

APRESENTAÇÃO DOSSIÊ PPGD/Unesc & MDH/UASLP

Abaixo seguem texto no âmbito do Dossiê elaborado no marco do convênio entre o Programa do Pós-Graduação em Direito – PPGD da Universidade do Extremo Sul Catarinense -UNESC e o mestrado em Direitos Humanos - MDH da Universidade Autónoma San Luis de Potosí - UASLP, México. A proposta inaugura o intercâmbio de conhecimento entre os dois mestrados em Direitos Humanos.

A ideia foi convidar professores e alunos do mestrado mexicano para colaborar com suas produções à revista Direitos Humanos e Sociedade do PPGD UNESC.

O convênio já englobou mobilidade de alunos e professores, organização de eventos e materiais editoriais como livro, porém faltava a contribuição no marco da revista.

Com este intercâmbio espera-se fortalecer esta parceria internacional Brasil-México, ampliando o horizonte de leitura do pensamento jurídico crítico desde a América Latina.

Nota do Editor.



EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO MEDIO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA EN MÉXICO: UNA REFLEXIÓN SOBRE SU EJERCICIO POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

CONVENTIONALITY CONTROL AS AN EFFECTIVE ACCESS ROUTE TO JUSTICE IN MEXICO: A REFLECTION ON ITS EXERCISE BY ADMINISTRATIVE AUTHORITIES

Yleana Montserrat Balboa Rivera⁶³

Alejandro Rosillo Martínez⁶⁴

“A la justicia llegamos desde el compromiso con la realidad y la solidaridad para con aquellos sujetos que sufren la injusticia, no desde una abstracción desvinculante entre sujeto y realidad”

José Manuel Quintana Delgado

RESUMEN:

En el marco del Sistema Interamericano y la Convención Americana sobre derechos humanos, el Estado mexicano ha adquirido la obligación de aplicar un “control de convencionalidad” a las normas nacionales. Para efecto de cumplir con su compromiso, el Estado debe crear, de manera progresiva, los instrumentos, vías y/o medidas, oportunas para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos. En ese tenor, se plantea un control de constitucionalidad y convencionalidad conciente de las múltiples realidades mexicanas y extendido a todas las autoridades –administrativas o judiciales– con facultades jurisdiccionales, a fin de que más personas justiciables sean tuteladas de manera integral y efectiva.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos; Control De Constitucionalidad; Control De Convencionalidad; Justicia; Igualdad.

ABSTRACT:

According to the American Convention on human rights subscribed within the Interamerican human rights system, Mexico has acquired the obligation to apply a “conventionality control” to national law. In order to fulfill the conventional pact, the State has to create, progressively, the opportune instruments and measures to guarantee the effective exercise of human rights. Therefore, a new conception of the conventionality control and constitutional review is proposed, one aware of the multiple Mexican realities and extensive to all jurisdictional authorities, regardless of their branch of power they represent –judicial or public administration, so that more people are fully and effectively protected.

KEY WORDS: human rights; judicial; constitutional review; conventionality control; justice; equality.

⁶³ Licenciada en Derecho por la Universidad La Salle, campus Ciudad Victoria. Maestrante en Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Correo electrónico: yleanabr@gmail.com

⁶⁴ Doctor y Máster en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Correo electrónico: alejandro.rosillo@uaslp.mx

1. INTRODUCCIÓN

A partir del desarrollo del Estado de Derecho, principalmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, la justicia guarda estrecha relación con el derecho, pues aquella es uno de los fines perseguidos por éste. La relación derecho y moral ya no se niega dentro de un sistema jurídico neopositivista, únicamente se evita caer en la dicotomía entre el derecho natural y el derecho positivo.⁶⁵

El vínculo entre derecho y justicia se vuelve visible en la discusión desde un campo deontológico; el “deber ser” plasmado en el sistema de justicia es la directriz y el medio para la visibilización del valor de justicia. Como señala Prieto Sanchís:

La labor del jurista, por tanto, no ha de consistir en la mera descripción de aquello que ocurre en los distintos estratos del sistema jurídico, sino en descubrir y criticar los desajustes entre el “ser” y el “deber ser” del Derecho, esto es, básicamente entre el horizonte de valores y derechos prometidos en la Constitución y la realidad de un comportamiento por parte de los operadores jurídicos, empezando por el legislador, que con frecuencia desatiende y frustra dicho horizonte. (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 106)

Sin embargo, la materialización del vínculo sucede en el espacio y tiempo de la aplicación del derecho, mismo que para efectos de esta aportación estará enfocado en los procesos llevados en forma de juicio desarrollados en las instancias jurisdiccionales, ya sean judiciales o administrativas. En esa tesitura, el concepto de justicia se refiere a la que se “administra” o “gana” en dichos procesos; o lo que se logra “corregir” a través de estos. Siguiendo a Alexy, se puede afirmar que la justicia y la corrección del Derecho son establecidas por normas y llevadas a cabo a través de órganos y procedimientos, es decir, que son institucionalizadas. Así, se diferencia entre la moral y el derecho, aunque puedan coincidir en cuanto al contenido; pero, en el derecho se da una institucionalización de la moral, que implica el reconocimiento de normas que establecen derechos fundamentales (ALEXY, 2010).

La finalidad de esta aportación es evidenciar la necesidad de concebir a la justicia como un valor y un derecho que va más allá de una “función” a cargo del Estado, es decir que, la impartición de justicia no se debe encuadrar en prioridades del mismo sino en la satisfacción de derechos fundamentales. Es por eso que herramientas como el control de convencionalidad

⁶⁵ Clásica se ha vuelto la reflexión de Luigi Ferrajoli en cuanto distinguir, por lo menos, dos tipos de Estado de Derecho: el gobierno “per lege” y “sub lege”. A través de ellos, reflexiona sobre la legitimación formal y legitimación sustancial, es decir, sobre la legalidad en sentido amplio (vigencia o validez formal) y la legalidad en sentido estricto (validez sustancial). Ver: FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Trotta, 2001, pp. 851 y ss.

y constitucionalidad, no pueden seguir un curso reduccionista, y menos a la luz del paradigma de derechos humanos en cuanto a la existencia de un bloque de constitucionalidad, que considera a los derechos humanos –todos los previstos por la Constitución, normas que de ella deriven y de los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte– como parámetros de regularidad constitucional,⁶⁶ pues son dichos valores los que delimitan toda la actuación estatal. Dicho parámetro fue establecido mediante la reforma de los artículos 1º y 133º constitucionales de junio de 2010.

2. EL DISCURSO DE JUSTICIA EN EL ESTADO MEXICANO: EL ARTÍCULO 1º CONSTITUCIONAL

El Estado mexicano adoptó un discurso caracterizado por su progresividad en materia de derechos humanos —mediante las políticas públicas, planes de desarrollo y legislación que se han instaurado a lo largo de los últimos años⁶⁷—, que es relevante para el ejercicio de refundamentación de la figura de tutela de derechos, en especial en la instancia jurisdiccional, pues atribuye una facultad y obligación constantes para toda autoridad, de garantizar los derechos humanos en el ámbito de sus competencias.⁶⁸ De ahí que la inamovilidad de los derechos humanos, su contenido y protección, así como de las normas que garantizan su ejercicio, no es opción dentro del sistema jurídico mexicano.

En sentido contrario, es necesario optar por una visión del derecho dinámica, que contemple la integral y progresiva protección de los derechos humanos y que desarrolle su garantía a la par que se desarrolla el contenido de los derechos conforme al contexto social, pues ese es el compromiso de progresividad en la protección de los derechos humanos, adquirido por el Estado mexicano a raíz de la Convención Americana de Derechos Humanos y plasmado a su vez en la Constitución mexicana.

⁶⁶ Suprema Corte de Justicia de la nación, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época; Pleno; Libro 5, abril de 2014; Tomo I; Pág. 202. P./J. 20/2014 (10a.).

