporcione al personal respectivo el equipo adecuado de acuerdo con la naturaleza del cuerpo policiaco y de las funciones que realicen, además, se les capacite y adiestre en su manejo y únicamente se les autorice a portar armamento después de acreditar las evaluaciones correspondientes.

SEGUNDA. Giren instrucciones a efecto de que se otorgue a las personas que resultaron afectadas en su integridad física la reparación de los daños y perjuicios que, en cada caso, procedan conforme a Derecho.

La recomendación se considera parcialmente cumplida, en cuanto al primer punto que la integra porque mediante el oficio SGG/201/2006, del 29 de noviembre de 2006, y 202F7A000/DGAJ/11072/06, del 22 del mes y año citados, el Comisionado de la Agencia de Seguridad Estatal, informa que se han llevado a cabo cursos, diplomados y sesiones de capacitación y adiestramiento en el manejo de las armas de fuego y demás armamento, derechos humanos, etc., a elementos policiales de la Agencia de Seguridad.

Pero sin embargo, falta remitir las evidencias correspondientes al pago de la reparación de los daños y perjuicios que, en su caso, procedan en favor de las personas que resultaron afectadas en su integridad física.

4.2.4 Al Comisionado del Instituto Nacional de Migración

PRIMERA. Se inicie y determine, un procedimiento administrativo de investigación en contra de los servidores públicos de la Delegación Regional del Instituto Nacional de Migración en el Estado de México y de la Dirección de Control y Verificación Migratoria del mismo Instituto, por su probable responsabilidad administrativa e institucional, al iniciar y concretar un procedimiento administrativo de expulsión fuera de los márgenes previstos en la Constitución Federal y en la ley de la materia.

SEGUNDA. Gire instrucciones a efecto de que, derivado del estudio de las observaciones planteadas en esta Recomendación y del resultado del procedimiento de responsabilidades a que se refiere el punto anterior, se les restituya a los extranjeros sus derechos violados y, en su caso, se revise el procedimiento de expulsión.

En cuanto al Instituto Nacional de Migración, la Recomendación se considera parcialmente cumplida, en virtud de que mediante el oficio 690, del 24 de octubre de 2006, suscrito por el Comisionado, acepta dar vista al Órgano Interno de Control de la Secretaría de la Función Pública en dicho Instituto, para que inicie y determine conforme a Derecho un procedimiento administrativo de investigación y, de ser procedente, se estará en condiciones de atender el punto segundo de la Recomendación.

Pero aún falta que remitan las evidencias correspondientes al seguimiento y resolución definitiva del procedimiento administrativo iniciado en el citado órgano fiscalizador, en contra de los servidores públicos involucrados de la Delegación Regional de dicho Instituto en el Estado de México, así como las relativas a la revisión del procedimiento de expulsión de los cinco extranjeros relacionados con el asunto.

Como podemos apreciar los pobres y escasos resultados obtenidos en este caso práctico por la CNDH son consecuencia del hecho de que sus resoluciones al no ser obligatorias no son tomadas con seriedad por parte de las autoridades que pueden simplemente no aceptarlas o aceptarlas, y aún así

no acatarlas o acatarlas parcialmente, sin presentar evidencias que demuestren que fueron llevadas a cabo realmente.

Por lo que podemos afirmar que no poseen eficacia práctica en el mundo fáctico, ya que si bien realizan una labor de investigación exhaustiva de las quejas que les presentan o inician por oficio no pueden hacerlas cumplir debido a que no poseen la fuerza coactiva necesaria para exigir su cumplimiento o imponer sanciones en caso de incumplimiento, por el hecho de no emitir mandatos.

Ahora bien sobre la fuerza de la opinión pública que poseen en teoría sus recomendaciones, podemos decir que se contempla legalmente en el artículo 133 del Reglamento Interior de la CNDH que indica en su párrafo tercero que estas resoluciones se darán a conocer a la opinión pública mediante su publicación en la gaceta, los boletines de prensa y la página en internet de la Comisión Nacional, o a través de las acciones que realiza la Coordinación General de Comunicación y Proyectos de la CNDH.

Con el propósito de que las recomendaciones que emiten este organismo de protección no jurisdiccional, se den a conocer a la opinión pública, para lograr que la autoridad que violó los derechos fundamentales las acepte, las cumpla y corrija sus errores o no reincidan en ellos.

Pero en el caso de la recomendación No 38/2006 que emitió la CNDH sobre la comunidad de Atenco la opinión pública nacional y aún internacional no ejerció la suficiente fuerza para que las autoridades cambiaran de parecer y adoptaran o llevaran a cabo lo que se les recomendó, sino que aún con toda la presión social que ejercieron los medios de comunicación se ignoraron las resoluciones dictadas por la comisión.

Señalando de manera clara que estas recomendaciones carecen de fuerza para ser llevadas a cabo por las autoridades que no las consideran de ninguna manera vinculatorias, poniendo en duda la autoridad moral de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Y tristemente al igual que en el caso de Atenco, vemos que de acuerdo al informe de la CNDH del año 2006, las decisiones emitidas por este

organismo de protección no jurisdiccional de derechos fundamentales no han reflejado mayores resultados que transformen el mundo real.

