

Temas selectos de
Derecho Electoral



Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEPJF

Carlos Bernal Pulido

Temas selectos de **8**
Derecho Electoral

**Los derechos
fundamentales en la
jurisprudencia del Tribunal
Electoral del Poder
Judicial de la Federación**

Carlos BERNAL PULIDO

342.7108 Bernal Pulido, Carlos.
B166d

Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación / Carlos Bernal Pulido. -- México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

69 p.-- (Serie Temas Selectos de Derecho Electoral; 8)

ISBN 978-607-7599-56-2

1. Derechos fundamentales – México. 2. Jurisprudencia – Derechos Humanos – Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 3. Derechos fundamentales – Teoría. I. Serie.

SERIE TEMAS SELECTOS DE DERECHO ELECTORAL

D.R. 2009 © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Carlota Armero No. 5000, Colonia CTM Culhuacán,
Delegación Coyoacán, México, D.F., C.P. 04480,
Tels. 5728-2300 y 5728-2400.

Coordinador de la serie: Dr. Enrique Ochoa Reza
Director del Centro de Capacitación Judicial Electoral.
Edición: Coordinación de Comunicación Social.

Las opiniones expresadas en el presente número son responsabilidad exclusiva del autor.

DIRECTORIO

Sala Superior

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa
Presidenta

Magistrado Constancio Carrasco Daza

Magistrado Flavio Galván Rivera

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado José Alejandro Luna Ramos

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Magistrado Pedro Esteban Penagos López

Comité Académico Editorial

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado Constancio Carrasco Daza

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Dr. Ruperto Patiño Manffer

Dr. Lorenzo Córdova Vianello

Dra. Karina Mariela Ansolabehere Sesti

Dr. Álvaro Arreola Ayala

Dr. Rafael Estrada Michel

Secretarios Técnicos

Dr. Enrique Ochoa Reza

Lic. Octavio Mayén Mena

PRESENTACIÓN

En esta nueva entrega de la serie editorial *Temas selectos de Derecho Electoral*, el doctor Carlos Bernal Pulido nos ofrece su ensayo sobre “Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”, en el cual estudia uno de los temas más relevantes para la justicia electoral en México, consistente en establecer la esencia jurídica de los derechos político-electorales y los medios para su efectiva tutela.

El autor parte del análisis doctrinal de los elementos que configuran a los derechos fundamentales en general. Esto en razón de que en el caso de la Constitución mexicana los derechos político-electorales se encuentran comprendidos en un apartado distinto al de las garantías individuales, las que de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación tienen el carácter de prerrogativas fundamentales.

El análisis conceptual permite a Bernal Pulido precisar las características inherentes a los derechos fundamentales y, por ende, los elementos esenciales que deben revestirlos. El autor afirma que el carácter de derecho fundamental no deriva de su ubicación o denominación constitucional. Los derechos fundamentales constituyen uno de los pilares del Estado Constitucional de Derecho y del propio orden internacional, a través de los tratados en la materia, los cuales por cierto, de conformidad con lo previsto en el artículo 133, forman parte del sistema jurídico mexicano.

Bernal Pulido pone de relieve el hecho de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado por conferir a los derechos políticos el carácter de garantía individual y, consecuentemente, el de prerrogativa fundamental, a pesar de encontrarse comprendidos en un apartado distinto de la Carta Magna. Dicho tratamiento es, en gran medida, resultado de la labor interpretativa del TEPJF.

En efecto, en el caso mexicano fue en 1996 cuando se dio el primer paso en la tutela de los derechos políticos, al crearse el Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano,

que en ese entonces garantizaba los derechos de votar, ser votado y de asociarse libre y pacíficamente para tomar parte en los asuntos políticos del país. Sin embargo, como órgano garante de los derechos político-electorales el TEPJF ha ido más allá. A propósito de las inconformidades planteadas por los militantes respecto de las dirigencias de los partidos políticos, ha articulado una interpretación garantista de la ley y ha subsanado algunos vacíos legales.

El estudio destaca la labor de interpretación e integración de jurisprudencia del TEPJF al conocer y resolver dichos juicios, pues a partir de tales criterios se ha ampliado el catálogo de derechos político-electorales del ciudadano. Hoy en día, además de los derechos a votar y ser votado, el TEPJF protege el derecho de cualquier ciudadano a tener acceso a la información pública de las autoridades electorales y de los partidos políticos; la libertad de expresión y difusión de ideas durante las campañas electorales; el derecho de petición, la afiliación libre e individual del ciudadano al partido político de su preferencia; e incluso, el hecho de que los afiliados o militantes cuenten con los medios adecuados de defensa de sus derechos, frente a las controversias que pudieran surgir en el interior de los partidos políticos.

Cabe destacar que buena parte de la jurisprudencia del TEPJF que amplía y garantiza los derechos político-electorales fue retomada en la última reforma electoral (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de noviembre de 2007, el 14 de enero de 2008 y el 1 de julio de 2008), en la que se establecieron las bases constitucionales para ampliar la tutela de los derechos fundamentales en materia electoral. Estos derechos se detallaron luego tanto en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales como en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en materia electoral.

El texto del doctor Carlos Bernal Pulido forma parte de la contribución del TEPJF al debate académico de temas relevantes en materia electoral.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL ELECTORAL
DEL PODER JUDICIAL
DE LA FEDERACIÓN

*Carlos BERNAL
PULIDO*

*Profesor de derecho constitucional y
filosofía del derecho de la Universidad
Externado de Colombia.*

SUMARIO: I. Introducción; II. El concepto de derecho fundamental; III. Bases para un concepto de derecho fundamental en el ordenamiento jurídico de México; IV. Conclusiones.

SÍNTESIS

El objetivo de este trabajo es determinar cuáles con las propiedades suficientes y necesarias que conforman el concepto de los derechos fundamentales y cuál es el papel que la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación desempeña en la elaboración de este concepto. La idea principal es que los derechos fundamentales son una especie del género de los derechos subjetivos, que se definen por una característica específica: su fundamentalidad. La fundamentalidad, por su parte, consiste en un conjunto de propiedades formales y materiales. Las propiedades materiales, que tienen que ver con la protección de las propiedades básicas de

una persona liberal, democrática y de aquella que es presupuesta por el Estado Social, tienen una primacía sobre las propiedades formales. Las propiedades formales, a su vez, se refieren a la inclusión de los derechos fundamentales en el texto constitucional, en el llamado bloque de constitucionalidad o en la jurisprudencia de los altos tribunales. En México, el reconocimiento de un derecho por parte del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación como un derecho fundamental, es una propiedad constitutiva del concepto de derecho fundamental.

Palabras clave: Derechos fundamentales, derechos subjetivos, fundamentalidad, jurisprudencia electoral.

ABSTRACT

This paper aims to determine what sufficient and necessary properties a right should bear in order to be a Fundamental Legal Right and what kind of role plays the case law of the Mexican Federal Electoral Court in the task of building a concept of Fundamental Legal Rights appropriate for the Mexican Law. The main thesis is that Fundamental Legal Rights are a kind of rights whose differentia specifica is its fundamental character. This fundamental legal character is made of a set of formal and material properties. Material properties relate to the protection of the basic features of the liberal and democratic person presupposed by the Rule of Law. Material properties bear a priority over formal properties. Formal properties refer to the inclusion of a right in the constitutional text, in the constitutional block or to the recognition of the right by the case law. In Mexico, the recognition of a right as Fundamental Legal Right by the case law of the Federal Electoral Court is a formal property of the concept of Fundamental Legal Right.

Key Words: *Fundamental legal rights, rights, fundamental character, electoral case law.*

I. INTRODUCCIÓN

En la última ola de transiciones a la democracia, el Estado Constitucional Democrático se ha implantado a lo largo y ancho de América Latina. Estas transiciones se han llevado a cabo en algunos países mediante la expedición de nuevas constituciones, en otros mediante la reforma de las constituciones existentes, y en otros, simplemente, mediante la interpretación constitucional o por medio —de mutaciones constitucionales.¹ En este tipo de Estado, los derechos fundamentales son la piedra angular del sistema jurídico. Su contenido irradia todas las áreas del Derecho, que sufren un proceso de constitucionalización y de iusfundamentalización. El sistema jurídico deviene a la medida de los derechos fundamentales.

En México, la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación² ha introducido al ordenamiento jurídico algunos de los elementos básicos de la dogmática de los derechos fundamentales, al llevar a cabo una reinterpretación de las así llamadas “garantías individuales”, previstas de forma originaria por el Capítulo Primero del Título Primero de la Constitución de 1917. Estos elementos básicos de la dogmática de los derechos fundamentales han producido un profundo cambio en la forma de interpretar y aplicar

¹ Cfi: Sobre el concepto de mutación constitucional: G. Jellinek, *Verfassungswandlung und Verfassungsänderung*, Häring, Berlín, 1906, p. 3. De acuerdo con Jellinek, una mutación constitucional es una reforma de la Constitución que deja inalterado el texto formal del documento constitucional y que se lleva a cabo en la práctica jurídica. La mutación no está acompañada de la intención de reformar la Constitución ni de la conciencia de estar haciéndolo.

² Cfi: O. Sánchez Cordero de García Villegas, “La interpretación de los derechos fundamentales por la Suprema Corte de Justicia de México”, disponible en la internet en: <http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/oscgv/Conf/01junio-conferencia-derechos-fundamentales.pdf>; Consultado el 26 de marzo de 2008.

el derecho electoral, que, sin lugar a dudas, se enarbola como el pilar de la democracia representativa en el Estado Mexicano.