⁶⁷ SALAZAR UGARTE, Pedro (Coord.). La reforma constitucional sobre derechos humanos: una guía conceptual. México: Instituto Belisario Domínguez - Senado de la República, 2014. GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh. La reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de derechos humanos. Una lectura desde el derecho internacional. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVIII, núm. 143, mayo-agosto 2015, pp. 465-696. BULLÉ-GOYRI, Víctor M. Martínez. “Reforma constitucional en materia de derechos humanos. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIV, núm. 130, enero-abril de 2011, pp. 405- 425.

⁶⁸ Al estar hablando de autoridades jurisdiccionales, por competencia se hará referencia a “competencia jurisdiccional” y se entenderá que la competencia está dictada por un conjunto de reglas que determinan que autoridad conoce sobre una controversia, ya sea con preferencia o con exclusión. La competencia puede ser por cuantía, territorio, materia, o grado. Ver: ORTEGA MENESES, Alejandra. La competencia en los delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo, p. 15., Disponible en: <<http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/23110/Capitulo2.pdf>>. Acceso en: 20 de abril de 2020.

Es importante remarcar que, si bien es cierto que la justicia no solo está presente en la esfera pública y que dentro de esta esfera no solo se encuentra la función jurisdiccional — puesto que toda actividad del Estado debe preservar el principio de justicia en todas sus actuaciones —, a lo largo de este trabajo al hablar de justicia se tiene por entendida a aquella “aplicada” desde los órganos jurisdiccionales.

En la concepción del Estado mexicano, la justicia se visualiza como un parámetro de actuación, pues es importante recordar que, al estar consagrada constitucionalmente, su acceso hasta la materialización de la misma, se vuelve un parámetro para la actuación de los órganos estatales. La justicia también es concebida como una “voluntad”, tal como se enuncia en el principio latino, *Iustitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, que está establecido en el artículo 17 constitucional al destinar instancias estatales para el permanente desarrollo de las labores jurisdiccionales.

El Estado constitucional se configura como forma de organización y gobierno de la sociedad, bajo un orden normativo constitucional, mismo que conlleva a que todo acto, instancia y órgano del Estado, esté a lo dispuesto en esa norma fundamental, es decir, que en todo momento se haga prevalecer lo ahí consagrado sin perjuicio de que se prevea distinto en cualquier otro ordenamiento normativo. En el caso de México, a partir de 2011, la norma fundamental coloca a la persona y sus derechos como “eje central de la impartición de justicia”, de manera que se reafirma el compromiso de que la observancia y aplicación de los tratados internacionales se incorporen al quehacer jurisdiccional (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2015, p. 22), reconociendo que las obligaciones derivadas de los mismos conllevan a obligaciones erga omnes para todas las autoridades. Lo anterior comprende también a las autoridades jurisdiccionales. Siguiendo esa línea, la Suprema Corte mexicana ha admitido mediante diversos criterios, la existencia de una discriminación que se puede dar aislada o acumuladamente en tres ámbitos, a saber: el formal, material y estructural. Por tanto, reconoce que la igualdad existe a su vez en esos tres sentidos. En ese orden de ideas, el discurso estatal reconoce que la igualdad, para ser tal, debe ser realidad en esos tres espacios de su concepción.

Otro elemento importante dentro de la línea discursiva del Estado, gira en torno a los principios que rigen a los derechos humanos y las obligaciones a cargo de las autoridades estatales para conseguir el real ejercicio de los mismos. En la Constitución se enuncian los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, de los que se destaca el primero, pues se puede decir que “permite entender que los derechos humanos deben responder y adecuarse a las demandas de las personas en su contexto” (SALAZAR

UGARTE, 2014, p. 23). Es decir, deben de contener los elementos necesarios para dignificar la vida de acuerdo al contexto o situación de cada persona. Por otro lado, la universalidad entendida como característica “remite a la construcción teórica que reconoce a los derechos humanos como demandas moralmente sustentadas y reivindicativas de exigencias éticas justificadas” (SALAZAR UGARTE, 2014, p. 23). En esa tesitura, la universalidad de los derechos humanos solamente se consigue situando la exigencia y los contextos de las personas en el centro de todas las actuaciones del Estado; pues, de otra forma, se desatiende al propio fundamento de los derechos humanos.

En el mismo artículo 1º constitucional, se encuentran los postulados⁶⁹ de interpretación conforme y de propersona. El primero de ellos se enmarca cuando se establece la obligación de las autoridades de armonizar las normas a lo establecido en la Constitución y tratados de derechos humanos, y el segundo al señalar que la interpretación de esas normas se debe de dirigir hacia la protección más amplia de derechos. Para dar efectividad a lo anterior, ante el derecho de las personas, existe la obligación de la autoridad de velar su cumplimiento. Es así que se establecen las obligaciones generales que obligan a todas las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. En este sentido, se promueven mediante medidas tendentes a visibilizar a la luz de la conciencia social, una cultura de derechos humanos; se respetan a través de la abstención de la autoridad de impedir u obstaculizar el goce de los derechos; se protegen asegurando que las personas no sufran violaciones de derechos; y se garantizan mediante la creación de medidas necesarias –leyes, instituciones, políticas públicas, etc.– para su ejercicio, o bien, el ejercicio mejorado de los mismos (SALAZAR UGARTE, 2014, p. 25-26). De manera específica, se consideran las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar, que por su naturaleza, su cumplimiento recae sobre las autoridades que conforman el sistema de impartición de justicia.

El control de convencionalidad adoptado por el Estado mexicano es una herramienta que tiene su origen en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del pronunciamiento y esencia del expediente varios 912/2010. Por ello, se advierte la consideración especial que el Estado mexicano tiene respecto a la Corte Interamericana, pues no solo adopta su criterio, sino que también es un Estado pionero en la aplicación de dicho control.

⁶⁹ Aunque se les suele mencionar como principios, en sentido estricto son postulados, al entender estos como metanormas, es decir, normas que se refieren a la aplicación de otras normas. No son normas inmediatamente descriptivas (reglas), ni normas inmediatamente finalistas (principios), sino metódicas. Ver: ÁVILA, Humberto. Teoría de los principios. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 111 y ss.

La inclusión de la convencionalidad dentro del discurso constitucional de derechos humanos en México, se advierte también en la conformación del llamado bloque de constitucionalidad, en el artículo 1º constitucional, mediante el reconocimiento de la jerarquía constitucional del derecho internacional en materia de derechos humanos. Por lo que ahora, el Estado sostiene que todos los derechos humanos, sin perjuicio de que sean previstos en el orden nacional o internacional, forman parte del catálogo de derechos salvaguardados a rango constitucional. En consecuencia, la constitucionalidad de los actos depende, en tanto que los derechos humanos son parámetros de regularidad constitucional, de la protección de los mismos.

El carácter de norma suprema y fundante de la Constitución no debe de ser obstaculizada por intereses menores, como lo sería uno de naturaleza orgánico-estructural del aparato estatal, pues lo que se establece como centro de actuación constitucional son los derechos humanos, y por ende, todo el discurso de constitucionalidad gira en torno a los mismos. Por ejemplo, si en la norma constitucional se establece la obligación a cargo de todas las autoridades en cuanto al respeto, promoción, protección y garantía de los derechos humanos, dicha determinación no puede ser, bajo ningún ordenamiento ajeno a la Constitución, modificado ni reducido, mucho menos cancelado, ello atendiendo al carácter de supremacía de la norma fundamental y a la estimación implícita de los derechos humanos como parámetro de regularidad constitucional.⁷⁰ Por lo que anteponer un orden estructural o una división de poderes exagerada, a las disposiciones de derechos humanos inscritas en la Constitución, se estaría ante actos incongruentes con la misma, que atentan contra la protección del mayor bien de la sociedad que, según Ferrer McGregor (2011, p. 35), es la persona humana, ello bajo la conciencia de que los derechos humanos se traducen en prerrogativas que propician la dignidad humana. Todo lo anterior se establece desde el plano de lo ideal, sin embargo, no presume que dicho discurso sea replicado en el plano fáctico de la actuación estatal. Es decir, en la práctica de la efectividad de la norma constitucional.