Lo anterior, lo afirmamos, con base en el informe anual 2006 que señala en el rubro: *Síntesis y seguimiento de las recomendaciones enviadas en el periodo del 1 de enero al 31 de diciembre de 2006*, que se emitieron 46 recomendaciones a 60 autoridades con los resultados siguientes:²⁰⁵

SÍNTESIS Y SEGUIMIENTO DE LAS RECOMENDACIONES ENVIADAS EN EL PERIODO DEL 1 DE ENERO AL 31 DE DICIEMBRE 2006	
Aceptadas, con pruebas de cumplimiento parcial	33
No aceptadas	11
En tiempo de ser contestadas	6
Aceptadas, con pruebas de cumplimiento total	5
Aceptadas, sin pruebas de cumplimiento	2
Aceptadas, en tiempo para presentar pruebas de cumplimiento	3
Total	60

De esta estadística podemos apreciar que de las 60 recomendaciones que se enviaron a las autoridades solamente 5 se aceptaron y llevaron a cabo, mientras que las restantes 55 recomendaciones se encuentran en alguno de los supuestos de parcialmente cumplidas y aceptadas, en tiempo de ser contestadas, o bien aceptadas pero sin pruebas de cumplimiento, o en tiempo para presentar pruebas de cumplimiento o peor aún no aceptadas y por lo tanto no llevadas a cabo.

Lo cual nos demuestra la ineficacia de este organismo de protección no jurisdiccional de los derechos fundamentales, que no puede hacer efectivas sus resoluciones por no constituir mandatos para las autoridades a las que se dirigen, y no poseer fuerza coactiva característica esencial de las autoridades.

Por lo que podemos afirmar que el juicio de amparo es el único medio legal que garantiza la protección real y efectiva de los derechos fundamentales establecidos por nuestra norma constitucional, debido a que la sentencia que se emite por los tribunales federales siempre es un mandato, y prevé sanciones en caso de incumplimiento así como la fuerza coactiva para hacer cumplir sus resoluciones.

²⁰⁵ Ídem.

CONCLUSIONES

“Ahora todo está claro”

*Cuando el presidente Carter
se preocupa tanto
de los derechos
humanos
parece evidente que en ese caso
derecho
no significa facultad
o atributo
o libre albedrío
sino diestro
o antizurdo
o flanco opuesto al corazón
lado derecho en fin
en consecuencia
¿no sería hora
de que iniciáramos
una amplia campaña internacional
por los izquierdos
humanos?*

*Mario Benedetti*²⁰⁶

1. Esta investigación pretende analizar desde un punto de vista hermenéutico la adecuación de la noción de los derechos fundamentales a las condiciones específicas de una sociedad.

2. Los derechos fundamentales surgen con el tránsito a la modernidad, dado que si bien antes existía una idea sobre la dignidad, la libertad o la igualdad en los autores clásicos, es a partir de ésta etapa cuando se puede hablar de unificación alrededor de estos conceptos.

Esto es porque se pasa de la concepción de “privilegio” como la que se presenta en la Carta Magna de Juan sin Tierra de 1215 a la de “derechos” con las primeras declaraciones que se realizan como fruto de las revoluciones burguesas de los siglos XVI y XVII y la aparición del Estado moderno, en Europa primero y más tarde en las colonias norteamericanas.

²⁰⁶ BENEDETTI, Mario, *“Inventario I poesía completa (1950-1985)”*, 5ª reimpresión, Punto de Lectura, México, 2006, p. 156.

Ahora bien, las declaraciones de derechos en el curso del siglo XIX, en general se ajustan al modelo de la declaración francesa con algunas novedades, aspiran a dar a los derechos y a las libertades una realización jurídica no abstracta, sino concreta y vinculatoria, acompañada de las garantías indispensables para concederles eficacia.

Surgiendo el denominado por Gustavo Zagrebelsky *Estado Constitucional* en donde la ley, viene sometida a una relación de adecuación y por tanto de subordinación a un estrato más alto que es la Constitución, dándose la sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado y se realiza el gobierno de las leyes.²⁰⁷

3. El concepto de los derechos fundamentales puede abarcarse desde diferentes posturas teóricas, pero pese a esta multiplicidad de visiones las definiciones de derecho fundamental, comúnmente se agrupan alrededor de tres criterios a decir:

- ✓ **El formal** en el que los derechos fundamentales son concebidos como aquellos que pertenecen a un catálogo de derechos previstos por una Constitución determinada.
- ✓ **El material** en donde estos derechos son el intento de positivizar los derechos humanos para poder volverlos eficaces en el mundo fáctico.
- ✓ **El procedimental** que intenta definir quien debe decidir el contenido de los derechos fundamentales y que esferas de acción tienen cada uno de los poderes para definir su contenido y aplicación.

4. Robert Alexy es un autor, que en su análisis de los derechos fundamentales se puede ubicar en el criterio formal debido a que plantea su teoría de los derechos fundamentales en la ley fundamental, basándose en una serie de determinados derechos positivamente validos.

²⁰⁷ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, “*El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*”, Trad. Nuria Pares, Trotta, Madrid España, 2003, p. 34.