Para citar sólo un ejemplo, puede destacarse la forma en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado los derechos de participación política — que se encuentran protegidos por la Constitución, tanto en el apartado de las garantías individuales como en el artículo 35 del capítulo IV, referido a los ciudadanos mexicanos — como derechos fundamentales. En virtud de esta interpretación y de la atribución del carácter fundamental, tales derechos gozan de la protección constitucional encomendada al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con sus respectivas esferas de competencia jurisdiccional.³

Incluso, cabe señalar que aunque la existencia de esta protección constitucional reforzada no es una propiedad constitutiva de la importancia de los derechos fundamentales, sino más bien una consecuencia de dicha fundamentalidad,⁴ es cierto que la protección constitucional reforzada sí representa un mecanismo *sine qua non* para que los derechos fundamentales dispongan de una eficacia apropiada. En lo concerniente a la protección de los derechos de participación política en México, en el conocido caso Castañeda, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había recomendado que se creara un mecanismo judicial de protección constitucional

³ Cfr. Tesis P/J. 83/2007 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número de registro: 170783, acción de inconstitucionalidad 47/2006 y sus acumuladas 49/2006, 50/2006 y 51/2006, ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, p. 984: “Los derechos de participación política establecidos en las fracciones I y II del artículo 35 constitucional son verdaderas garantías individuales o derechos fundamentales...”.

⁴ Es cierto que los derechos fundamentales gozan de una protección constitucional reforzada precisamente por ser derechos fundamentales y no lo contrario, es decir, que ciertos derechos sean fundamentales precisamente porque tengan una protección constitucional reforzada. Esta protección es un efecto y no una causa de la importancia de los derechos fundamentales.

reforzada para tales derechos, a fin de que pudieran gozar de una eficacia apropiada. Tal eficacia no es otra que aquella que los mecanismos de control de constitucionalidad brindan a los derechos fundamentales. Pues bien, la creación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y, en especial, del juicio de protección de los derechos político-electorales del ciudadano (fortalecido por las reformas constitucional y legal de 2007 y 2008) supuso el origen de un verdadero mecanismo de control de constitucionalidad que permite ofrecer una eficacia apropiada a los derechos de participación política y a sus derechos conexos⁵ y, en consecuencia, permite tutelar de manera adecuada el carácter de derechos fundamentales que tienen todos estos derechos.

Ahora bien, en este marco puede señalarse que el objetivo primordial del presente texto es analizar el significado del reconocimiento de los derechos fundamentales por parte de la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Dicho de for-

⁵ Sobre la protección de derecho fundamental a los derechos de participación política y a sus derechos conexos mediante el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, *cf.*: la siguiente tesis del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación: “el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano debe considerarse procedente no sólo cuando directamente se hagan valer presuntas violaciones a cualquiera de los siguientes derechos político-electorales: I) De votar y ser votado en las elecciones populares; II) De asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país, y III) De afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos, sino también cuando se aduzcan violaciones a otros derechos fundamentales que se encuentren estrechamente vinculados con el ejercicio de los mencionados derechos político-electorales, como podrían ser los derechos de petición, de información, de reunión o de libre expresión y difusión de las ideas, cuya protección sea indispensable a fin de no hacer nugatorio cualquiera de aquellos derechos político-electorales, garantizando el derecho constitucional a la impartición de justicia completa y a la tutela judicial efectiva”. Esta tesis ha sido aplicada en los juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano: SUP-JDC-117/2001, SUP-JDC-127/2001 y SUP-JDC-128/2001. Véase: Revista Justicia Electoral 2003, suplemento 6, pp. 40-41, Sala Superior, tesis S3ELJ 36/2002. Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, pp. 164-165.

ma más concreta, este análisis pretende definir cuál es el concepto adecuado de los derechos fundamentales, en general, y en el orden jurídico mexicano y en el ámbito de la jurisprudencia del TEPJF, en particular. Asimismo, se pretende establecer cómo se relacionan los derechos fundamentales protegidos por el Tribunal Electoral con los derechos humanos consagrados en las normas convencionales pertenecientes al sistema interamericano de derechos humanos y protegidos por la jurisprudencia de la Corte de San José de Costa Rica. El problema central que pretende abordarse es:

¿Cuál es el concepto de derecho fundamental en general y el concepto de derecho fundamental constitucionalmente adecuado, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación?

Para dar una respuesta a tal pregunta, este trabajo se desarrollará mediante una técnica documental, que comprenderá tres metodologías:

1. **Análisis conceptual:** la primera metodología consiste en un análisis de los conceptos generales de los derechos fundamentales y su estructura. En esta primera metodología es de gran importancia la consideración de los principales elementos de la teoría de los derechos fundamentales, fraguada sobre todo en la dogmática alemana (en obras como las de Alexy, Stern, Böckenförde y Häberle).
2. **Análisis de jurisprudencia:** la segunda metodología consiste en la reconstrucción y el análisis de las principales decisiones sobre los derechos fundamentales, presentes en la jurisprudencia del TEPJF.
3. **Derecho comparado:** la tercera metodología es la del derecho comparado. Esta metodología permite poner las líneas jurisprudenciales, que constituyen la jurisprudencia del Tribunal, en relación con lo que ocurre en otros ordenamientos

jurídicos, señaladamente los de los países de América Latina y el ordenamiento del Sistema Interamericano del Derechos Humanos. El derecho comparado siempre permite hacer una evaluación atinada de los fenómenos jurídicos que se analizan desde su perspectiva, mediante un análisis de luces y sombras, de ventajas y desventajas relativas a la forma como se protegen los derechos fundamentales en los diversos países y sistemas.

Como resultado de la aplicación de esta metodología podrá entonces hacerse un dictamen del significado y alcance de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral en perspectiva teórica y comparada.

No quisiera terminar esta introducción sin dejar constancia del apoyo financiero e intelectual que esta investigación ha recibido del Tribunal Electoral, y en concreto del Centro de Capacitación Judicial Electoral. En especial, estoy en deuda con el estímulo que he recibido de los honorables magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, del doctor Enrique Ochoa Reza, Director del Centro de Capacitación Judicial Electoral, así como del maestro Octavio Ramos, investigador del mismo, por sus valiosas sugerencias en cuanto a la jurisprudencia y la doctrina mexicana que sirve de base a este trabajo y por sus muy pertinentes comentarios y críticas al manuscrito original. Sin ellos, esta investigación nunca habría podido llevarse a cabo.

II. EL CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL

El concepto de derechos fundamentales es una especie del género *derechos jurídicos subjetivos*. En este sentido, los derechos fundamentales son derechos jurídicos subjetivos cuya *differentia specifica* estriba en su carácter *fundamental*. La formulación de un concepto de derechos fundamentales debe pasar, por tanto, en primer lugar, por una comprensión del concepto de derechos jurídicos subjetivos y, en segundo lugar, de la fundamentalidad, es decir, de aquellas propiedades específicas del carácter de derecho fundamental.

EL CONCEPTO DE DERECHOS JURÍDICOS SUBJETIVOS

Los derechos jurídicos subjetivos, en tanto derechos *jurídicos*, son derechos que existen en la medida en que han sido establecidos por las normas jurídicas que componen un determinado ordenamiento jurídico. En algunos idiomas como el castellano, el alemán, el italiano y el francés, es necesario referirse a estos derechos con el calificativo de *subjetivos* para expresar que se refieren a posiciones jurídicas del sujeto y para marcar una diferencia con el concepto objetivo de derecho, que alude a los sistemas u ordenamientos jurídicos como un todo.⁶

Los derechos jurídicos subjetivos suscitan interesantes preguntas que los han situado en el centro de diversas polémicas. A fin de aclarar el concepto de derechos jurídicos subjetivos, aquí sólo han de interesar dos interrogantes. En primer lugar, conviene preguntar con qué acepciones se utiliza la expresión “derecho” cuando se hace

⁶ Esta ambigüedad de las palabras ‘derecho’, ‘*Recht*’, ‘*diritto*’ y ‘*droit*’ no se presenta en idiomas como el inglés, en el que mientras la palabra ‘*law*’ expresa el sentido objetivo del término ‘derecho’, la palabra ‘*right*’ expresa su sentido subjetivo.

referencia a los derechos jurídicos subjetivos. En segundo lugar, se plantea el interrogante de si todos los derechos jurídicos subjetivos tienen la misma estructura o si existen varias clases de derechos jurídicos subjetivos. Como en seguida se verá, la respuesta a la primera pregunta conduce a la diferencia entre disposición, norma y posición jurídica. La respuesta a la segunda pregunta conduce a la distinción entre diversas clases de posiciones jurídicas.

Disposición, norma y posición

Quien utiliza la expresión derecho, en el sentido de los derechos jurídicos subjetivos, puede hacerlo por lo menos con tres diferentes acepciones, con las cuales puede hacer referencia por los menos a tres objetos distintos: a la disposición jurídica que constituye el anclaje del derecho en las fuentes del sistema jurídico, a la norma jurídica que establece el derecho y que se adscribe interpretativamente a la disposición jurídica, o al derecho en sentido estricto que, en aras de la claridad, conviene llamar posición jurídica.⁷

Se refiere a una disposición jurídica quien, por ejemplo, usa la palabra derecho en el siguiente enunciado: “El derecho de asociación está protegido por el Artículo 9 de la Constitución Mexicana”. Las disposiciones jurídicas son los enunciados pertenecientes a las fuentes del derecho que establecen los derechos jurídicos subjetivos. A causa de su redacción lapidaria, las disposiciones jurídicas presentan un alto grado de indeterminación lingüística.⁸ Como

⁷ Sobre la distinción entre disposición, norma y posición como elementos de los derechos fundamentales, *cfr.*: R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, segunda edición (traducción y estudio introductorio de C. Bernal Pulido), 2008, p. 214 y ss.