El Estado constitucional es un “estado” del poder, que según Tusseau fue acuñado posterior a la segunda guerra mundial. Respecto de las autoridades jurisdiccionales encargadas de operar el sistema de justicia, es necesario resaltar el postulado de Ronald Dworkin y John Rawls, pues según advirtió Tusseau, ellos consideran que el juez es el garante por excelencia de “los valores de las sociedades occidentales” (TUSSEAU, 2011, p. 3). Sin embargo, lo que suceda con la aplicación del derecho no necesariamente obedece a la

⁷⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, P./J. 20/2014 (10a.).

tesitura del discurso oficial ni a los valores que en el mismo se pregonan. En ese orden de ideas, el Estado ha sostenido la existencia de un cambio de paradigma para la protección de derechos y ante tal, la Suprema Corte solo ha sostenido un supuesto en el que han de desestimarse las disposiciones internacionales sobre derechos humanos: cuando de manera expresa exista una disposición constitucional que los limite. Por lo anterior, en todo supuesto ajeno a éste, deben hacerse prevalecer los derechos humanos, de conformidad con la discursiva constitucional.

Es así que el discurso de derechos humanos, justicia, igualdad, constitucionalidad y convencionalidad de las normas y actos, implica un reto cultural, que constriñe a todas las autoridades a desaprender lógicas antiguas y crear unas nuevas desde las diversas realidades, con el fin de cumplir con las exigencias y demandas sociales mediante la garantía de los derechos humanos.

3. DISCREPANCIAS ENTRE EL DISCURSO DE JUSTICIA Y LA REALIDAD PRÁCTICA DE LAS INSTANCIAS JURISDICCIONALES

Una vez expuesto a grandes rasgos el discurso del Estado mexicano sobre derechos humanos, es importante tener en cuenta algunas cuestiones, pues la intención de exponerlas es dar evidencia de la realidad que se contrapone al discurso estatal de protección de los derechos humanos, que debiera ser garantizado por todos los órganos y de conformidad a los principios que se enuncian en el artículo 1º de la Constitución mexicana, resaltando para el caso particular, los de universalidad y progresividad.

3.1. HAY UN EJERCICIO DE ENCRIPCIÓN DE LA NORMA CONSTITUCIONAL EN CUANTO A LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Se parte de la “Constitución encriptada” como herramienta de análisis y crítica de la realidad, a partir del artículo de Gabriel Méndez Hincapíe y Ricardo Sanín Restrepo titulado “La Constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global” (MÉNDEZ HINCAPIÉ; SANÍN RESTREPO, 2012). Una de las afirmaciones de los autores es que desde la sentencia *Marbury vs. Madison*, el contenido político de la Constitución se transforma en un contenido netamente tecnojurídico. Esto es el inicio de la creación de un lenguaje constitucional elitista que sólo un puñado de expertos puede desentrañarlo, y que tiene el objetivo de fortalecer el control social, evitar la interacción política directa, la reducción de la democracia y frustrar las formaciones populares.



Los autores afirman que a pesar que la parte “dogmática” de las constituciones contemporáneas utiliza un lenguaje claro y accesible para la población, a través de la enunciación de principios, garantías y derechos, está diseñada para naufragar, “para ser desactivada en la parte encriptada de la constitución” (MÉNDEZ HINCAPIÉ; SANÍN RESTREPO, 2012, p. 111), pues ésta especializa más los lenguajes, los procedimientos y las reglas de toma de decisión. Es así como la encriptación crea, además, “zonas rígidas de exclusión política y social a partir de la privatización de la cultura” (MÉNDEZ HINCAPIÉ; SANÍN RESTREPO, 2012, p. 113). Esto provoca que el poder pueda ser retenido por una clase social que controla la formalización de los lenguajes; se genera la tecnocracia y meritocracia como nuevas expresiones de racismo.

Lo anterior acarrea, entre otras consecuencias, la reducción del espacio político y de la subjetividad política. La encriptación de la Constitución tiene como tarea eliminar lo político de los conflictos sociales y conducirlos al campo de las decisiones tecnojurídicas; en esta situación se encuentra gran parte del discurso de derechos humanos.

Dicha encriptación se da en cuanto a la obligación establecida en el artículo 1º constitucional, ya que a pesar de la determinación de que todas las autoridades están a cargo de proteger, promover, respetar y garantizar los derechos humanos, su interpretación ha sido codificada por las esferas más altas del poder.⁷¹ En este caso, el ejercicio de encriptamiento se da en el supuesto que señala Alejandro Medici, en cuanto a que “la constitución en vez de ser un proceso abierto a una comunidad ampliada [...] resulta ser un coto cerrado para los operadores judiciales y los doctrinarios del derecho constitucional que tienen la llave de su encriptamiento” (MEDICI, 2018, p. 218), pues son justamente las autoridades que ostentan la investidura judicial los que han concretado una labor de interpretación dispar del texto constitucional.

El uso de la encriptación se ha dado alrededor de la consideración de que la disposición del artículo 1º constitucional, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, lo dispuesto en la sentencia del Caso Radilla Pacheco vs. México, necesita de la regulación judicial. En ese razonamiento, la SCJN

⁷¹ Conforme a lo expuesto por Roberto J. Vernengo, interpretar no es la reproducción de un texto dado, sino la producción efectiva del texto (“Interpretación del Derecho”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto; APORTA, Francisco J. (Eds.). *El Derecho y la Justicia*. 2a. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 241.) Entonces, el intérprete debe atribuir sentido a las circunstancias de hecho y considerar a las situaciones de hecho como condiciones para la aplicación de las consecuencias normativas. Por lo que dicha reforma fue la vía objetiva para la ponderación de derechos en pro del particular y la justicia, haciendo prevalecer los intereses de la persona sobre las formalidades establecidas, toda vez que estas mismas tienen su razón de ser en la protección y, por ende, no pueden ser utilizadas para el detrimento o la ciega aplicación de la ley.

se ha pronunciado para hacer prevalecer la facultad exclusiva que se ostenta desde las instancias judiciales. Lo relevante de la postura de la SCJN –aunque se haya adoptado previo a la reforma, con el Caso Radilla Pacheco vs. México y el expediente varios 912/2010–, es que se sostiene en y alimenta el mismo sentido restrictivo.

Aunado a ello, el criterio de la SCJN interfiere en la esfera de ejercicio de la función administrativa, pues establece la concentración del control de convencionalidad y constitucionalidad en las instancias judiciales, sin importar que en la norma constitucional no se prevea tal restricción y en exclusión de las instancias administrativas que, en su carácter jurisdiccional, cumplen análogas funciones de impartición de justicia y por ende, también cuentan con facultades de determinación de derechos mediante procesos materialmente jurisdiccionales. Por tanto, la encriptación recae en la regulación reduccionista que ejecuta la SCJN sobre el mandato constitucional del artículo 1º, al determinar que las instancias judiciales cuentan con un mayor espectro de facultades en cuanto a la aplicación del control de mérito, que las autoridades de la función administrativa que realizan análogas funciones jurisdiccionales. Ciertamente no se puede hablar de una fetichización de la norma fundamental, pues la previsión del derecho a la protección de derechos humanos, se encuentra implicado en el nuevo paradigma derivado de la reforma del artículo 1º y 133º, mismo que a su vez es trasladable a la tutela de derechos a cargo de las instancias jurisdiccionales. Sin embargo, la mera existencia de una reforma que incluye una perspectiva “progresista” en materia de derechos humanos no es suficiente, pues no implica, per se, su funcionalidad. En este caso, la actividad jurisdiccional y la tutela efectiva de los derechos es el elemento, sine qua non, cualquier ejercicio de justicia es irrelevante.