Así para Alexy los derechos fundamentales, son los que se encuentran en las normas constitucionales y en las normas adscriptas a la Constitución, siendo su estudio un análisis de los derechos positivos.

5. Luigi Ferrajoli es un autor, que en su análisis de los derechos fundamentales, se puede ubicar en el criterio procedimental toda vez que plantea el modelo garantista que se basa en una serie de determinados derechos positivamente validos definiendo de esta manera su contenido, y además manifiesta las esferas de acción y los limites que posee cada uno de los poderes para la aplicación y contenido de estos derechos.

Este autor conceptualiza a los derechos fundamentales como aquellos derechos subjetivos que son universalmente reconocidos a todos los seres humanos por una norma jurídica positiva basándose en el estatus de persona, ciudadano o personas con capacidad de obrar.

6. Maurizio Fioravanti es un autor, que en su análisis de los derechos fundamentales, se puede ubicar en el criterio procedimental, ya que plantea su teoría de los derechos fundamentales bajo el marco de la Constitución de los Estados, y señala que los derechos fundamentales son el intento de volver positivos a los derechos humanos, todo ello conforme a un proceso histórico de creación y evolución normativa.

La teoría de este autor tiene como punto de partida el concepto de libertad, entendiendo ésta como sinónimo de los derechos es decir, las posiciones jurídicas subjetivas que tienen los ciudadanos dentro de un ordenamiento positivo concreto.

7. Gregorio Peces-Barba es un autor, que en su análisis de los derechos fundamentales, se puede ubicar en el criterio procedimental, debido a que por una parte su teoría de los derechos fundamentales se basa en la ley fundamental; y por otra sostiene que los derechos fundamentales son el intento de volver positivos a los derechos humanos, otorgándoles la fuerza necesaria

para ser aplicables, todo ello conforme a un proceso histórico de evolución normativa.

Este autor conceptualiza a los derechos fundamentales como aquellos derechos subjetivos que protegen las libertades, derechos políticos, civiles, etc., que poseen las personas frente a los actos que pueda realizar el Estado u otros particulares, siendo para estos derechos un requisito esencial contar con medidas que garanticen su cumplimiento.

8. Podemos establecer que en el caso de las investigaciones de Robert Alexy y Luigi Ferrajoli, resulta de gran importancia la ponderación de principios y valores, así como la trascendencia que le otorgan a la argumentación e interpretación jurídica de los derechos fundamentales como punto de validez de su contenido y alcances.

Mientras que para los autores Maurizio Fioravanti y Gregorio Peces-Barba Martínez, resulta un elemento más importante la historicidad de los derechos y el contexto social en el que se desarrollan, estableciendo que si bien es necesaria la ponderación de valores, estos se determinan por el periodo histórico del que se trate y de los fines que privilegie el Estado según su contexto social, ya que consideran que los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados.

9. Por lo que adoptamos como concepto de derechos fundamentales, para propósitos de esta investigación, a los derechos humanos que en términos ideales se encuentran garantizados por ordenamientos jurídicos positivos (que en su mayoría se encuentran establecidos en la Constitución de cada Estado) y que cuentan con una tutela reforzada con mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales.

De lo que se deriva que se consideren como derechos fundamentales, aquellos que son reconocidos por el Estado a las personas, consistentes en derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades.

10. La distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales, es esencial para este trabajo epistemológico por lo que señalaremos que, la diferencia esencial que existe entre estas nociones radica en que los derechos humanos son considerados derechos naturales, es decir aquellos que son anteriores al Estado y por sus orígenes iusnaturalistas se considera que no necesitan de su positivización.

Mientras que los derechos fundamentales son aquellos derechos que se encuentran positivizados en el ordenamiento jurídico de un Estado generalmente desde la norma fundamental y que además se encuentran regulados en la legislación interna de cada país.

11. Existen diversas teorías acerca de los derechos fundamentales, entre ellas se encuentran la liberal, la institucional, la axiológica, la democrático-funcional y la del Estado social, sobresaliendo por su utilidad las posturas de la concepción liberal de los derechos que a servido de fundamento para el desarrollo normativo que se ha producido en los últimos años, y la teoría del Estado social que nos indica que el Estado no puede solamente ser visto como un enemigo de los derechos sino que también debe ser entendido como un garante y protector de los derechos fundamentales.

12. Mientras que en la etapa posmoderna las constituciones que tenemos proponen un modelo político en esencia diferente al Estado de derecho liberal del siglo XIX, debido a que han reafirmado el principio de soberanía popular y se ha dado la transformación al denominado por Zagrebelsky *Estado Constitucional*.

Por lo que la cultura de los derechos y libertades de las constituciones democráticas posteriores a la segunda guerra mundial se caracterizan por combinar la rigidez constitucional y la soberanía popular, en donde se le da al Estado y los Poderes de gobierno por una parte, la imposibilidad de afectar la esfera de libertad de los particulares y por la otra se les confiere el deber, de

facilitar el cumplimiento de los derechos sociales que han introducido en su Constitución así como en su ordenamiento jurídico.