⁸ Aquí se entenderá, de acuerdo con Endicott, que la indeterminación lingüística es una “falta de claridad en el significado de las expresiones lingüísticas que puede ser la causa de cierto tipo de indeterminación jurídica”. Por indeterminación

consecuencia de la indeterminación lingüística, es posible adscribir interpretativamente varias normas jurídicas a cada disposición.

Entendidas de acuerdo con el concepto semántico de norma,⁹ las normas de los derechos son el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones jurídicas que se obtienen mediante la interpretación.¹⁰ Este conjunto de significados se expresa mediante proposiciones prescriptivas que atribuyen a los sujetos del derecho diversas posiciones jurídicas. Se refiere a una norma que establece un derecho quien, por ejemplo, sostiene que “el derecho de asociación prohíbe al Estado Mexicano imponer injustificadamente a los ciudadanos la afiliación a determinadas asociaciones”. Esta prohibición es el contenido de una norma, que se adscribe interpretativamente al artículo 9 de la Constitución Mexicana y que establece una posición jurídica cuyo titular es el individuo y cuyo destinatario es el Estado.

Las posiciones jurídicas

Por último, las posiciones jurídicas son relaciones entre uno o varios sujetos de derecho.¹¹ Con bastante frecuencia, cuando los hablantes aducen tener derechos, hacen referencia a las posiciones jurídicas. Ello ocurre, por ejemplo, cuanto alguien aduce ser el titular del derecho de asociación.

jurídica se entiende una situación en la que una pregunta jurídica no tiene una única respuesta correcta. *Cfr.* T. Endicott, “Linguistic Indeterminacy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, 1996, p. 669.

⁹ Sobre el concepto semántico de norma, *cfr.*: R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 33 y ss.

¹⁰ Sobre la distinción entre disposición jurídica y norma jurídica, *cfr.*: R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1993, p. 17 y ss.

¹¹ Sobre el concepto de posición jurídica, *cfr.* L. Lindahl, *Position and Change. A Study in Law and Logic* (traducción del sueco al inglés de P. Needham), Reidel, Dordrecht, 1977, Capítulo Primero.

En la teoría jurídica y en la teoría ética se han propuesto varios sistemas de posiciones jurídicas. Bien conocidos son los sistemas expuestos por J. Bentham,¹² W. N. Hohfeld,¹³ S. Kanger¹⁴ (este último fue luego refinado por L. Lindahl)¹⁵ y R. Alexy.¹⁶ Un estudio crítico de estos sistemas sobrepasa los propósitos de esta investigación. Aquí basta señalar que las principales posiciones que existen en los sistemas jurídicos y que constituyen la parte esencial de las obras de los autores mencionados, son el derecho a algo, la libertad, la competencia y la inmunidad. Estas posiciones pueden definirse de la siguiente forma, de acuerdo con aquello que atribuyen al titular y al destinatario de las mismas.

El **derecho a algo**¹⁷ es una posición jurídica en la que el titular (en adelante: 'T') tiene un derecho a que el destinatario (en adelante: 'D') lleve a cabo u omita una conducta (en adelante: 'C'). De manera correlativa, 'D' tiene un deber de hacer u omitir 'C' frente a 'T'.

La **libertad** es una posición jurídica en la que 'T' es libre frente a 'D' para llevar a cabo 'C'. De manera correlativa, 'D' carece de un derecho a algo para impedir que 'T' lleve a cabo u omita 'C'.

¹² Cfr. J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (J. H. Burns/H. L. A. Hart (comps.)), Free Press, Londres, 1970. p. 299 y ss.; Id., *Of Laws in General* H. L. A. Hart (comp.), Athlone Press, Londres, 1970, p. 15. Este sistema fue bien difundido por H. L. A. Hart en: "Bentham on Legal Rights", en A.W. B. Simpson (comp.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Segunda Serie, Oxford University Press, Oxford, 1973, p. 171-201.

¹³ Cfr. W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, W. W. Cook (ed), Yale University Press, New Haven, 1919.

¹⁴ Cfr. S. Kanger, "New Foundations for Ethical Theory", en R. Hilpinen (comp.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Kluwer, Dordrecht, 1971, p. 36-58.

¹⁵ Cfr. L. Lindahl, *Position and Change. A Study in Law and Logic*, op. cit.

¹⁶ Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 163.

¹⁷ Cfr. Sobre el concepto de derecho a algo: Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 163. Este concepto es idéntico al concepto anglosajón de "claim right".

La **competencia** es una posición jurídica en la que mediante una acción o un conjunto de acciones de 'T' puede modificarse la situación jurídica de 'D'. De manera correlativa, 'D' tiene una sujeción. 'D' está sujeto a que su situación jurídica pueda modificarse como consecuencia de la acción o las acciones de 'T'.

La **inmunidad** es una posición jurídica en la que la situación jurídica de 'T' no puede ser modificada por las acciones de 'D'. De manera correlativa, 'D' carece de competencia para modificar, mediante sus acciones, la situación jurídica de 'T'.

El derecho jurídico subjetivo como un todo

Los derechos jurídicos subjetivos son, entonces, un todo, compuesto por una disposición jurídica,¹⁸ a la que se adscriben interpretativamente un conjunto de normas jurídicas, que a su vez establecen un haz de posiciones jurídicas de derechos a algo, libertades, competencias e inmunidades y sus correlativos: deberes, no-derechos, sujeciones y no-competencias. Siempre que alguien se refiere a un derecho subjetivo como un todo, hace alusión al conjunto de todos estos elementos.

Entre las posiciones jurídicas y las normas jurídicas existe un nexo de implicación necesaria. Si una posición jurídica existe, entonces debe tener validez una norma que la establezca.¹⁹ Los derechos a algo, deberes, libertades, no-derechos, competencias, sujeciones,

¹⁸ Desde luego, es posible que, sobre todo en los sistemas jurídicos en los cuales la jurisprudencia o la costumbre sean las principales fuentes del derecho, existan derechos jurídicos subjetivos como un todo sin que exista una disposición jurídica que los fundamente. En este caso, su fundamento estribará en su reconocimiento jurisprudencial o consuetudinario. La jurisprudencia o la costumbre reconocerán el carácter vinculante de las normas que establecen los derechos jurídicos subjetivos de que se trate.

¹⁹ Cfr: Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires (traducción al castellano de la primera edición), 1994, p. 121.

inmidades y no-competencias, están establecidos por mandatos, prohibiciones o permisos contenidos en normas jurídicas. Por su parte, las normas jurídicas son estatuidas o se adscriben interpretativamente a las disposiciones que pertenecen a las fuentes del derecho.²⁰ Las normas jurídicas expresan el deber ser que tales disposiciones establecen.

LA FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Dicho lo anterior debe ahora preguntarse ¿cuál es la *differentia specifica* de los derechos fundamentales? ¿Qué los caracteriza como una especie dentro del género de los derechos jurídicos subjetivos? ¿Cuáles son las propiedades suficientes, las propiedades necesarias o las propiedades suficientes y necesarias para que un derecho jurídico subjetivo pueda ser considerado con un derecho fundamental, es decir, cuáles son las propiedades esenciales de los derechos fundamentales?

Los candidatos que pueden contar como propiedades esenciales de los derechos fundamentales pueden tener una variada naturaleza: formal y material.²¹

²⁰ Sobre el concepto de adscripción interpretativa, *cfr.*: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, tercera edición actualizada, 2007, capítulo primero.

²¹ Sobre la distinta naturaleza de los candidatos que pueden contar como propiedades esenciales de los derechos fundamentales, *cfr.* Robert Alexy, "Discourse Theory and Fundamental Rights", en A. J. Menéndez y E. O. Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Kluwer, Dordrecht, 2006, p. 15.

Propiedades formales

Para comenzar, aparecen ciertas *propiedades de naturaleza formal*. En el caso de los derechos fundamentales, cuatro son las propiedades formales más aludidas. Ordenadas desde la más restrictiva hasta la más amplia, ellas son las siguientes: la inclusión del derecho en el capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución; la inclusión del derecho en la Constitución; la inclusión del derecho en una fuente formal diferente de la Constitución pero a la que la Constitución reenvía —sobre todo, los tratados internacionales sobre derechos humanos—; y el reconocimiento del derecho por parte de la jurisprudencia constitucional. Es necesario considerar a continuación cada una de estas propiedades.

La inclusión del derecho en el capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución

En relación con esta propiedad surgen tres posibilidades: ella puede considerarse como una propiedad suficiente y necesaria, como una propiedad necesaria o sólo como una propiedad suficiente.

Si se considera como una *propiedad suficiente y necesaria*, un derecho jurídico subjetivo será un derecho fundamental si y sólo si la disposición que lo establece está incluida dentro del capítulo de la Constitución que establece el catálogo de los derechos fundamentales. En otras palabras, los derechos fundamentales serán aquellos y sólo aquellos que aparecen en el capítulo de la Constitución que establece el catálogo de los derechos fundamentales. Asimismo, todos los derechos incluidos en tal catálogo tendrán el carácter de derechos fundamentales.

A favor de esta interpretación, basada en el criterio de interpretación *ad rubrica* o *sedes materiae*, juega, por una parte, que ella produce certeza absoluta acerca de cuáles son los derechos fundamentales de la Constitución, y, por otra, que reconoce la autoridad del poder

constituyente que, en ejercicio de su competencia creadora del ordenamiento jurídico, estableció autoritativamente un catálogo de derechos fundamentales y, como ocurre en algunas constituciones, lo incluyó en un capítulo constitucional rubricado con el título: derechos fundamentales. De este modo, esta interpretación refleja correctamente que el concepto de los derechos fundamentales tiene una dimensión comunitaria, o, si se quiere, parroquial. Es bien cierto que, desde el punto de vista constitucional, lo fundamental es aquello que cada comunidad política, en ejercicio del poder constituyente, considera como tal. El constituyente determina qué derechos jurídicos subjetivos se han de considerar fundamentales.