3.2. LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS HUMANOS CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 1º CONSTITUCIONAL NO CONFORMA DERECHO DE EFECTO ÚTIL

Primero es necesario abordar el concepto de “efecto útil”, para lo que se retoma el criterio conformante de la ratio decidendi expuesto por el Consejo de Estado de Colombia en una acción de reparación directa: “el principio del efecto útil de las normas tiene como finalidad no sólo garantizar la interpretación conforme a la Constitución, sino, de igual forma, evitar confusión e incertidumbre entre los operadores jurídicos” (CONSEJO DE ESTADO, 2014).

Asumido el concepto de “efecto útil”, se puede decir que, a pesar de existir una disposición constitucional que considera el deber de toda autoridad de tutelar efectivamente los derechos humanos observándolos como parámetro de actuación, la efectividad de esta

disposición se merma cuando autoridades que tienen a su cargo el ejercicio de las mismas funciones, en este caso las funciones jurisdiccionales, cuentan con facultades distintas para ejercer la protección constitucional de derechos humanos de los justiciables. Dicha merma se materializa mediante ejercicios de “regulación” de la SCJN, en su papel de máximo intérprete de las normas, al determinar que la aplicación del control de constitucionalidad y convencionalidad es facultad únicamente de las instancias judiciales. Es decir, cuando una autoridad materialmente jurisdiccional ajena a la estructura judicial, advierte una imposibilidad de realizar una interpretación conforme, no cuenta con la facultad de inaplicarla ni siquiera en aras de la protección del derecho humano. Es así que la tutela constitucional se ha vuelto un campo exclusivo de la autoridad judicial, cuando de conformidad con la Constitución, es un campo de actuación integral del Estado a favor de la propia permanencia del Estado constitucional mediante la protección de los derechos humanos que regulan la efectividad Constitucional.

Enrique Dussel afirma que “[d]ecir que existe un cuerpo de derechos vigentes, es lo mismo que indicar que son los derechos del grupo en el poder [...] El derecho vigente y el derecho de los oprimidos es la permanente contradicción objetiva en la historia de la humanidad” (DUSSEL, 2012, p. 149). Este postulado es trasladable al contexto de la efectividad de la norma constitucional en cuanto a la efectividad de sus disposiciones de tutela de derechos y el derecho de acceso a la justicia, pues es evidente que la disposición del derecho vigente gira en torno a los intereses de los grupos de poder que lo determinan. Son esos los que dotan de contenido la normativa y su regulación, por lo que pierde de vista la realidad, enfocándose en la totalidad ficticia. En este caso, el grupo “oprimido” –al que llamaremos “otros”– es el conjunto de justiciables que se encuentran en procesos bajo instancias administrativas, cuyos derechos, entendidos como demandas, se han mermado por la invisibilización de la necesidad del control de constitucionalidad y convencionalidad para alcanzar la justicia sobre los actos y normas que producen afectaciones en sus esferas jurídicas. Por lo tanto, el derecho vigente y el grupo de poder es aquel que se da desde y para las puras instancias judiciales, como órganos centralizados de la hegemonía de la justicia. Como ha señalado Alejandro Medici (2015, p. 127), el constitucionalismo en nuestra región ha desplegado un constitucionalismo más dirigido a poderes que a derechos, de ahí que haya mayor detrimento de eficacia en estos y más favor en aquéllos.



3.3. EN EL SISTEMA DE JUSTICIA MEXICANO EXISTE UNA SUBDIVISIÓN DE LA “AUTORIDAD JURISDICCIONAL” QUE PRODUCE AFECTACIONES EN EL ACCESO A LA JUSTICIA

La fragmentación del sistema de justicia mexicano comienza a partir de la función formal que desempeñan las autoridades; es decir, si hacen parte de la estructura judicial o ejecutiva. A las primeras se les concede el carácter total de autoridades jurisdiccionales, es decir, son la totalidad visible. Mientras tanto, las segundas –de la rama administrativa– se vuelven a dividir; por un lado, en aquéllas que están formalmente estructuradas como órgano judicial, es decir, como tribunales, y por el otro, la autoridad jurisdiccional que guarda una estructura orgánica distinta a la de un tribunal, como por ejemplo serían las direcciones o departamentos jurídicos de las representaciones territoriales de cada secretaría. Entonces, aquellas autoridades jurisdiccionales que no forman parte del poder judicial ni están conformadas como órganos jurisdiccionales tradicionales –entiéndase tribunal o juzgado–, poseen un grado menor de facultades tendentes a la protección de los derechos humanos al no estar facultadas para inaplicar normas mediante el control de convencionalidad y constitucionalidad, sin importar que las mismas no puedan de ninguna forma interpretarse armónicamente para la protección de los derechos de los justiciables. Es así que, los justiciables “otros” ante las instancias administrativas jurisdiccionales que no están constituidas en forma de tribunal, no cuentan con la misma gama de protección de sus derechos que los justiciables ante instancias judiciales, ello por cuestiones relacionadas a la autoridad y no atribuibles a la persona humana intentando acceder a la justicia. Es preciso advertir que los procedimientos ante los que se encuentran diversos justiciables –de la rama judicial y ejecutiva– guardan igualdad en la cuestión adjetiva y en ambos se ventilan situaciones jurídicas que implican afectaciones directas en el ejercicio sus derechos humanos. Si bien derivado de la interpretación propersona del artículo 1º constitucional, se ha reconocido el derecho fundamental a la protección de los derechos fundamentales, los actos tendentes a su protección –como lo es la determinación de reducir las facultades de autoridades materialmente jurisdiccionales imposibilitándonos para ejercer un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad tendente a la protección de derechos– han mermado el mismo contenido de la disposición, materializando un ejercicio contradictorio y de negación de los propios derechos causa de la protección. Lo anterior se ajusta a lo que advirtió Ellacuría “[l]a afirmación de los derechos humanos puede ser la máscara para tapar la violación fundamental de los derechos humanos más básicos.” (ELLACURÍA, 2012, p. 283). Considerando en este caso, el derecho de acceso a la justicia como un derecho humano

“más básico” dado que a éste se sujetan uno o más derechos subjetivos que han sido vulnerados, mismos que generan en primer lugar, la consecuente necesidad de hacer valer el derecho de acceso a la justicia.

3.4. SE INVISIBILIZA LA FINALIDAD DEL SISTEMA DE JUSTICIA.

Como se enunció anteriormente, la justicia debe de serlo para todos y por la simple condición de ser persona humana. El derecho sustantivo debe de ser la pauta para el ejercicio jurisdiccional, pues desde el catálogo de derechos hasta la instauración de las instancias jurisdiccionales nacen con la finalidad de reconocer, en el mundo jurídico estatal, los elementos de dignidad contenidos en los derechos humanos. Es decir, lo que se busca garantizar y resguardar mediante los procedimientos jurisdiccionales es la justicia. Tal como lo ha advertido la SCJN (2010), los derechos adjetivos son los medios para alcanzar los valores inscritos en los derechos sustantivos; es decir, los derechos procesales se mueven en función de proteger los derechos humanos. Por ende, toda la actuación de las instancias jurisdiccionales debe de girar en torno a la finalidad que los justiciables reciban justicia sustantiva y no se debe de circunscribir la misma a la exclusividad de las instancias judiciales, sino al sistema de justicia completo, del cual forman parte todas las instancias jurisdiccionales que tienen a su carga la determinación de derechos y obligaciones. Por otro lado, es menester considerar el orden de prelación que debe de existir al hablar de entes creados dentro del imaginario de justicia, Ellacuría expone el siguiente orden:

Es de capital importancia hablar de estado de justicia y sólo después, de estado de derecho, porque tras el estado de derecho puede ocultarse el mal común, la injusticia estructural e institucional. Un estado de derecho que oculte el estado de injusticia no es parte del bien común sino del mal común. (ELLACURÍA, 2012, p. 379)

De lo anterior se deduce que el Estado se debe al estado de justicia en tanto que éste busca la satisfacción de los valores consagrados en los derechos humanos, y estos últimos materializan la dignidad de la persona humana a través de las condiciones necesarias para alcanzarla. Entonces, cuando el Estado tenga vicios de injusticia, se tiene que replantear su actuación para redirigirlo hacía la satisfacción del bien común, negando cualquier causa originaria de injusticia y siempre estimando a los derechos humanos en su actuación, pues Ellacuría también señaló que estos son la prolongación y actualización histórica del bien común (2012, p. 207).