13. La piedra angular de la defensa de los derechos fundamentales se encuentra en el control jurisdiccional, que es lo que Ferrajoli denomina como el ámbito de las garantías secundarias es decir las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones o violaciones que hayan sufrido los derechos fundamentales, es decir de los menoscabos que hayan sufrido las garantías primarias que son la obligación de abstenerse de actuar o hacer por parte del Estado.

Siendo parte de nuestro esquema de defensa constitucional: el juicio de amparo; la controversia constitucional; la acción de inconstitucionalidad y el juicio político.

14. En nuestro país existen además de las garantías jurisdiccionales, las denominadas no jurisdiccionales, que se encuentran representadas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las comisiones estatales de derechos humanos.

La regulación constitucional de éstas instituciones en nuestro país se encuentra en el apartado B del artículo 102 de la carta magna que los establece, y menciona que conocerán de quejas contra actos u omisiones de naturaleza administrativa de cualquier servidor público o autoridad, excepto de los actos del Poder Judicial de la Federación, además establece la naturaleza de sus resoluciones que se denominan recomendaciones de naturaleza no vinculatoria y pública, señalando su naturaleza como órganos autónomos y sus limitaciones para conocer de asuntos de carácter laboral, jurisdiccional y electoral.

15. John Austin se considera en gran medida como el fundador de la *Analytical jurisprudence* y su propósito es realizar un análisis formal de los conceptos jurídicos fundamentales o básicos que se encuentran presentes en la

conformación de todos los sistemas y ordenamientos jurídicos, así como de otras nociones comunes a los mismos, examinándolos hasta llegar a conocer sus principios o elementos particulares considerándolos como parte de un todo.

Por lo que el derecho no es para este autor, un orden objetivo que se deriva de la naturaleza humana que solamente se descubra y se aplique, sino un orden de conducta vinculado a una comunidad y sometido a variaciones por las transformaciones que se presentan en una sociedad como producto de su evolución.

En donde el derecho se conceptualiza como un mandato, es decir, como la manifestación de un ser racional que en este caso es representado por una autoridad, del deseo de que otro ser racional se conduzca de cierta manera, bajo la amenaza que de no hacerlo se presentará una sanción.

16. En su texto *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia* Austin desarrolla el tema de la jurisprudencia y su objeto que es el derecho positivo establecido en una comunidad política, desde dos puntos de vista: la jurisprudencia particular y la jurisprudencia general que explicaremos a continuación:

- ✓ **La jurisprudencia particular:** es la ciencia de un sistema vigente de Derecho o de alguna parte de él, es decir, la perteneciente a un Estado y a su derecho positivo en particular.
- ✓ **La jurisprudencia general:** se conforma de la suma de todos los principios comunes a los diversos sistemas jurídicos, porque aún cuando cada sistema de derecho tiene diferencias específicas y particulares, existen siempre principios y nociones que les son comunes haciéndolos afines, o en otras palabras es aquella que se encarga de estudiar los principios o elementos comunes que poseen todos los sistemas positivos.

17. Austin en su obra *El objeto de la jurisprudencia* nos explica que una ley en el sentido general más amplio posible es el conjunto de reglas que sirven para

guiar la conducta de los seres inteligentes puestas por otro ser racional que tiene poder sobre él,²⁰⁸ y divide estas reglas en dos clases:

- ✓ Las denominadas *leyes en sentido propio o propiamente dichas* que son aquellas leyes que contienen en sí un mandato, es decir, son las que obligan a una o más personas a tener una determinada conducta, y son establecidas por una persona con autoridad para hacerlo obedecer a través de la imposición de una sanción en caso de que incumpla éste.
- ✓ Y las *leyes llamadas así en sentido impropio o impropriamente dichas* que son las que no contienen un mandato, o no tienen una fuente determinada y/o no cuentan con la posibilidad de una sanción en caso de incumplimiento.

18. Como podemos apreciar para Austin toda ley en sentido propio es una regla de conducta que obliga a una o varias personas a actos u omisiones de alguna clase determinada, que es impuesta por un superior o autoridad con la amenaza de una sanción.

Ahora bien estas leyes se componen por dos categorías: las que Austin denomina como *leyes de Dios*, que pueden estar representadas por ejemplo por los diez mandamientos, en donde en caso de incumplimiento o en otras palabras cometiendo el pecado se da forzosamente una sanción o daño por parte de la divinidad.

Y la otra categoría que es la de las *leyes positivas*, es decir las leyes puestas por los hombres a otros hombres, un ejemplo de éstas leyes serían las normas penales que tipifican conductas que consideran dañinas para la sociedad y que cuentan con penas establecidas.

19. Las leyes divinas o de Dios a su vez pueden ser clasificadas como *reveladas* si se manifiestan de forma fácilmente comprensible, es decir se manifiestan a los hombres por ejemplo a través de fragmentos de las palabras de Dios, o a través de los siervos que envía para anunciarlas.

²⁰⁸ Cfr. AUSTIN, John, “*El objeto de la jurisprudencia*”, op. cit., p. 33.