Sin embargo, esta interpretación no parece atinada. Hay por lo menos tres argumentos que juegan en su contra. En primer lugar, desde luego existen constituciones, como la Constitución mexicana, que aunque no contengan un capítulo cuyo título aluda explícitamente a la categoría de los derechos fundamentales, sí establecen derechos fundamentales. En el texto actual de la Constitución mexicana, incluso los artículos 18 y 20 aluden de manera expresa a la locución: derechos fundamentales. En segundo término, aún cuando una Constitución esté provista de un capítulo titulado: de los derechos fundamentales, bien puede suceder que establezca derechos fundamentales en otros capítulos. Las disposiciones que establecen derechos fundamentales en otros capítulos de la Constitución suelen denominarse disposiciones satélites.

Desde el punto de vista de la teoría constitucional, las disposiciones satélites están revestidas de las mismas propiedades que las disposiciones que forman parte del capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución. Por esta razón, no existiría ninguna razón válida para considerar que sólo estas últimas establecen derechos fundamentales. Por último, desde el punto de vista teórico siempre es posible preguntar si acaso en el catálogo de derechos fundamentales falta algún derecho primordial Enunciados como,

por ejemplo: “el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución del país (x) es incompleto porque no contiene el derecho fundamental a la igualdad” tiene pleno sentido. Eso no sería así, si la única propiedad definitoria fuera la pertenencia de un derecho al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución.

Ahora bien, estas razones hacen que tampoco sea atinado considerar la propiedad referida a la pertenencia de un derecho al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución como una propiedad (sólo) **necesaria** para que tal derecho sea fundamental. La consideración de esta propiedad como una propiedad necesaria implicaría que para que un derecho fuera considerado como un derecho fundamental, sería imprescindible que apareciera enumerado dentro del catálogo de los derechos fundamentales de la Constitución (aunque, como no se trataría también de una propiedad suficiente, entonces sería posible que algunos de los derechos que aparecieran en dicho catálogo no pudieran ser considerados como derechos fundamentales). Pues bien, cabe decir que siempre es posible que un derecho que cumpla con alguna propiedad esencial formal o sustancial de las que se mencionarán a continuación, pueda ser considerado como un derecho fundamental, a pesar de no estar incluido en el capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución.

Tampoco parece plausible afirmar que la inclusión de un derecho en el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución es una propiedad suficiente para que el derecho sea un derecho fundamental. En casi todas las constituciones existen derechos jurídicos subjetivos establecidos por disposiciones que aparecen en el capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución y que no establecen derechos fundamentales. Un ejemplo puede encontrarse en el artículo 22 de la Constitución colombiana, que establece el derecho a la paz. Este derecho jurídico subjetivo no es un derecho fundamental. Por razones materiales, la paz no puede ser el objeto de un derecho. Como consecuencia, el derecho a la

paz no ha sido aplicado como un derecho fundamental con todos sus alcances por la Corte Constitucional colombiana. Este ejemplo puede generalizarse para afirmar que la pertenencia de un derecho al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución no es una condición suficiente de la fundamentalidad de los derechos fundamentales.²² La pertenencia al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución es una propiedad formal. Y, como ya se mencionó, las propiedades materiales ostentan una prioridad frente a las propiedades formales. Por esta razón, un derecho jurídico subjetivo debe tener por lo menos una propiedad material de los derechos fundamentales, para ser un derecho fundamental.

Lo que sí parece plausible es la afirmación según la cual, la propiedad referida a la pertenencia de un derecho al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución es una razón *prima facie* a favor de que el derecho correspondiente deba ser considerado como un derecho fundamental. Dos argumentos respaldan esta afirmación. El primero alude a la autoridad del constituyente. El constituyente está revestido con suficiente autoridad para catalogar como derechos fundamentales a los derechos que considere que deben tener este estatus dentro del ordenamiento jurídico y que deben gozar de la protección reforzada que es característica de este tipo de derechos. Si el constituyente ha querido brindar este estatus y esta protección reforzada a algún derecho específico, *prima facie* (y a menos que medien razones sustanciales de gran peso) ningún poder constituido tendría autoridad suficiente para soslayar ni para enmendar tal decisión soberana.

El segundo argumento deriva del principio de interpretación amplia de los derechos fundamentales. Según este principio, los derechos

²² He desarrollado un poco más este argumento en mi artículo: “Die Fundamentalität der Grundrechte”, en L. Clérico y J. Sieckmann (eds.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Nomos, Baden-Baden, 2009, p. 81-83.

fundamentales deben ser interpretados (por lo menos *prima facie*) de manera amplia.²³ Esto quiere decir que, si un derecho subjetivo

²³ El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha destacado que los derechos fundamentales de carácter político-electoral deben interpretarse de forma amplia, no restrictiva. Sobre este aspecto, el Tribunal ha señalado: “Interpretar en forma restrictiva los derechos subjetivos públicos fundamentales de asociación en materia política y de afiliación política electoral consagrados constitucionalmente, implicaría desconocer los valores tutelados por las normas constitucionales que los consagran, así cabe hacer una interpretación con un criterio extensivo, toda vez que no se trata de una excepción o de un privilegio, sino de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, los cuales deben ser ampliados, no restringidos ni mucho menos suprimidos. En efecto, los derechos fundamentales de carácter político-electoral consagrados constitucionalmente, como los derechos de votar, ser votado, de asociación y de afiliación, con todas las facultades inherentes a tales derechos, tienen como principal fundamento promover la democracia representativa, habida cuenta que, conforme con lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa y democrática. Lo anterior, en virtud de que las reglas interpretativas que rigen la determinación del sentido y alcances jurídicos de una norma no permiten que se restrinja o haga nugatorio el ejercicio de un derecho fundamental, como lo son los de asociación política y de afiliación político-electoral; por el contrario, toda interpretación y la correlativa aplicación de una norma jurídica deben ampliar sus alcances jurídicos para potenciar su ejercicio, siempre que aquélla esté relacionada con un derecho fundamental. Lo anterior, desde luego, no significa en forma alguna sostener que los derechos fundamentales de carácter político sean derechos absolutos o ilimitados”. *Cfr.* El recurso de apelación. SUP-RAP-020/2000.—Democracia Social, Partido Político Nacional.—6 de junio de 2000.—Unanimidad de votos. Esta tesis también se ha aplicado en el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-117/2001.—José Luis Amador Hurtado.—30 de enero de 2002.—Mayoría de cinco votos (los magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron porque se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, y, en consecuencia, omitieron pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la mencionada tesis), y en el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-127/2001.—Sandra Rosario Ortiz Noyola.—30 de enero de 2002.—Mayoría de cinco votos (los magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron porque se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, y, en consecuencia, omitieron pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la mencionada tesis). *Cfr.* La Revista *Justicia Electoral*,

reviste por lo menos una propiedad para que sea considerado como un derecho fundamental, *prima facie* así debe considerarse.²⁴

En este sentido, todos los derechos subjetivos que aparecen en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución revisten por lo menos una propiedad para ser considerados como derechos fundamentales, a saber, la propiedad formal de pertenecer al catálogo de derechos fundamentales de la Constitución. Esto desde luego no quiere decir que las disposiciones que conforman el catálogo de derechos fundamentales de una Constitución no establezcan otra cosa sino derechos fundamentales. Con seguridad, junto a los derechos fundamentales, las disposiciones que conforman dicho catálogo, en todas las constituciones existentes, también establecen garantías institucionales, competencias de intervención en los derechos, mecanismos de protección, entre otras muchas figuras jurídicas. Lo único que la tesis que se defiende en este apartado quiere decir, es que existe una razón *prima facie* que juega a favor de considerar que todos los derechos jurídicos subjetivos establecidos por las disposiciones que pertenecen al catálogo de los derechos fundamentales tienen el estatus de derechos fundamentales.

2003, suplemento 6, pp. 27-28, Sala Superior, tesis S3ELJ 29/2002 y la Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, pp. 97-99.

²⁴ Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, tercera edición, 2007, p. 621 y ss.

La inclusión del derecho en la Constitución

También la propiedad consistente en la inclusión del derecho en la Constitución puede interpretarse como una propiedad suficiente y necesaria, como una propiedad necesaria o sólo como una propiedad suficiente.

No parece apropiado considerar esta propiedad formal ni como una propiedad suficiente y necesaria ni como una propiedad necesaria. Estas dos interpretaciones excluirían una posibilidad que se ha venido acogiendo cada día con mayor vigor en varios países —en gran parte, debido a la internacionalización de la protección de los derechos subjetivos en forma de derechos humanos—, que consiste en considerar también como derechos fundamentales a los derechos humanos que forman parte de los tratados internacionales sobre tales derechos suscritos válidamente por el Estado. Esta exclusión tendría lugar porque catalogar la propiedad formal relativa a la pertenencia de un derecho al texto de la Constitución como una propiedad suficiente y necesaria o como una propiedad necesaria para poder catalogarlo como un derecho fundamental, implicaría que no podrían ser considerados como derechos fundamentales los derechos que aparecen en otros cuerpos normativos. Esto implicaría que los derechos humanos o fundamentales protegidos por normas internacionales o supranacionales no tendrían dentro del Estado, estrictamente, el carácter de derechos fundamentales. Esta consecuencia parece incompatible con la práctica actual de los estados europeos, en los cuales los derechos fundamentales protegidos por el derecho europeo tienen este estatus también en el orden interno, así como también lo tienen los derechos humanos que están protegidos por el sistema europeo de derechos humanos. Dicha consecuencia también es incompatible con la práctica constitucional de ciertos estados latinoamericanos —como Colombia y como México (artículo 133 de la Constitución), por ejemplo— cuyas constituciones confieren validez en el orden interno a los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos en debida forma.