De lo anterior se concluye que, dentro del plano fáctico, no hay una actuación contundente ni integral en el ejercicio de protección máxima de derechos humanos que dé

seguimiento al discurso proteccionista, garantista y progresista estipulado a rango constitucional. Tampoco hay evidencia, de conformidad con lo hasta ahora expuesto, de que estos derechos sean la brújula de la aplicación y pronunciamientos en torno a la doctrina de control de convencionalidad y constitucionalidad. En ese orden de ideas, tampoco se puede considerar que la disposición del 1º constitucional, que constriñe una obligación de protección de derechos humanos a cargo de todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, sea plenamente observada, dado que en la praxis de las instancias jurisdiccionales no se evidencia su efectividad. Esto es así puesto que al hablar de la actividad de las autoridades administrativas en funciones jurisdiccionales, dicha disposición evidencia fugas. La insuficiencia de facultad de la autoridad materialmente jurisdiccional para “inaplicar” normas que se adviertan inconstitucionales –y no subsanables mediante la interpretación conforme–, producen una merma en la esfera de derechos de los justiciables “otros”, misma que no es compatible con la obligación constitucional de toda autoridad de tutelar derechos en todo acto que realice, considerando plenamente a los derechos humanos como parámetro de actuación.

De conformidad con el principio de división de poderes sería improcedente que las declaraciones de carácter erga omnes en cuanto a la inconstitucionalidad de actos o normas estuvieran a cargo de todas las autoridades jurisdiccionales. Sin embargo, la obligación de las autoridades jurisdiccionales de garantizar la protección de derechos humanos en el ámbito de sus competencias, no se puede considerar soslayable, volviendo necesario que dichas autoridades ejecuten todos los medios necesarios para cumplir con su obligación, y que para ello cuenten con la facultad de inaplicar leyes cuando atenten contra la esfera de derechos humanos de los justiciables a quienes imparten justicia. Lo anterior no implica una afectación al principio de división de poderes, ya que encuentra su límite y fundamento en la funcionalidad del derecho; es importante recordar que, antes que la división de poderes, que es una cuestión orgánica para la funcionalidad del Estado, se posicionan los derechos humanos –y la funcionalidad del Estado es la satisfacción del bien común, que a su vez, observa el cumplimiento y garantía de los derechos humanos–, con la única finalidad de impartir una integral y análoga protección de derechos dentro de todas las instancias del sistema de justicia mexicano.



4. LA CATEGORÍA DE SUBCIUDADANÍA EN EL APARATO DE JUSTICIA Y EL TRATO DESIGUAL A LOS JUSTICIABLES

Una vez establecido el contexto jurisdiccional y marco legal⁷² en el que se desenvuelve una protección de derechos diferenciada que se define a partir de la naturaleza de la instancia –judicial o administrativa–, se discutirá otra categoría para el estudio integral del presente caso. Esta categoría, expuesta entre otros por Alejandro Médici y Juan Russo, es la de subciudadanía, misma que se desprende del concepto propio de ciudadanía.

La pluralidad de escenarios contenidos en el concepto de ciudadanía impide hablar de univocidad de la realidad; no se puede concluir que la realidad de unos es la realidad de todos, ni que los derechos formalmente constituidos para los llamados “ciudadanos” son los derechos que en realidad se viven. Entonces, el carácter de subciudadanos lo asumen aquellos cuya realidad formal o material es distinta a lo que se ha visibilizado y considerado como realidad unívoca. Russo refiere que “se trata de personas a las que las normas jurídicas reconocen un conjunto de derechos, y en ese sentido son formalmente ciudadanos, pero al mismo tiempo son excluidas del ejercicio efectivo de un conjunto de derechos formales” (RUSSO, 2017, p. 466). Dicho de otra manera, son personas que solo realizan un subejercicio de sus derechos, sin llegar a la plena concreción del mismo.

Russo expone la subciudadanía desde el imaginario de “candados”. Los candados ineficientes se traducen en descompromiso o desvinculación en el sistema de los derechos y deberes existente entre el Estado y la sociedad. Una vez que se genera dicho descompromiso también aparecen las prácticas desvinculadas de los derechos, que para los grupos más vulnerables, significa vivir exclusivamente en la parte del sistema que implica deberes, dejando aparte el factor de derechos (RUSSO, 2017, p. 474).

Ahora bien, en relación a nuestro tema, la categoría de subciudadanía la ocupan aquellos justiciables “otros” que, sin perjuicio de ser ciudadanos, no cuentan con la misma posibilidad fáctica de ser protegidos, mediante la inaplicación de normas inconstitucionales e inconventionales, en la esfera de sus derechos subjetivos. Se trata de una ausencia de protección por parte de la autoridad que los coloca en una posición desigual en comparación de los justiciables que en efecto cuentan con dicha protección. Estamos hablando de los justiciables “otros” ante instancias administrativas materialmente jurisdiccionales y, los justiciables ante las autoridades judiciales o administrativas constituidas como tribunal,

⁷² El marco normativo de las facultades que asisten a todas las autoridades jurisdiccionales es definida mediante jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de instrumentos como el modelo general de control de constitucionalidad y convencionalidad expuesto en el expediente varios 912/2010.

respectivamente. Las personas que acuden o son llamados a las instancias judiciales, viven en la realidad unívoca y visible; en la que convergen el discurso y la materialidad, pues tienen el favor de ser protegidos en su esfera de derechos de conformidad con lo que establecen las normas estatales. Mientras que los “otros” que acuden a las instancias administrativas materialmente jurisdiccionales, caen en un supuesto ajeno, pues no vivencian en la práctica lo que se establece en el discurso.

El problema derivado de lo anterior no es simplemente la posibilidad de que la autoridad determine la inaplicación de la norma, sino las implicaciones que dicha posibilidad acarrea a la esfera de derechos subjetivos de los justiciables, pues no se trata de una facultad, sino de la salvaguarda de los derechos humanos del justiciable en tanto que derechos y en tanto que persona humana. Es ahí donde cobran sentido los supuestos de desvinculación que señala Russo en cuanto a “el privilegiar metas organizacionales abstractas por sobre las concretas metas de bienestar de la comunidad política; el privilegiar la acción de mando por sobre la satisfacción colectiva; el priorizar la gobernabilidad por sobre la racionalidad de las decisiones implementadas” (2017, p. 474), pues en este caso, la limitante establecida al ejercicio jurisdiccional de la autoridad, no se traduce en bienestar de la comunidad, ni en satisfacción colectiva y tampoco refleja racionalidad en la decisión, en tanto que la misma conlleva a una desprotección permanente y sistemática en las instancias administrativas materialmente jurisdiccionales.

En esa tesitura, se privilegia el poder y la estructura de las instituciones mediante la invocación de una división de poderes. Dicha división no es adecuada para atender el fin último del Estado de proteger a la persona humana y el bien común y por tanto evidencia la ineficacia de la Constitución formal marcada por la colonialidad del poder. En este caso el poder vertical y unilateral que ejerce la Suprema Corte al establecer lineamientos con fundamentos estructurales que desatienden la protección integral de derechos humanos.