Pero también pueden ser *no reveladas*, en el caso de que se manifiesten a los hombres por medios distintos al lenguaje humano o bien que no se formulen de manera expresa esos mandatos, en cuyo caso debemos entenderlos con ayuda de lo que Austin denomina *luz natural o de la razón*.²⁰⁹

20. Austin nos señala que las *leyes no reveladas de Dios o la divinidad* se pueden llegar a conocer a través de la teoría del sentido moral o de los principios prácticos innatos, que nos indica que existen una serie de acciones que todos los seres humanos encontramos reprobables y que nos causan un desagrado natural, mientras que hay otras acciones que aprobamos por considerarlas buenas que tratamos de llevar a cabo, siendo ese agrado o desagrado natural la prueba sobre que acciones están permitidas y cuales son prohibidas por la divinidad.

Y a través de esta teoría realiza la distinción entre las leyes morales, positivas y religiosas, ya que por una parte Austin considera que las normas religiosas se desprenden de la voluntad de Dios, que se refleja en las leyes reveladas y en las leyes no reveladas cognoscibles a través de los principios prácticos innatos y considera que la divinidad tiene la posibilidad de sancionar en caso de que se incumplan sus mandatos, pero no constituyen derecho positivo porque no son normas establecidas por los hombres.

Mientras que ninguna regla de la moralidad positiva es una ley divina, o un mandato del soberano porque si bien algunas normas morales son mandatos, otros representan simplemente a opinión general o sentimientos de un grupo de personas.

Sin embargo Austin critica la premisa en la que se basa esta teoría, sobre que los juicios internos acerca de la corrección o incorrección de las acciones surjan inmediata e involuntariamente, porque considera que la determinación de la corrección de las acciones siempre implica un razonamiento previo, o bien se da por un proceso de asociación psicológica en

²⁰⁹ *Ibidem* p.56.

donde el sentimiento moral se presenta por estar asociado a una cierta clase de conducta.

21. Este autor nos señala que también *las leyes no reveladas de Dios o la divinidad* se pueden llegar a conocer a través de la teoría de la utilidad, que supone que la Divinidad planea la felicidad de todos los seres, por lo que algunas acciones humanas favorecen este propósito benevolente o beneficioso para todos porque nos es útil, mientras que otras acciones son dañinas en cuanto a que son inútiles para el beneficio benevolente, siendo las acciones del primer tipo impuesta por Dios, mientras que las segundas son contrarias a sus mandatos y por lo tanto prohibidas y sancionadas, lo que nos da un gran margen de actuación, porque en principio se considera que los actos que nos son útiles son permitidos, John Austin es partidario de esta teoría como guía de nuestras acciones para seguir las Leyes de Dios no reveladas.

22. Ahora bien las *leyes propiamente dichas* contienen en general un mandato, una autoridad y una sanción jurídica, siendo el objeto propio de la jurisprudencia general y particular, y se denominan *leyes positivas* porque fueron normas puestas por los hombres.

Por lo que podemos afirmar que las *leyes positivas* son las reglas que realizan e imponen los hombres a otros hombres y se pueden dividir en dos clases principales: *las leyes establecidas por los superiores políticos* y *las leyes establecidas por los hombres que no son superiores políticos*. Los elementos esenciales de las leyes propiamente dichas son:²¹⁰

- ✓ Que consisten en un mandato que siempre surge de una fuente o autor determinado, en su condición de superior político.
- ✓ Que toda posible sanción propiamente dicha esta unida al término mandato.
- ✓ Que todo deber propiamente dicho presupone un mandato por el que es creado.

²¹⁰ *Ibidem*, pp. 143 - 144.

23. Las *leyes impropriadamente dichas* son aquellas leyes que no contienen un mandato, o bien no tienen una fuente determinada o no cuentan con la posibilidad de una sanción en caso de incumplimiento, dentro de ellas se encuentran las siguientes normas:

Las normas de moralidad positiva que se asemejan a las leyes propiadamente dichas en algunas de sus propiedades o en algunas de sus consecuencias o efectos, el término positivo se deriva de que son normas impuestas por los hombres y comprende:

- ✓ A las leyes que son establecidas por los hombres a sus semejantes, pero no como superiores políticos, ni como sujetos privados en el ejercicio de sus derechos subjetivos.
- ✓ Y a las leyes que se sustentan en las opiniones o sentimientos experimentados por los hombres sobre la conducta humana.

En donde ninguno de estos dos tipos de norma es un mandato directo o indirecto de un monarca o de un cuerpo soberano en el carácter de superior político, por lo que no se da el elemento de sujeción de un grupo de personas ni la obligatoriedad jurídica de obedecer, siendo muy difícil la imposición de una sanción jurídica en caso de incumplimiento.

Pero existen sin embargo reglas morales positivas que son leyes propiadamente dichas, que cuentan con normas impuestas por hombres a otros seres humanos pero que no son dictadas por superiores políticos, por lo que no cuentan con sanciones jurídicas

24. Los derechos fundamentales, son normas de moralidad positiva a la luz del modelo teórico de Austin debido a que no existe el hábito de obediencia por parte de los sujetos a los que obligan y no se pueden hacer valer a través de los medios o garantías no jurisdiccionales.