En el caso de México pueden citarse ciertos precedentes judiciales que ilustran la manera en que el artículo 133 de la Constitución ha implicado la atribución del carácter de derechos fundamentales a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales válidamente suscritos. Por ejemplo, el Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del primer circuito, en el amparo en revisión 799/2003 (Ismael González Sánchez y otros. 21 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Mariza Arellano Pompa) sostuvo la siguiente tesis:

Conforme al artículo 133 constitucional, la propia Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Ahora bien, cuando los tratados internacionales reglamentan y amplían los derechos fundamentales tutelados por la Carta Magna, deben aplicarse sobre las leyes federales que no lo hacen, máxime cuando otras leyes también federales, los complementan.²⁵

En el mismo sentido se pronunció el Séptimo Tribunal Colegiado en materia civil del primer circuito en el amparo directo 344/2008 (Jesús Alejandro Gutiérrez Olvera. 10 de julio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz). En esta oportunidad, este Tribunal sostuvo la siguiente tesis:

Los artículos 1o., 133, 103, fracción I, y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen

²⁵ Cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XX, Septiembre de 2004, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.4o.A.440 A, p. 1896.

respectivamente: que todo individuo gozará de las garantías que ella otorga; que las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella, y los tratados acordes a la misma, serán la Ley Suprema de toda la Unión; que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; y, las bases, los procedimientos y las formas para la tramitación del juicio de amparo. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ubicó a los tratados internacionales por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución, según la tesis del rubro: “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA Constitución FEDERAL.” (IUS 192867). De ahí que si en el amparo es posible conocer de actos o leyes violatorios de garantías individuales establecidas constitucionalmente, también pueden analizarse los actos y leyes contrarios a los tratados internacionales suscritos por México, por formar parte de la Ley Suprema de toda la Unión en el nivel que los ubicó la Corte. Por lo tanto, pueden ser invocados al resolver sobre la violación de garantías individuales que involucren la de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México.²⁶

²⁶ Cfr. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, agosto de 2008, Materia(s): Común, Tesis: I.7o.C.46 K, p. 1083. A su vez, debe indicarse que la tesis de rubro: “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA Constitución FEDERAL.” citada, aparece publicada con el número P. LXXVII/99 en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, noviembre de 1999, p. 46.

Finalmente, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación también se ha pronunciado sobre la materia en un juicio que versaba sobre la libertad de expresión. Este Alto Tribunal ha sostenido la siguiente tesis:

El artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce con el carácter de derecho fundamental a la libertad de expresión e información, así como el deber del Estado de garantizarla, derecho que a la vez se consagra en los numerales 19, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y 13, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disposiciones integradas al orden jurídico nacional en términos de lo dispuesto por el artículo 133 del propio ordenamiento constitucional. Conforme a los citados preceptos, el ejercicio de dicha libertad no es absoluto, encuentra límites en cuestiones de carácter objetivo, relacionadas con determinados aspectos de seguridad nacional, orden público o salud pública, al igual que otros de carácter subjetivo o intrínseco de la persona, vinculados principalmente con la dignidad o la reputación. En lo atinente al debate político, el ejercicio de tales prerrogativas ensancha el margen de tolerancia frente a juicios valorativos, apreciaciones o aseveraciones vertidas en esas confrontaciones, cuando se actualice en el entorno de temas de interés público en una sociedad democrática. Bajo esa premisa, no se considera transgresión a la normativa electoral la manifestación de ideas, expresiones u opiniones que apreciadas en su contexto, aporten elementos que permitan la formación de una opinión pública libre, la consolidación del sistema de partidos y el fomento de una auténtica cultura democrática, cuando tenga lugar, entre los afiliados, militantes partidistas, candidatos o dirigentes y la ciudadanía en general, sin rebasar

el derecho a la honra y dignidad reconocidos como derechos fundamentales por los ordenamientos antes invocados.²⁷

Esta práctica jurisprudencial parece plausible, por cuanto la protección de los derechos subjetivos en el orden interno se hace más amplia, al hacer aplicable directamente las normas del sistema interamericano de derechos humanos.

Junto a lo anterior cabe decir que la propiedad de la pertenencia a la Constitución tampoco puede considerarse como una propiedad suficiente y necesaria ni una propiedad únicamente necesaria de los derechos fundamentales, por cuanto una consideración semejante no podría dar cuenta de los llamados derechos fundamentales implícitos o derechos fundamentales reconocidos por medio de las normas adscritas de derecho fundamental.²⁸ La indeterminación propia de las disposiciones de los derechos fundamentales hace

²⁷ Se trataba de la controversia entre el Partido Acción Nacional y la Sala Unitaria Auxiliar del Tribunal Estatal Electoral de Tamaulipas. Los datos de identificación son los siguientes: Jurisprudencia 11/2008, Tesis: LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-288/2007.—Actor: Partido Acción Nacional.—Autoridad responsable: Sala Unitaria Auxiliar del Tribunal Estatal Electoral de Tamaulipas.—23 de octubre de 2007.—Unanimidad de seis votos.—Ponente: Constanancio Carrasco Daza.—Secretarios: José Luis Ceballos Daza y Omar Oliver Cervantes. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-367/2007.—Actor: Partido Acción Nacional.—Autoridad responsable: Segunda Sala Unitaria del Tribunal Estatal Electoral de Tamaulipas.—7 de noviembre de 2007.—Unanimidad de votos.—Ponente: Constanancio Carrasco Daza.—Secretario: Fabricio Fabio Villegas Estudillo. Recurso de apelación. SUP-RAP-118/2008 y acumulado.—Actores: Partidos de la Revolución Democrática y otro.—Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral.—20 de agosto de 2008.—Unanimidad de votos.—Ponente: Manuel González Oropeza.—Secretarios: Carlos Ortiz Martínez y David Cienfuegos Salgado. La Sala Superior en sesión pública celebrada el 18 de septiembre de 2008, aprobó por unanimidad de votos la jurisprudencia citada y la declaró formalmente obligatoria.

²⁸ *Cfr.* Sobre el concepto de norma adscrita de derecho fundamental: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 116 y ss.

que su propio texto no pueda expresar por sí mismo todo el conjunto de normas y posiciones de derecho fundamental que puede adscribirse interpretativamente dentro del ámbito semántico de cada una de estas disposiciones. Por esta razón, no parece razonable estimar que sólo pueden ser derechos fundamentales aquellos cuyo *nomen iuris* aparezca de manera explícita en el texto de la Constitución. El margen semántico de las disposiciones de derecho fundamental hace posible que la jurisprudencia adscriba a ellos derechos implícitos mediante la interpretación constitucional. En sentido estricto, estos derechos implícitos son derechos fundamentales que, si bien se fundamentan en el texto constitucional, son creados por la jurisprudencia.

En el caso Mexicano, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha reconocido expresamente la validez de los derechos adscritos a los derechos fundamentales por medio de la siguiente tesis jurisprudencial:

JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. PROCEDE CUANDO SE ADUZCAN VIOLACIONES A DIVERSOS DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULADOS CON LOS DERECHOS DE VOTAR, SER VOTADO, DE ASOCIACIÓN Y DE AFILIACIÓN.—En conformidad con los artículos 79 y 80 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, en relación con lo dispuesto en los artículos 17, segundo párrafo; 35, fracciones I, II y III; 41, fracciones I, segundo párrafo, *in fine*, y IV, primer párrafo, *in fine*, y 99, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano debe considerarse procedente no sólo cuando directamente se hagan valer presuntas violaciones a cualquiera de los siguientes derechos político-electorales: I) De votar y ser votado en las elecciones populares; II) De asociarse individual y libremente para tomar

parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país, y III) De afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos, sino también cuando se aduzcan violaciones a otros derechos fundamentales que se encuentren estrechamente vinculados con el ejercicio de los mencionados derechos político-electorales, como podrían ser los derechos de petición, de información, de reunión o de libre expresión y difusión de las ideas, cuya protección sea indispensable a fin de no hacer nugatorio cualquiera de aquellos derechos político-electorales, garantizando el derecho constitucional a la impartición de justicia completa y a la tutela judicial efectiva.²⁹

Debe aclararse que en el caso de los derechos adscritos, su *nomen iuris* no aparece como tal en el texto de la Constitución, sino en la ju-

²⁹ Esta tesis jurisprudencial ha sido relevante en los siguientes casos: Tercera época, juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-117/2001.—José Luis Amador Hurtado.—30 de enero de 2002.—Mayoría de cinco votos.—Los magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron porque se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-127/2001.—Sandra Rosario Ortiz Noyola.—30 de enero de 2002.—Mayoría de cinco votos.—Los magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron porque se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-128/2001.—Dora Soledad Jácome Miranda.—30 de enero de 2002.—Mayoría de cinco votos.—Los magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron porque se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis. *Cfr: Revista Justicia Electoral*, 2003, suplemento 6, p. 40-41, Sala Superior, tesis S3ELJ 36/2002. Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes, 1997-2005, p. 164-165.

risprudencia que interpreta la Constitución. A pesar de ello, el estatus de derechos fundamentales de estos derechos es innegable.

Tras lo anterior, la alternativa que resta es la tesis según la cual, la propiedad formal consistente en la pertenencia a la Constitución es una propiedad suficiente de los derechos fundamentales. Según esta tesis, todos los derechos jurídicos subjetivos que aparecen en la Constitución tendrían el carácter de derechos fundamentales.