Todo lo referente al carácter de subciudadanos que envuelve a los justiciables “otros” en instancias administrativas se sustenta a partir de que la ciudadanía es un “sistema de compromisos contraídos por el Estado, por la sociedad y por el individuo cuyo objetivo es la igualdad” (RUSSO, 2017, p. 475), por lo que al no haber igualdad –a la hora de brindar la protección y garantía de sus derechos mediante los mismos y necesarios medios–, no se puede hablar de que ambos justiciables se ostenten en el mismo papel fáctico del ejercicio de su ciudadanía. En ese orden de ideas, para hablar de igualdad y de desarrollo en la intensidad de las ciudadanía es indispensable hablar de vinculación del Estado mediante instituciones que garanticen el discurso formal de la protección de los derechos.

Aunado al tema de subciudadanías, se encuentra el de igualdad, que como ya se ha dicho, su aspecto negativo –la desigualdad–, de lugar a la manifestación de las subciudadanías. En este caso la desigualdad se sitúa en el grado e intensidad de la protección que asiste a unos justiciables y a los “otros”. Primero, es pertinente resaltar los elementos relevantes que se toman en consideración para determinar que los justiciables son, en efecto, iguales. Los elementos en este caso son, a saber: que ambos se encuentran sometidos a la determinación de sus derechos a cargo de una autoridad jurisdiccional; que ambos procesos comprenden procedimientos llevados en forma de juicio bajo las mismas generalidades adjetivas; y que ambos estriban en una afectación en su esfera de derechos sustantivos. De esa manera se establece la igualdad de los justiciables.

Es menester recordar que la igualdad se plantea desde la persona humana en carácter de justiciable y no desde la naturaleza de las instancias, pues es aquella la que se encuentra sometida a una vulneración y detrimento de derechos humanos y, posiblemente, una dilación en su derecho de acceso a la justicia.

Ahora bien, es claro que no todas las distinciones son causas de desigualdad en tanto que algunas se encuentran racionalmente justificadas, ya sea mediante acciones afirmativas que atiendan a un fin legítimo u otras vías de justificación. Sin embargo, desde una perspectiva crítica, en toda valoración de cumplimiento del principio de igualdad, es importante la consideración del criterio material del derecho o “juicio de valor”, es decir, el carácter axiológico de las normas. Toda vez que la cuestión de estudio está basada en la efectividad de los derechos humanos, el criterio material será la dignidad, pues es el fin que se persigue mediante lo fundado, es decir, los derechos fundamentales. En ese orden de ideas, el trato desigual debe atender a la materialización de algún fin de la dignidad. En el caso particular, no existe tal justificación, pues la limitante expuesta a la autoridad no implica el resguardo de derechos, sino de manera contraria, genera una desprotección en las instancias jurisdiccionales. Razón por la cual, el control de convencionalidad y constitucionalidad limitado no es una opción viable para la integral protección de derechos y, en cambio, sí lo es un control desconcentrado de las instancias judiciales, que se extienda a todo órgano jurisdiccional. El resguardo hegemónico de la justicia dentro de las instancias judiciales no debe sostenerse por encima de la protección de derechos humanos, como señaló Kant (2002), la persona existe como un fin en sí mismo, no sólo como un medio. Por ende, la inalienabilidad de su vida y la instrumentalidad de la misma, son dos exigencias éticas que derivan del resguardo de su dignidad (DE LA TORRE MARTÍNEZ, 2007, p. 470-471).

5. LA JUSTICIA DESDE LA APLICACIÓN ÉTICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD PARA LA INTEGRAL PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y SU EJERCICIO

Ahora bien, es importante reflexionar sobre el fundamento de la relación entre el derecho y la justicia, desde la reflexión ética.

Para un planteamiento correcto acerca de la mejor manera de definir las facultades de cada autoridad para la aplicación del control de mérito, no se debe olvidar que, por su naturaleza, el derecho que contiene el valor de la justicia se puede considerar desde dos perspectivas: la impartición y el acceso. La primera, atiende a la perspectiva estatal, en tanto que la impartición de justicia es uno de los objetos de creación de dicho ente y pasa a ser una de las actividades exclusivas del Estado, conforme al artículo 17 constitucional; y la segunda, refiere a la perspectiva del justiciable como la posibilidad de todas personas de accionar las instituciones estatales encargadas de impartir justicia.⁷³ Estos aspectos de la justicia no son ajenos entre sí, pues su efectividad reside en su convergencia. Entonces, para hablar de un ejercicio jurisdiccional efectivo, deben de coincidir la efectividad del reclamo y la efectividad de tutela de derechos por parte de las autoridades en función jurisdiccional. Lo anterior es así pues, aún y cuando exista plena legitimidad para determinar un derecho en beneficio de una persona, los mismos están en riesgo –de ser o seguir siendo vulnerados– cuando la tutela jurisdiccional es inadecuada o deficiente. Lo mismo sucede cuando hay una tutela efectiva pero no un derecho a tutelar, es decir, la tutela efectiva no es suficiente para materializar el ejercicio de un derecho si en el fondo del asunto no hay en realidad un derecho sustantivo al cual proteger.⁷⁴

Otra cuestión importante es el carácter de la justicia de ser pronta y expedita; es decir, la atención de las garantías judiciales y derecho de protección judiciales, que cumplan con un plazo razonable,⁷⁵ que debe de ser considerado por los juzgadores a la hora de conocer y pronunciarse sobre cada caso en particular. Como lo ha señalado la Corte Interamericana de

⁷³ Se debe tomar en cuenta que el acceso a la justicia no puede reducirse al simple momento de acceso a los tribunales, ni a la disponibilidad de las instancias jurisdiccionales para la exigencia de los derechos, sino que debe concebirse como todo momento inherente al proceso, mismo que habrá de culminar con la concreción material del derecho, es decir, con la justicia material. Entonces, el acceso a la justicia debe de pensarse de manera integral y siempre enfocado en la efectividad de las acciones jurisdiccionales para la garantía del ejercicio del derecho. Todo esto de conformidad con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷⁴ Si bien se realiza una tutela efectiva por parte del órgano jurisdiccional, al no haber derecho sustantivo al cual proteger, no hay una afectación a la esfera jurídica de la persona, razón por la que no se puede hablar de un “acceso a la justicia” pues no se materializa nada distinto a lo que previo a la intervención jurisdiccional.

⁷⁵ Según el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, de la Organización de los Estados Americanos.

Derechos Humanos, no se puede hablar de un verdadero ejercicio de impartición de justicia ajustado a las exigencias de los estándares internacionales cuando existen actos u omisiones injustificados, por parte de los agentes estatales a cargo de la función jurisdiccional, que produzcan una dilación en el dictado de una resolución que ponga fin al procedimiento o bien, en la ejecución de la misma, que a su vez propicien afectación en el acceso a la justicia en cuanto al derecho sustantivo de los justiciables.⁷⁶ Por ende, para satisfacer el valor de la justicia es necesaria la negación de todo aquello que sin justificación –determinada por el juicio de valor mediante el criterio material de la dignidad– impida el acceso a los derechos sustantivos. En este caso, las limitaciones establecidas a la autoridad, en supuesta observancia a los principios de división de poderes, no cuentan con justificación, pues no se persigue el resguardo de algún concepto de justicia ni dignidad. Por tanto, la protección desde un fundamento ético del derecho reside en la extensión de las facultades del ejercicio del control en cuestión, a fin de dar una protección que defienda los valores de igualdad y justicia; esto sería, mediante el reconocimiento de facultades a todas las autoridades en funciones jurisdiccionales para su posible aplicación, generando la integral protección de derechos humanos.