25. John Austin considera que la formación de los gobiernos de las sociedades políticas es parte de un proceso evolutivo, en el que participan las reglas morales positivas de las generaciones anteriores de esa comunidad factor que

determina la Constitución del Estado, siendo este proceso a veces lento y poco metódico.²¹¹

Austin de esta manera reconoce la importancia del papel que fungen las normas constitucionales que definen las características que han de tener las personas o persona, que componen a la autoridad, entendiéndolas como normas morales positivas por estar compuestas por opiniones prevaletientes de una comunidad, que son normas positivas por estar hechas por los hombres y que se observan en el proceso de formación del Estado.²¹²

26. Austin manifiesta que la autoridad es quien tiene las siguientes características:

- ✓ El hábito de obediencia;
- ✓ Una autoridad común para toda la sociedad que dirige y;
- ✓ Un soberano jurídicamente ilimitado.

Y considera que el propósito esencial de que el gobierno y las autoridades existan es alcanzar el bienestar general entre la comunidad a la que sirve, y es el motivo en el que basa su legitimidad, razón por la que debe conferir en primer lugar derechos exigidos por la utilidad general a sus ciudadanos, imponiendo a la vez sus deberes correlativos.

27. Como hemos mencionado toda ley propiamente dicha es un mandato, que es la manifestación de un deseo que se acompaña de una sanción en caso de incumplimiento.

Ahora bien el mandato, esta compuesto por una voluntad o deseo concebido por un ser racional de que otro ser racional haga u omita, implicando el deber de que el otro ser racional, actué en consecuencia con ese deseo. Y contiene además una sanción en caso de incumplimiento por parte del sujeto

²¹¹ La afirmación que realiza Austin y que presento a continuación reitera lo antes mencionado: *“la Constitución del gobierno supremo no se ha decidido de una vez, o de acuerdo con un proyecto o plan, las reglas morales positivas de sucesivas generaciones de la comunidad (y, quizás, leyes positivas elaboradas por soberanos sucesivos) han definido su Constitución, con mayor o menor exactitud, lentamente y no de manera sistemática”*. AUSTIN, John, *“El objeto de la jurisprudencia”*, op. cit. p. 319.

²¹² Cfr. AUSTIN, John, *“El objeto de la jurisprudencia”*, op. cit. pp. 252 - 253.

obligado por el mandato a un hacer o no hacer, que puede aplicar la autoridad que emite el soberano.

Austin clasifica los mandatos en dos tipos: las *leyes o reglas* y los *mandatos ocasionales o particulares*, ambas categorías las explicamos a continuación.

- ✓ Los mandatos son *leyes o reglas* cuando obligan generalmente a acciones u omisiones de una clase y la mayor parte de las leyes emitidas por los superiores políticos son generales en dos sentidos: en tanto que prohíben o permiten en general actos de un determinado genero o especie; y en cuanto vinculan a la comunidad entera o a una parte de ella que se distingue por pertenecer a los supuestos que la ley estipula.
- ✓ Mientras que los *mandatos ocasionales* son los que obligan a una acción u omisión específica, o bien a acciones u omisiones que se determinan específica o individualmente, los mandatos judiciales son generalmente particulares pero tienen como propósito la aplicación de una ley o regla a un caso en concreto.

28. Para Austin la sanción es el daño que probablemente se le aplicara al sujeto que desobedezca el mandato que dicta el soberano o autoridad y considera que cuanto mayor sea el mal en que se incurre cuando se incumple un mandato y mayor sea su posibilidad de ser impuesto, menos sujetos obligados se arriesgaran a sufrir la sanción.

29. Este autor no considera a los premios como parte del término sanción porque de ser así se entraría en un conflicto con respecto al lenguaje común, ya que el término sanción implica en el lenguaje común forzosamente un daño o castigo y los premios no nos dañan sino que nos benefician.

Y entiende la noción de sanción como el instrumento que puede reforzar al derecho para lograr el fin que persigue, por lo que el mandato se considera como una regla de conducta reforzada por la autoridad de manera coercitiva.

30. Finalmente podemos decir que a en la teoría jurídica de Austin las nociones de mandato, deber y sanción se refieren a un mismo concepto, aunque cada uno lo denote de manera diferente, esto lo afirmamos porque cuando queremos referirnos al mal o daño que puede ser infligido, empleamos el término sanción, refiriéndonos indirectamente a la idea de ver o sujeción a ese posible daño que puede causarnos la autoridad o soberano y a la expresión del mandato.

Concluyendo que cada noción, implica a las dos restantes definiciones y la relación que existe entre ellas es puramente lógica porque no supone que alguno de estos elementos tenga primacía sobre las restantes.

31. Así los mandatos siempre consistirán en ordenes imperativas dictadas por superior o autoridad a sus subordinados o inferiores, e implican un deber de obedecer por parte de quien recibe el mandato y la posibilidad de la autoridad que emitió el mandato de sancionar en caso de incumplimiento.

Mientras que las resoluciones de las comisiones de derechos humanos, que son las instituciones que conforman las garantías no jurisdiccionales de los derechos fundamentales en nuestro país, consisten en recomendaciones sobre las quejas que presentan los particulares que consideran fueron dañados sus derechos fundamentales, siendo la connotación de los términos recomendación y mandato totalmente diferentes desde su significado lingüístico y jurídico.