Esta tesis podría rebatirse con dos objeciones. La primera intentaría rebatirla mediante una invocación del argumento *sedes materiae* o *ad rubrica*, que buscaría hacer valer que sólo los derechos fundamentales que forman parte del capítulo de derechos fundamentales de la Constitución pueden tener este carácter. Este argumento tendría que ir de la mano de un argumento que aludiera a la intención del constituyente. Señalaría que era la intención del constituyente que sólo los derechos pertenecientes al catálogo de derechos fundamentales tuvieran este carácter. Cabe decir, sin embargo, que este argumento es bastante débil. Por una parte, resulta bastante poco fiable la derivación de esta conclusión relativa a la intención del constituyente sólo a partir de la división del texto constitucional en capítulos y de la titulación de dichos capítulos. Es de sobra conocido que en ocasiones la división del texto constitucional en capítulos y la titulación de dichos capítulos no es obra del constituyente mismo. Esta titulación no es algo que se discuta en las deliberaciones constituyentes sino que se encomienda a quienes, al final del proceso constituyente, deben dar forma definitiva al texto constitucional antes de su sanción.

Sin embargo, por otra parte, aun si en gracia de discusión se aceptara que la titulación de los capítulos es obra del constituyente y que su intención fue atribuir el estatus de derechos fundamentales sólo a los derechos contenidos en el capítulo así titulado, siempre cabe la pregunta de cuál sería entonces el estatus de los derechos que aparecen en otros capítulos de la Constitución. Ahora bien, al

intentar responder esta pregunta, la única respuesta plausible es que esos otros derechos tienen el estatus de derechos constitucionales, pero ello, por sí mismo, no implica atribuirles el estatus de derechos fundamentales.

Estos derechos son derechos constitucionales por la siguiente razón: el principal efecto de los derechos constitucionales es que vinculan a todos los poderes públicos y privados, y sobre todo —lo más característico— que vinculan al legislador.³⁰ Los derechos constitucionales son los únicos derechos jurídicos subjetivos que vinculan al legislador. Pues bien, es meridiano que incluso los derechos jurídicos subjetivos que forman parte de la Constitución pero no del catálogo de los derechos fundamentales despliegan un efecto vinculante sobre el legislador y sobre los demás poderes públicos y privados. Así ocurre porque toda la Constitución vincula al Legislador. Si los derechos jurídicos subjetivos que forman parte de la Constitución pero no del capítulo de los derechos fundamentales, también vinculan al legislador y si sólo los derechos constitucionales vinculan al legislador, entonces los derechos jurídicos subjetivos que forman parte de la Constitución pero no del capítulo de los derechos fundamentales son también derechos constitucionales. Reconocer lo contrario presupondría aceptar la existencia de disposiciones constitucionales no vinculantes y eso supondría el efecto perverso de menoscabar el reconocimiento del carácter vinculante de toda la Constitución.

Ahora bien, la segunda objeción en contra de la tesis según la cual la propiedad formal consistente en la pertenencia a la Constitución es una propiedad suficiente de los derechos fundamentales,

³⁰ Cfr. Pedro Cruz Villalón, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, p. 35 y ss. Asimismo: Francisco Rubio Llorente, "Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España", *Claves de la Razón Práctica*, núm. 75, 1997, p. 2 y ss.

tiene que ver con el objeto protegido por los mecanismos especiales de protección de los derechos fundamentales. Esta objeción debe ser explicada con cierto detalle. Una característica propia de las constituciones de los estados constitucionales democráticos que establecen derechos fundamentales es que ellas prevén mecanismos específicos de protección de estos derechos. Algunos ejemplos de estos mecanismos específicos de protección de los derechos fundamentales son la *Verfassungsbeschwerde* (la traducción literal sería: queja constitucional) del derecho alemán, el recurso de amparo del derecho español, la acción de tutela del derecho colombiano o el juicio de amparo y el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano en México. Estos mecanismos revisten dos características peculiares. En primer lugar, se trata de mecanismos de protección reforzada de los derechos fundamentales. En este sentido, tienen propiedades extraordinarias, es decir, propiedades que superan las garantías que ofrecen los procedimientos ordinarios. Así, por ejemplo, tanto la *Verfassungsbeschwerde* alemana como el recurso de amparo español se anteponen directamente ante el Tribunal Constitucional, incluso en contra de decisiones del Tribunal Supremo. A su vez, la acción de tutela colombiana es una acción expeditiva que se tramita sólo en el término de 10 días. En segundo lugar, sin embargo, estos mecanismos de protección reforzada tienen un objeto muy limitado. No se extienden a todos los derechos jurídicos subjetivos —entre otras razones, para poder conservar su carácter especial— sino sólo protegen algunos derechos. En el caso de la *Verfassungsbeschwerde* alemana los derechos protegidos son los derechos fundamentales establecidos por los artículos 1 al 19 de la Ley Fundamental (en adelante: LF) y ciertos derechos fundamentales de igualdad establecidos por los artículos 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104 LF. En el caso del recurso de amparo español, el artículo 53.2 de la Constitución Española (en adelante: CE) prescribe explícitamente que “[c]ualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades

y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30". Asimismo, el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia (en adelante CPC) establece que el objeto de la acción de tutela es la protección de los "derechos constitucionales fundamentales".

Ahora bien, Como ya se apuntó, en el caso de México, la tutela de los derechos fundamentales se realiza por medio del juicio de amparo por violación de alguna de las garantías individuales o derechos incorporados en la Constitución por fuera del capítulo de las garantías individuales. Junto a ello, y esto es un rasgo peculiar del ordenamiento jurídico de México, las prerrogativas ciudadanas o derechos políticos de orden fundamental se tutelan por medio del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, cuyo trámite es de competencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, tal y como se apuntó en la introducción.

Pues bien, a partir de la delimitación del objeto de estos mecanismos de protección reforzada de los derechos fundamentales con frecuencia se ha querido derivar la tesis de que los derechos fundamentales son sólo aquellos derechos subjetivos que se protegen por medio de tales mecanismos. No obstante, esta concepción parece equivocada. Por una parte, ella toma el efecto por la causa. Los derechos fundamentales que estos mecanismos de protección tutelan no son derechos fundamentales por el hecho que estén protegidos por tales mecanismos, sino todo lo contrario: por cuanto son derechos fundamentales, tales derechos están garantizados por los mencionados mecanismos de protección. Por otra parte, y he aquí un argumento más robusto, debe observarse que los derechos fundamentales despliegan variados efectos sustanciales, tales como

la ya señalada vinculación al legislador, el efecto entre terceros (*Dritt-wirkung*) y el efecto de irradiación de todo el ordenamiento jurídico (*Ausstrahlungswirkung*). Estos efectos sustanciales son una característica común de todos los derechos fundamentales y se desprenden (entre otras cosas) del hecho de estar garantizados por el texto constitucional. Es preciso reconocer que tales efectos se protegen por medio de varios mecanismos de protección, o sea, por medio de varios instrumentos procesales: no sólo la *Verfassungsbeschwerde*, el recurso de amparo o la acción de tutela o el juicio de amparo o el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, sino también mediante mecanismos de control abstracto de constitucionalidad, como el recurso o la acción de inconstitucionalidad. Dicho de otra manera, el ordenamiento jurídico ofrece una variedad de medios de protección de los efectos de los derechos fundamentales. La *Verfassungsbeschwerde*, el recurso de amparo o la acción de tutela son sólo medios de protección que sobre todo protegen el efecto de irradiación de los derechos fundamentales, y la vinculación que ciertos derechos fundamentales de gran peso despliegan sobre la administración pública, los jueces y los particulares. En este sentido, estos mecanismos de protección apuntan a garantizar los derechos fundamentales de mayor peso (señaladamente: la vida, la seguridad personal, la intimidad, la igualdad) de amenazas y restricciones provenientes —en particular, pero no en exclusiva— de la administración pública, los jueces y los particulares. Sin embargo, de esto no se sigue que sólo sean derechos fundamentales aquellos derechos que están protegidos por medio de estos mecanismos. Antes bien, todos los derechos jurídicos subjetivos que aparecen en la Constitución despliegan los efectos de vinculación del legislador y de los demás poderes públicos, los efectos entre terceros y los efectos de irradiación.

Con todo, de lo anterior no se sigue que la pertenencia de un derecho subjetivo a la Constitución sea una propiedad esencial su-

ficiente del concepto de derechos fundamentales. La razón estriba en que la Constitución también contiene algunos derechos subjetivos que no revisten ninguna propiedad material de los derechos fundamentales y, como consecuencia, no pueden ser tratados como derechos fundamentales. Un ejemplo claro de ello puede encontrarse en el artículo 38.1 frase 2 de la Ley Fundamental Alemana. Este artículo confiere a los diputados del Bundestag alemán ciertos derechos.³¹ Como más adelante se verá, estos derechos no ostentan ninguna propiedad material de los derechos fundamentales, a pesar de ser derechos subjetivos y de estar incluidos en la Constitución, no pueden considerarse como derechos fundamentales.

***La inclusión del derecho en una fuente formal
a la que la Constitución reenvía***

Además de lo anterior, debe decirse que la inclusión de un derecho subjetivo en una fuente formal a la que la Constitución reenvía y considera así como fuente de derechos fundamentales tampoco es una propiedad suficiente ni necesaria de los derechos fundamentales. El conjunto conformado por la Constitución y las demás fuentes formales a las que ella reenvía al considerarlas como fuentes de los derechos fundamentales —señaladamente los tratados internacionales de derechos humanos— suele denominarse “bloque de constitucionalidad”.