También es importante abordar la perspectiva del fundamento ético de los derechos humanos, mismo que conforma la base de una teoría situada del derecho para defender la dignidad y la vida humana de todo integrante de la comunidad y en este caso, de los que se ostentan como justiciables. Como Señala Márquez-Fernández, “la ética prescribe un bien en común para todos, siempre que la presunción de la obediencia a los principios sea demostrable en la acción o las conductas” (MÁRQUEZ-FERNÁNDEZ, 2011, p. 101). Este bien común se persigue también por los derechos humanos, fundados en aras de proteger valores que generen las condiciones necesarias para hablar de la dignidad humana, que a su vez implica un bien común. Los derechos humanos suponen un bien para la colectividad y las personas desde el momento en que se vuelven vigentes dentro del marco jurídico. Sin embargo, el bien –o bien estar– implicado en esta ecuación está condicionado a una obligación: la obligación –a cargo del Estado– de reconocimiento, cumplimiento y protección de los mismos.

Sin perder de vista que, como señala Helio Gallardo, “[e]l fundamento de derechos humanos se encuentra en la sociedad civil, en su dinámica emergente liberadora o, lo que es semejante, en sus movimientos y movilizaciones contestatarias” (2008, p. 7). Entonces, desde

⁷⁶ Caso Memoli vs. Argentina, Caso Arguelles y Otros vs. Argentina, Caso Tarazona Arrieta y Otros vs. Perú,

una perspectiva crítica, el fundamento de los derechos humanos se atribuye a la conciencia de la necesidad del bien para todos que emerge en la sociedad civil. Sin perjuicio de lo anterior, la fundamentación de cualquier derecho —dentro y fuera del estado mexicano— es tarea inacabada.

El fundamento del derecho humano al acceso a la justicia se puede comprender dentro de una filosofía jurídica-política iuspositivista en conjunción con una visión iusnaturalista, misma que se observa conforme a los postulados de J. Finnis, toda vez que no parte desde un sentido práctico ni teórico, sino del mismo actuar, entendido por Antonio Salamanca como “recto y razonable” (2008, p. 22); es decir, de un actuar ético. Asimismo señala que “el primer entendimiento que uno tiene sobre el bien humano, y de lo que es digno en los seres humanos de hacer, conseguir, tener y ser, es alcanzado cuando uno está considerando lo que sería bueno, digno de hacer, conseguir, tener y ser” (2008, p. 23). Es por ello que el acceso a la justicia y la recepción de la misma por parte del justiciable, constituyen la materialidad de la realización humana en cuanto a la seguridad y paz de la persona.

Salamanca señala también que “lo deseable...es lo digno en orden a la promoción de un aspecto de la realización humana” (2008, p. 24). De ahí que la protección en torno a los derechos humanos de las personas sea una acción necesaria dentro de la dinámica de la vida en sociedad, pues es lo que provee dignidad a la persona y, por ende, es deseado por los sujetos en aras de lograr la realización de su plan de vida.

Es destacable al tema de la justicia, en cuanto a su acceso e impartición, el postulado de Finnis en el que señala que debe de existir “una limitada importancia de las consecuencias; eficiencia dentro de la razón” (SALAMANCA SERRANO, 2008, p. 28), que significa que las oportunidades de realización no deben de ser desperdiciadas con el implemento de métodos que sean insuficientes o ineficientes para dicha realización. Finnis señala siete bienes básicos fundamentales, no jerarquizados y que conforman el contenido del bien común. En uno de esos bienes se concentra la vida, en la que Finnis enfoca la vida física pero no descarta los aspectos psíquico ni emocional. En ese orden de ideas guarda relevancia la justicia, pues representa una afectación en el bien de la vida, por ende acarrea consecuencias al justiciable. Los efectos y consecuencias que la justicia genere dependerán de si se imparte o no de manera efectiva.

Por otro lado, la subsidiariedad dada entre unos y otros, es una de las ideas principales de Finnis, justificando esta cooperación entre las personas de la sociedad a fin de que todas se



ostenten en las condiciones necesarias para la satisfacción de sus proyectos de vida y bajo el argumento del “cumplimiento de las obligaciones de justicia”. Entonces, al ser el sistema de justicia un conjunto de instituciones conformadas por operadores, dicha calidad de operadores no extrae la cualidad primaria de persona, razón por la que la estructura, funcionamiento y dirección del sistema de justicia debe de organizarse desde una visión que considere al operador en tanto persona y que, a su vez, considere la realización de su función para y por la persona. Misma inferencia es extensiva a todos los órganos del Estado, bajo la reserva de no caer en una perspectiva excesivamente antropológica, pero si a la conciencia colectiva y al objeto del sistema estatal, que tiene como fin último al ser humano, y en consecuencia, existe para dar cumplimiento a los proyectos de vida de las personas.

De lo anterior se puede concluir que la justicia, ya sea desde la perspectiva de acceso o impartición, debe de ser considerada más allá como un valor para la realización humana, en tanto que provee dignidad a las personas de una manera abstracta, mientras que los derechos sustantivos que se materialicen a través de ella podrían ser entendidos como los dignificantes de manera concreta, es decir, la materialidad del valor de la justicia. Estos últimos elementos, al materializarse todos –de manera integral–, y para todas las personas –de manera universal–, son un indicativo de trascendencia y cierre de brechas sociales en la obligación subsidiaria para el cumplimiento de los planes de vida de toda persona.

Aunado a lo anterior, es relevante el postulado de Ellacuría en cuanto a la consideración de las condiciones fácticas de los derechos, pues advierte que “defender los [derechos] fundamentales sin preocuparse de las condiciones reales que los posibilitaban, es mistificar todo el problema de los derechos humanos y del bien común” (ELLACURÍA, 2012, p. 238), pues tal hecho implicaría la reducción al plano de la abstracción y universalidad sin concreciones en el plano fáctico del disfrute de derechos. Entonces, al pregonar la protección de derechos humanos desde el discurso estatal aislado y establecido en la norma constitucional, se estaría invisibilizando la regulación creada por las instituciones de justicia que condicionan el ejercicio de impartición de justicia para se debe realizar en aras de garantizar acceso a los derechos. Para cerrar esta aportación en torno a la justicia –que merecemos en todas las instancias de poder, aún con más razón en las jurisdiccionales–, es pertinente recordar lo que postula Alejandro Medici en cuanto a la fundamentación de la teoría constitucional:

El fundamento de esta diferencia entre una teoría constitucional construida desde una Filosofía de la Liberación y la teoría neoconstitucional o incluso la teoría discursiva, es que éstas cuando argumentan en torno a la pluralidad de valores y principios constitucionales, carecen de noción de la diferencia entre lo que funda la



posibilidad de hacer valoraciones y de tener criterios de priorización de valores, y los valores valorados mismos, aunque parezca un juego de palabras. (MEDICI, 2016, p. 126)

Su postulado es relevante pues, así como se conciba el fundamento de la teoría, también se habrá de concebir el de sus disposiciones. En ese orden de ideas, se deben de tener claros los marcos para su valoración, sin que se pierda de vista el contenido del valor y se considere el referente antropológico así como el elemento de dignidad, que conforman a los derechos humanos y los elevan a parámetros de la acción estatal. En efecto, “la lucha sobre derechos humanos no se traduce en razón sobre fuerza, sino en justicia al oprimido, implica una praxis que confronte y supere las realidades negadoras de derechos humanos generando los medios para el acceso a bienes de manera histórica, más allá del plano de lo abstracto” (ROSILLO MARTÍNEZ; FAZ ARREDONDO, 2015, p. 105), es decir, que el acceso sea material y se de en el plano de la realidad fáctica. Los derechos humanos son una concreción de la justicia y, según Ellacuría, en cuanto a que la justicia debe de ser de todos y para todos respecto de lo que a todos es debido por la simple condición de persona, porque si no se convierten en privilegios que pueden ser usados ideológicamente (ELLACURÍA, 2001, p. 433-436).