Porque entendemos por recomendaciones al *“encargo o suplica que se hace a alguien, poniendo algo a su cuidado y diligencia”*,²¹³ o bien *“aconsejar algo a alguien para bien suyo”*.²¹⁴

32. Podemos concluir que los derechos humanos podrán ser adecuables como derechos en la teoría de Austin en el momento en que ellos adquieran fuerza vinculatoria y dejen de ser una aspiración de carácter filosófico; esto pasará en el momento en que el Estado les reconozca validez.

²¹³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *“Diccionario de la lengua española”*, op. cit. p. 1915.

²¹⁴ Ídem.

Probablemente una salida sea el reconocimiento de estos como derechos fundamentales y entonces se pueda operar como una violación de garantías ó también podría ser por vía un tribunal constitucional.

Sin embargo, en ambos casos estamos en una formación jurídico política muy precaria, por lo que resulta necesaria una evolución dogmática positiva en el sistema jurídico nacional.

BIBLIOGRAFIA

ACUÑA, Francisco Javier, *“La CNDH una institución a medio camino: propuestas para su urgente transformación”*, Grupo Mandala, México, 1999.

-----, *“El ombudsman contemporáneo: entre la fidelidad al origen y el experimentalismo institucional”*, Porrúa, México, 2005.

ALEXY, Robert, *“Teoría de los derechos fundamentales”*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, 3ª reimpresión, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid España, 2002.

ASPE, Virginia (compiladora), *“Filosofía política y derechos humanos en el México contemporáneo”*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2005.

AUSTIN, John, *“Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia”*, Trad. Felipe González Vicen, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid España, 1981.

-----, *“Lectures on jurisprudence or the phylosophy of positive law”*, Scholarly Press, Estados Unidos de América, 1977.

-----, *“El objeto de la jurisprudencia”*, Trad. Juan Ramón de Páramo Argüelles, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid España, 2002.

BENEDETTI, Mario, *“Inventario I poesía completa (1950-1985)”*, 5ª reimpresión, Punto de lectura, México, 2006, p. 156.

BEUCHOT, Mauricio, *“Derechos humanos: historia y filosofía”*, 2ª edic. Fontamara, México, 2001.

BOROWSKI, Martín *“La estructura de los derechos fundamentales”*, Trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003.

BONIFAZ, Leticia, *“El problema de la eficacia en el derecho”*, 2ª edic. Porrúa, México, 1999.

BURGOA, Ignacio *“Las garantías individuales”*, 37ª ed., Porrúa, México, 2004.

CARBONELL, Miguel, *“Los derechos humanos en la actualidad: una visión desde México”*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá Colombia, 2001.

-----, *“Los derechos fundamentales en México”*, Porrúa, México, 2005.

-----,, *“Una historia de los derechos fundamentales”*, UNAM – CNDH y Porrúa, México, 2005.

CARBONELL, Miguel (coord.), *“Teoría constitucional y derechos fundamentales”*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2002.

CORREAS, Oscar, *“Acerca de los derechos humanos: apuntes para un ensayo”*, Ediciones Coyoacán, México, 2003.

CHINCHILLA, Tulio, *“¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?”*, Bogotá Colombia, Temis, 1999.

FRAGA, Gabino, *“Derecho administrativo”*, 33ª edic., Porrúa, México, 1994.

FERRAJOLI, Luigi, *“Los fundamentos de los derechos fundamentales”*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid España, 2001.

-----, *“Derechos y garantías: la ley del más débil”*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3ª edic. Trotta, Madrid España, 2002.

-----, *“Derecho y razón”*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, 5ª ed., Trotta, Madrid España, 2002.

-----, *“Sobre los derechos fundamentales y sus garantías”*, Trad. Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2006.

FERRER, Eduardo (coord.), *“Derecho procesal constitucional”*, Tomo I, 4ª ed. , México, Porrúa, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio, *“Los derechos fundamentales: apuntes de la historia de las Constituciones”*, Trad. Manuel Martínez Neira, 4ª edic. Trotta, Madrid España, 2003.

FITZPATRICK, Peter, *“La mitología del derecho moderno”*, Trad. Nuria Pares, Siglo XXI, México, 1998.

GÓMEZ, Yolanda (coord.), *“Pasado, presente y futuro de los derechos humanos”*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos y Universidad Nacional de Educación a Distancia, México, 2004.

GOSLINGA, Lorena y Adrián HERNÁNDEZ, *“Evolución del marco normativo del ombudsman nacional mexicano”*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2002.

GUDIÑO, José de Jesús, *“El Estado contra sí mismo. Las comisiones gubernamentales de derechos humanos y la deslegitimación de lo estatal”*, Noriega, México, 1998.

GUERRA, Rodrigo, *“Afirmar a la persona por sí misma”*, Comisión Nacional De Los Derechos Humanos, México, 2003.

MAGALLÓN, Jorge Mario, *“Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia”*, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.

MARTÍNEZ, Rafael, *“Derecho administrativo 1er y 2º Curso”*, 5ª edic. Oxford, México, 2004.