Como es bien sabido, el concepto de bloque de constitucionalidad es un concepto de origen francés. Su origen se sitúa en el

³¹ El texto de esta disposición es el siguiente: “(1) Los diputados del Bundestag Alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Son los representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia” (énfasis añadido en la frase relevante). Cfr. Sobre la carencia del estatus de derechos fundamentales en estos derechos, la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán: BVerfG 4, 445. Asimismo, H.-P. Schneider y W. Zeh (ed.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, W. de Gruyter, 1989, p. 514.

reenvío que llevó a cabo el preámbulo de la Constitución de 1958 a varias fuentes formales diferentes a ella misma, sobre todo para efectos de la integración del catálogo de derechos y libertades protegidos por la Constitución. En el caso francés, el bloque de constitucionalidad está compuesto no sólo por la Constitución de 1958 en sentido estricto (desde el artículo primero hasta el 89), sino además, por la declaración de derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789, el preámbulo de la Constitución de 1946 (que a su vez contiene dos tipos de principios, a saber, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y los principios particularmente necesarios “para nuestro tiempo”), los llamados principios y objetivos de valor constitucional y, desde marzo del 2005, la carta del medio ambiente. El Consejo Constitucional francés ha ido ampliando progresivamente el contenido de este bloque de constitucionalidad para extender la protección de muchos más derechos incluso contra las actuaciones del legislador.

Esta noción ha sido trasplantada a América Latina para referirse a la integración del catálogo constitucional de los derechos fundamentales con los textos de los tratados internacionales de derechos humanos. En el contexto latinoamericano, ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana aquella en donde más desarrollo ha tenido el concepto de bloque de constitucionalidad. Este desarrollo tuvo lugar a raíz de la interpretación y al desarrollo que dicha Corte Constitucional ha otorgado al artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, según el cual:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los trata-

dos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.³²

Tras un sinuoso proceso evolutivo que comenzó en el año 1992,³³ la Corte Constitucional ha establecido que, junto a la Constitución como tal (incluido su preámbulo), forman parte del bloque de constitucionalidad los tratados limítrofes de derecho internacional ratificados por Colombia, la ley estatutaria que regula los estados de excepción, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los tratados de derecho internacional que reconocen derechos intangibles, los artículos de los tratados de derecho internacional de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Constitución colombiana; y la doctrina contenida en la jurisprudencia de los tribunales internacionales u órganos de control de los tratados de derechos humanos en relación con esas normas internacionales (aunque la Corte colombiana ha reconocido que este último criterio se aplica sólo de forma restrictiva en relación con ciertos casos). Como consecuencia, desde un

³² Debe aclararse que ésta no es la única disposición de la Constitución Política de Colombia que hace un reenvío a normas internacionales. En esta dirección también se proyectan los artículos 9 (reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia), 94 (que establece que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”), 214 (que, al regular los estados de excepción establece en su numeral 2: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”) y 53 (según el cual, “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”).

³³ *Cfr.* Sobre este proceso evolutivo: Mónica Arango Olaya, “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, *Precedente*, 2004, p. 79 y ss.

punto de vista formal deben considerarse como derechos fundamentales a los derechos jurídicos subjetivos reconocidos en estas fuentes formales diferentes de la Constitución y que constituyen el bloque de constitucionalidad. Todos estos derechos despliegan los efectos de vinculación al legislador y a los demás poderes públicos y privados, los efectos entre terceros y los efectos de irradiación en todo el ordenamiento jurídico.

Es pertinente destacar que en México también se ha empezado a acoger el concepto del bloque de constitucionalidad y la doctrina que le es aneja, tan es así, que en los artículos 2, 21, 102 y 122 de la Constitución Política se contempla y destaca la importancia de los derechos humanos. Además, sobre este asunto puede citarse la siguiente opinión de la ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Olga Sánchez Cordero de García Villegas:

los derechos fundamentales no sólo pueden hallarse en forma explícita en los textos constitucionales, sino también pueden encontrarse inmersos en ellos, o incluso pueden estar en documentos distintos a la Constitución como es el caso de leyes secundarias o tratados internacionales especialmente en materia de Derechos Humanos; instrumentos que pueden ser utilizados para completar la perspectiva del elenco de los Derechos en la Constitución; en tales casos, estas normas —regularmente consideradas secundarias desde el punto de vista de la jerarquía normativa— pueden llegar a integrar verdaderos bloques de constitucionalidad con el valor y eficacia que jurídicamente caracterizan a los Derechos Fundamentales.³⁴

³⁴ Olga María del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas, “La interpretación de los derechos fundamentales por la Suprema Corte de Justicia de México”, p. 6. Disponible en la internet en: www2.scjn.gob.mx/Ministros/oscgv/Conf/01junio-conferencia-derechos-fundamentales.pdf Consultado el 23 de marzo de 2008.

De la misma forma, en la jurisprudencia mexicana ya hay varios interesantes precedentes que reconocen dos asuntos diversos: por una parte, la existencia de un bloque de constitucionalidad —al modo español— que está constituido por la Constitución Federal y el estatuto de gobierno de los estados federados. En este sentido, puede citarse la siguiente tesis jurisprudencial:

ESTATUTO DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL. JUNTO CON LA Constitución POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS INTEGRA BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ELECTORAL. Los artículos 122, apartado A, fracción II y apartado C, base primera, fracción V, inciso f) y 116, fracción IV, incisos b) al i), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y las normas que en particular establezca el legislador federal en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, integran un bloque de constitucionalidad en materia electoral para esta entidad. Lo anterior es así, ya que el artículo 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso f), de la Constitución Federal, señala que las disposiciones que rijan en materia electoral en el Distrito Federal deben sujetarse al Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, el cual tomará en cuenta los principios establecidos en los incisos b) al i) de la fracción IV del artículo 116 constitucional; lo anterior porque el fundamento del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal es el indicado artículo 122, y el respeto a la jerarquía constitucional es un requisito para la validez de dicho Estatuto, por lo que, el respeto a lo dispuesto por él, es un requisito de validez para las actuaciones de todas las autoridades del Distrito Federal.³⁵

³⁵ Los datos bibliográficos de esta tesis son los siguientes: Novena Época, No. Registro: 172524, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Mayo de 2007, Materia(s): Constitucional, Tesis: P/J. 18/2007, p. 1641.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha reconocido el estatus de derecho directamente aplicable con primacía en el orden interno a los derechos humanos que aparecen en los tratados internacionales suscritos válidamente por el Estado, en el sentido del concepto de bloque constitucional de la jurisprudencia colombiana. En esta dirección es aleccionadora la siguiente tesis, procedente del conocido caso Hank:

La interpretación sistemática de los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 41, fracción VI y 42, párrafo tercero, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, a la luz de los tratados internacionales suscritos por el Presidente de la República y ratificados por el Senado, en relación con el contenido y alcance del derecho fundamental de ser votado y, en especial, con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 23, 25, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, permite establecer que el hecho de que un ciudadano haya sido electo para ocupar un cargo de elección popular, no impide que pueda registrarse como candidato al cargo de gobernador, aun cuando no hubiera concluido el periodo correspondiente a aquél para el que fue electo, siempre que se separe del mismo noventa días antes de la elección. En efecto, la correcta intelección del alcance de lo dispuesto en los mencionados artículos de la Constitución local, en el sentido de encontrarse limitada la posibilidad

Controversia constitucional 31/2006. Tribunal Electoral del Distrito Federal. 7 de noviembre de 2006. Mayoría de nueve votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Disidente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza. El Tribunal Pleno, el diecisiete de abril en curso, aprobó, con el número 18/2007, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a 17 de abril de 2007.

de contender de un ciudadano durante el desempeño de un cargo de elección popular, debe hacerse en armonía con el texto fundamental y los tratados internacionales en cuanto potencializan el derecho a ser votado. Al respecto, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece, a propósito del derecho de participación política, que los Estados pueden reglamentarlo exclusivamente en la ley, y limitarlo por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena impuesta por juez competente, en proceso penal. Acorde con lo anterior, cualquier condición adicional que se imponga al ejercicio de los derechos político-electorales deberá basarse en calidades inherentes a la persona, y en criterios racionales y proporcionales que tengan como base algún principio o valor fundamental del sistema constitucional, por tanto, el ejercicio de tales derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación que tengan como sustento las particularidades apuntadas.³⁶

La principal razón por la cual la pertenencia al bloque constitucional no constituye una propiedad suficiente ni necesaria de los derechos fundamentales es que hay derechos subjetivos que pertenecen a este bloque y no son derechos fundamentales y derechos subjetivos que no pertenecen a este bloque y que, sin

³⁶ La tesis es la XLI/2007, que aparece en el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-695/2007.—Jorge Hank Rhon.—Autoridad responsable: Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California.—6 de julio de 2007.—Unanimidad de seis votos en el criterio.—Ponente: Pedro Esteban Penagos López.—Secretarios: Claudia Pastor Badilla, Sergio Guerrero Olvera, Eduardo Hernández Sánchez y Andrés Carlos Vázquez Murillo. La Sala Superior en sesión pública celebrada el 14 de noviembre de 2007, aprobó por unanimidad de votos la mencionada tesis.

embargo, son derechos fundamentales —por ejemplo, los derechos fundamentales reconocidos jurisprudencialmente— como a continuación se verá.

El reconocimiento del derecho por parte de la jurisprudencia sobre derechos fundamentales

Finalmente, también es una propiedad suficiente, más no necesaria, de los derechos fundamentales, el estar reconocidos en la jurisprudencia sobre derechos fundamentales, en especial, aquella de los órganos de cierre del sistema jurídico, es decir, de Altos Tribunales como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación o la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Como ya se anticipó, las disposiciones de derecho fundamental se caracterizan por su indeterminación. La indeterminación no es una propiedad exclusiva de estas disposiciones, sino un fenómeno generalizado en el lenguaje, que afecta a todo tipo de enunciados. La indeterminación se presenta cada vez que un enunciado —las disposiciones de derechos fundamental son enunciados— no hace explícito de forma exhaustiva el conjunto de sus significados y, por lo tanto, genera la incertidumbre acerca de si uno o varios significados específicos pueden serle atribuidos.