La justicia y los derechos humanos no pueden ser valores separados, sino más bien la justicia es el medio para que a la persona se le reconozca como es debido por su mera condición humana y, para poder hablar de justicia, dicho reconocimiento se tiene que dar a todas las personas por igual. De ahí la importancia de que a todo justiciable, en cuanto a su condición de persona humana y justiciable, independientemente de la organización estatal, se le administre la justicia en el sentido de concretar su acceso y disfrute material de derechos.

CONCLUSIONES

La efectividad del derecho de acceso a la justicia no se mide a través del discurso constitucional estatal ni en la visión unívoca de la realidad, sino mediante el camino que tienen que atravesar los “otros” ante los órganos de impartición de justicia para alcanzar la materialidad de sus derechos. Por ende, lo planteado en el presente trabajo atiende al estudio de la eficacia que guarda la norma constitucional en materia de tutela de derechos humanos desde una perspectiva integradora de todos los espacios jurisdiccionales, conociendo de procesos llevados en forma de juicio, a cargo del Estado.

En este caso se evidencia la contraposición que existe entre los postulados del discurso constitucional y los de la práctica jurisdiccional. Asimismo, se expusieron algunos postulados

que, pese a no ser mencionados expresamente en el discurso constitucional, conllevan a planteamientos que sin lugar a duda brindan una protección de derechos humanos centrada en el ser humano, como es el caso de la ética, que refiere a la ética de la vida y que trasciende a la esfera de dignidad y justicia.

La importancia de una visión holística del control difuso de convencionalidad y constitucionalidad en la protección de derechos humanos es que ésta implica concreciones en la realidad fáctica de los justiciables. Conforme a lo expuesto, es necesaria la protección del ser en aras de que todo el sistema estatal guarde un sentido y atienda su finalidad, por ende, toda acción estatal se debe de considerar la protección de derechos humanos antes que la prevalencia de una estructura mínima estatal, cuya modificación no tiene significancia de afectación negativa, pues no se puede confundir el fundamento, que lo es la persona humana y el bien común, con lo fundado, que son los mecanismos, instancias y medidas entabladas para la dignificación y protección de los primeros. Es así que, de ninguna manera puede privilegiarse a lo fundado por encima del fundamento.

El contenido de esta aportación es indispensable para repensar las prácticas judiciales y exponer la necesidad de apertura de los ejercicios de control de convencionalidad y constitucionalidad a fin de que, en tanto que justiciables, todas las personas que se encuentren sometidas a procesos jurisdiccionales llevados en forma de juicio, sean, por igual, sujetos de una tutela de derechos efectiva que privilegie como centro de actuación la protección de los derechos sustantivos.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Granada: Comares, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoría de los principios**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

CONSEJO DE ESTADO. **Sala de lo Contencioso Administrativo**, Sección Tercera, Sentencia 05001-23-31-000-2011-00462-01(44544), M.P. Enrique Gil Botero, 14 de mayo de 2014.

DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos. ¿Bajo qué criterios es posible justificar que una ley otorgue un trato desigual en ejercicio de los derechos fundamentales?. **Problema: anuario de filosofía y teoría del derecho**, núm. 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 449-474.

DUSSEL, Enrique. **Praxis latinoamericana y filosofía de la liberación**. Capítulo 9: Derechos básicos, capitalismo y liberación. Buenos Aires: Docencia, 2012.



ELLACURÍA, Ignacio. Historización del bien común y de los derechos humanos en una sociedad dividida. In: Juan Antonio Senent (ed.). **La lucha por la justicia**. Selección de textos de Ignacio Ellacuría (1969-1989), Bilbao: Universidad de Deusto, 2012, pp. 275-291.

ELLACURÍA, Ignacio. El mal común y los derechos humanos. In: Juan Antonio Senent (ed.). **La lucha por la justicia**. Selección de textos de Ignacio Ellacuría (1969-1989), Bilbao: Universidad de Deusto, 2012, pp. 377-379.

ELLACURÍA, Ignacio. Historización de los derechos humanos desde los pobres oprimidos y las mayorías populares. In: **Escritos Filosóficos**, Tomo III. San Salvador: UCA Editores, 2001, p. 433-446.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 2001.

FERRER MAC-GREGOR POISSOT, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios Constitucionales**, v. 9, n. 2, Centro de estudios Constitucionales de Chile, Santiago, 2011.

GALLARDO, Helio. **Teoría crítica: matriz y posibilidades de derechos humanos**. San Luis Potosí: UASLP-CEDH, , 2008.

GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh. La reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de derechos humanos. Una lectura desde el derecho internacional. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XLVIII, núm. 143, mayo-agosto 2015, pp. 465-696.

KANT, Immanuel. **Fundamentación para una metafísica de las costumbres**. Roberto R. Aramayo (ed.). Madrid: Alianza, 2002.

MÁRQUEZ-FERNÁNDEZ, Alvaro B. Ética y Derechos Humanos. Enlace: **Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento**, n. 8, v. 1, Maracaibo, 2011, pp. 99-103.

MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M. Reforma constitucional en materia de derechos humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XLIV, núm. 130, enero-abril de 2011, pp. 405- 425.

MEDICI, Alejandro. Crítica Jurídica y Teoría Constitucional. In: Alejandro Rosillo Martínez; Guillermo Luevano Bustamante. **En torno a la Crítica del Derecho**. Aguascalientes–San Luis Potosí: CENEJUS – UASLP, 2018, pp. 215-226.

MEDICI, Alejandro. Poderes y derechos en el constitucionalismo latinoamericano: el método de historización de conceptos ellacurianos y la crítica del constitucionalismo regional. In: Alejandro Rosillo Martínez; Ramón Manuel Pérez Martínez (coords), **Historizar la Justicia: estudios sobre el pensamiento de Ignacio Ellacuría**. Aguascalientes–San Luis Potosí: CENEJUS–UASLP, 2015, pp. 127-144.

MEDICI, Alejandro. **Otros Nomos: teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano**, Aguascalientes-San Luis Potosí: CENEJUS-UASLP, 2016.



MÉNDEZ HINCAPIÉ, Gabriel; SANÍN RESTREPO, Ricardo. La Constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**, n. 8, julio – diciembre 2012, pp. 97-120.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, 1969.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

ROSILLO MARTINEZ, Alejandro; FAZ ARREDONDO, Laurencio. Hermenéutica histórica y hermenéutica analógica. In: Alejandro Rosillo Martínez; Ramón Manuel Pérez Martínez, (Coords.). **Historizar la Justicia: estudios sobre el pensamiento de Ignacio Ellacuría**. Aguascalientes–San Luis Potosí: CENEJUS–UASLP, 2015, pp. 88-108.

RUSSO, Juan. Ciudadanías y subciudadanías: la teoría de los candados. **Società mutamento politica**, v. 8, n. 15, 2017, pp. 465-480.

SALAMANCA SERRANO, Antonio. Vías actuales para la fundamentación de los Derechos Humanos. In: Alejandro Rosillo Martínez (coord.). **Derechos humanos, pensamiento crítico y pluralismo jurídico**. San Luis Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí-Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2008, pp. 13-64.

SALAZAR UGARTE, Pedro (Coord.). **La reforma constitucional sobre derechos humanos: una guía conceptual**. México: Instituto Belisario Domínguez - Senado de la República, 2014.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. P./J. 20/2014 (10a.).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. **Semanario Judicial de la Federación**. Décima época; pleno; libro 5, abril de 2014. Tomo I; Pág. 202. P./J. 20/2014 (10a.).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. **Semanario Judicial de la federación y su Gaceta**. Tesis aislada; novena época; Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXXI, enero de 2010; p. 2123, I.4o.C.48 K.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. **Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad**. 2a. ed. México, 2015.

TUSSEAU, Guillaume. **Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional: un ensayo de crítica**. México: Porrúa, 2011.

VERNENGO, Roberto J. Interpretación del Derecho. In: Ernesto Garzón Valdés; Francisco J. Aporta (Eds.). **El Derecho y la Justicia**. 2a. ed. Madrid: Trotta, 2000, pp. 239-265.