MINDA, Gary, *“Postmodern legal movements, law and jurisprudente at century’s end”*, New York University Press, 1995.

MORENO, Margarita, *“Los derechos humanos en perspectiva histórica: de los derechos individuales a los derechos sociales, 1857, 1917”*, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.

NATARÉN, Carlos F. *“La defensa no jurisdiccional de los derechos fundamentales en México”*, Comisión, Nacional De Los Derechos Humanos, México, 2005.

NOGUEIRA, Humberto, *“Teoría y dogmática de los derechos fundamentales”*, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.

PECES-BARBA, Gregorio, *“Derechos fundamentales”*, 4ª ed., Universitaria Complutense, Madrid España, 1983.

-----, *“Curso de derechos fundamentales: teoría general”*, 1ª reimpresión, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid España, 1999.

-----, *“Lecciones de derechos fundamentales”*, Dykinson, Madrid España, 2004.

PECES-BARBA, Gregorio (Dir.) *“Historia de los derechos fundamentales”*, Tomo I, Dykinson, Madrid España, 1998.

PÉREZ LUÑO, Antonio, *“Los derechos fundamentales”*, 4ª ed. , Madrid España, Tecnos, 1991.

PÉREZ, Miguel, *“Estudios jurídicos sobre la CNDH”*, 2ª edic., Edit. Miguel Ángel Porrúa, México, 2002.

PRIETO, Luis, *“Estudios sobre derechos fundamentales”*, Debate, Madrid España, 1994.

QUINTANA, Carlos y Norma D. SABIDO, *“Derechos humanos”*, 2ª edic. , Porrúa, México, 2002.

ROLLA, Giancarlo, *“Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional”*, Trad. Miguel Carbonell, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

SALDAÑA, Javier (coord.), *“Problemas actuales sobre derechos humanos”*, 1ª reimpresión. UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000.

SCHMILL, Ulises, *“Fundamentos conceptuales de una teoría de la Constitución y de los derechos fundamentales”*, Suprema Corte de Justicia, México, 2005.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *“El derecho y la ciencia del derecho”*, 1ª reimpresión, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986.

TERRAZAS, Carlos R. *“Los derechos humanos en las Constituciones Políticas de México”*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1996.

TURÉGANO, Isabel, *“Derecho y moral en John Austin”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid España, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *“El derecho dúctil: ley, derechos, justicia”*, Trad. Marina Gascón, Trotta, Madrid España, 2003.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

CABANELLAS, Guillermo, *“Diccionario enciclopédico de derecho usual”*, Tomo II (D-E), 20ª edic., Heliasta, Argentina, 1981.

-----, *“Diccionario enciclopédico de derecho usual”*, Tomo V (J-O), 21ª edic., Heliasta, Argentina, 1989.

CABANELLAS, Guillermo, Eleanor C. HOAGUE, *“Diccionario jurídico inglés-español”*, Butterworth Legal Publishers, Tomo 1, Estados Unidos de América, 1991.

COLLAZO, Javier, *“Diccionario Collazo inglés-español, español-inglés”*, Tomo I (A-R), Mc Graw Hill, México, 2001, p. 183.

CUYAS, Arturo, *“Nuevo diccionario Cuyas de apleton inglés-español”*, 5ª edic., Prenticer May, Estados Unidos de América, 1972.

“Diccionario hispánico universal”, Tomo I (A - F), 18ª edic., W.M. Jackson, Inc. Editores, México, 1973.

“Diccionario enciclopédico Bruguier”, Tomo II (D-LL), Juan Bruguier Editor, Barcelona España, 1959.

KAPLAN, Steven M. *“English - spanish legal dictionary, diccionario jurídico inglés - español”* 2ª edic., Wiley, Estados Unidos de América, 1997.

MARTÍNEZ, Emilio M. *“Diccionario inglés-español, español-inglés”*, Edit. Ramón Sopena, España, 1969.

RALUY, Antonio y Francisco MONTEVERDE, *“Diccionario porrúa”*, 34ª edic., Porrúa, México, 1992.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *“Diccionario de la lengua española”*, 22ª edic, RAE, Madrid España, 2001.

RODRÍGUEZ, Arturo, (Coord.) *“El Pequeño espasa diccionario enciclopédico”*, Espasa Calpe, Madrid España, 1993.

VALLETA, Laura, *“Diccionario jurídico”*, 2ª edic., Valleta, Argentina, 2001.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en vigor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1992.

Reglamento Interno de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en vigor, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de septiembre de 2003.

REVISTAS Y PÁGINAS DE INTERNET

GONZÁLEZ, Luis Raúl, *“Consideraciones sobre el comienzo de la comisión nacional de los derechos humanos”*, Derechos Humanos México, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Número 1, Año 1, México, 2006.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *“Informe de Actividades 2006 del 1 de enero al 31 de diciembre”*, II. Protección y defensa de los derechos humanos, B. Síntesis y seguimiento de las recomendaciones enviadas en el periodo del 1 de enero al 31 de diciembre de 2006, dirección de internet: http://www.cndh.org.mx/CDINFORME2006iMAGEN/INFORME_DE_ACTIVIDADES_2006_1.-htm