La indeterminación que afecta en general a todo enunciado, recibe el calificativo de indeterminación semántica, porque se proyecta sobre el significado del enunciado. La indeterminación que caracteriza a las disposiciones de los derechos fundamentales es una especie de indeterminación semántica que se denomina indeterminación normativa. Esta denominación se debe a que las disposiciones de los derechos fundamentales son enunciados a los que se atribuye una pluralidad de significados normativos. Como consecuencia de la indeterminación normativa, a toda disposición de derecho fundamental se puede adscribir una multiplicidad de normas y de posiciones (es decir, derechos fundamentales en sentido

estricto) que no aparecen explícitamente reconocidos en la Constitución.³⁷ La indeterminación normativa se presenta cada vez que una disposición jurídica no hace explícito de manera exhaustiva el conjunto de sus significados normativos y, por consiguiente, impide al intérprete conocer *a priori* —o sea, antes de una fundamentación, tras la simple lectura del texto jurídico— si una o varias normas o posiciones pueden ser consideradas como normas o posiciones establecidas por la disposición.

Las disposiciones de derecho fundamental adolecen de indeterminación normativa. La indeterminación normativa de una disposición de derecho fundamental puede ser examinada en abstracto y en concreto. En el nivel abstracto se plantea el interrogante de si el texto de cierta disposición permite al intérprete conocer *a priori* todas y cada una de las normas que estatuye. De manera categórica puede aseverarse que, desde este punto de vista, por fortuna no muy relevante en la práctica, todas las disposiciones de derecho fundamental de la Constitución son indeterminadas. Ninguna disposición de derecho fundamental, por más específica que parezca, permite conocer *a priori* todas y cada una de las normas que estatuye directa e indirectamente. Casi todas las normas estatuidas indirectamente resultan no sólo de lo expresado por el texto de la disposición, sino de otras premisas que complementan al texto en su interpretación.

Además de ello, la indeterminación de las disposiciones de derecho fundamental también puede ser examinada en concreto. La pregunta que se plantea en este nivel, el más relevante en la práctica, es si el texto de una disposición de derecho fundamental permite reconocer *a priori* —sin necesidad de una fundamentación explícita—, si cierta norma de derecho fundamental vale como una norma

³⁷ Cfr. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III - 2, Allgemeine Lehre der Grundrechte, C.H. Beck, Munich, 1994. p. 1696 y ss.

estatuida por aquélla o si cierta posición de derecho fundamental puede considerarse como un derecho fundamental válido desde el punto de vista de una determinada Constitución.

Es preciso reconocer que, a causa de la indeterminación normativa —en abstracto y en concreto— de las disposiciones que establecen los derechos fundamentales, se hace imprescindible atribuir a la jurisprudencia sobre los derechos fundamentales expedida por los órganos de cierre del sistema judicial, la competencia para reconocer derechos fundamentales adscritos. Sólo estos órganos de cierre, como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación o la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tienen la competencia apropiada para declarar, con la autoridad que les confiere la Constitución, que una disposición de un derecho fundamental establece ciertos derechos implícitos. Así se desprende de una interpretación sistemática del artículo 94, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las disposiciones legales que lo desarrolla. Por una parte, el texto del citado artículo 94, párrafo octavo es el siguiente:

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.

Por su parte, los artículos 192 de la Ley de Amparo, así como 233 y 235, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, establecen los términos en los que resultan obligatorios los criterios de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como los del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. El texto de estas disposiciones es el siguiente:

Artículo 192.- La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decrete el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las Salas.

También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados.

Artículo 233.- La jurisprudencia del Tribunal Electoral será obligatoria en todos los casos para las Salas y el Instituto Federal Electoral. Asimismo, lo será para las autoridades electorales locales, cuando se declare jurisprudencia en asuntos relativos a derechos político–electorales de los ciudadanos o en aquéllos en que se hayan impugnado actos o resoluciones de esas autoridades, en los términos previstos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes respectivas.

“Artículo 235.- La jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación será obligatoria para el Tribunal Electoral, cuando se refiera a la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los casos en que resulte exactamente aplicable.

Conclusión en relación con las propiedades formales

Como conclusión de lo hasta aquí expresado puede señalarse que un derecho jurídico subjetivo ha de ser considerado como un derecho fundamental siempre que revista por lo menos una de las siguientes propiedades formales: que esté establecido en el texto constitucional, que esté establecido en el texto de alguna de las fuentes formales que forman el bloque de constitucionalidad o que esté reconocido como un derecho fundamental por parte de la jurisprudencia constitucional, al ser un derecho adscrito (o un derecho implícito) a una de las disposiciones constitucionales que establecen derechos fundamentales. La última de estas propiedades es una propiedad suficiente. Asimismo, es una condición necesaria para ser un derecho fundamental, que un derecho tenga por lo menos una de las cuatro propiedades formales que aquí se especifican.

Propiedades materiales

Es preciso advertir que las propiedades formales no bastan para definir el concepto de derecho fundamental. Piénsese en lo siguiente. Siempre puede preguntarse si la Constitución, el bloque de constitucional y la jurisprudencia sobre los derechos fundamentales han reconocido todos los derechos fundamentales o si hay algunos derechos fundamentales que aún deben ser incluidos. Para responder esta pregunta, capital en la discusión política en toda sociedad, es necesario valerse de un concepto material de los derechos fundamentales.

Entonces, surge la pregunta: ¿qué propiedades definen los derechos fundamentales desde el punto de vista material?

Esta pregunta sólo puede responderse desde la base de una concepción filosófico-política del individuo y del individuo en la sociedad. Desde el punto de vista material, los derechos fundamentales constituyen uno de los principales ejes de la relación entre el indi-

viduo y la comunidad política. Desde su invención como categoría jurídica, los derechos fundamentales han desempeñado la función de limitar las intervenciones del poder del Estado en la libertad privada, fundamentar subjetivamente el ejercicio de la participación democrática e igualar la situación jurídica de las personas en el ámbito público.³⁸ A esto se aúna que, tras el advenimiento del Estado social, los derechos fundamentales también han asumido el papel de garantizar la provisión de un mínimo existencial y de promover la igualdad fáctica. En razón de los derechos fundamentales, el individuo se erige dentro de la comunidad y frente a ella, como un sujeto libre, autónomo, capaz de determinarse en lo público y lo privado, y titular de ciertos intereses y necesidades, cuya protección y satisfacción fundamenta la propia existencia de la comunidad política, y del Estado, que es su institucionalización jurídica. Correlativamente, para la comunidad política, los derechos fundamentales son a la vez su motor y su freno, su razón originaria, la base de su acción y el límite que impide las actuaciones abusivas y desproporcionadas.

Cabe observar que esta relación entre el individuo y la comunidad política aparece ya en el plano moral de la filosofía política y desde allí se proyecta hacia el ámbito jurídico. Los derechos fundamentales no son nada distinto a una institucionalización de los derechos humanos concebidos en las teorías filosófico-políticas en el Estado constitucional democrático.³⁹ En la historia reciente de

³⁸ Cfr. Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Beck, Munich, 1992, Tomo II, p. 114 y ss.

³⁹ Robert Alexy, "Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat", en S. Gosefan y G. Lohmann (ed.), *Philosophie der Menschenrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999, p. 246 y ss.; en el mismo sentido: Frank I. Michelman, "Brauchen Menschenrechte eine demokratische Legitimation?", en H. Brunkhorst, W. Köhler y M. Lutz-Bachmann (ed.), *Recht auf Menschenrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999, p. 53; y Jürgen Habermas, "Die interkulturelle Diskurs über Menschenrechte", en *ibidem*, p. 216.

la filosofía política del mundo occidental existen por lo menos tres diversas concepciones morales del individuo, o con mayor precisión —dado que se habla en el ámbito moral y jurídico— de la persona, a saber: la liberal,⁴⁰ la democrática⁴¹ y la del Estado social.⁴² En cada una de estas tres concepciones, el individuo aparece investido con diversas atribuciones que le son inherentes e indispensables para su desarrollo vital y que, por tanto, son dignas de reconocimiento en la Constitución, la norma de mayor jerarquía del orden jurídico, y de la protección más eficaz por parte de la comunidad política. El concepto de derechos humanos sintetiza esta protección en el plano moral y los derechos fundamentales la institucionalizan en el Derecho del Estado Constitucional democrático. A su vez, y como consecuencia de lo anterior, la universalidad (están conferidos *prima facie* a todos los individuos), su validez moral (se considera que es correcto respetarlos), su fundamentalidad (son los derechos básicos de los cuales derivan otros derechos), su prioridad (prevalecen sobre derechos de inferior jerarquía cuando entran en conflicto con ellos) y la abstracción, característica de los derechos humanos,⁴³ se reflejan en el Estado constitucional en las propiedades básicas de los derechos fundamentales: su atribución por igual a todos los miembros de la comunidad política, su validez jurídica, su supre-

⁴⁰ Cfr. Sobre el concepto liberal de persona: John Rawls, *El liberalismo político* (Tr. de A. Doménech), Grijalbo - Mondadori, Barcelona, 1996, p. 49 y 338.

⁴¹ Cfr. Sobre el concepto democrático de persona: Klaus Günther, “Welche Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”, en H. Brunkhorst y P. Niesen (eds.), *Das Recht der Republik*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999, p. 83 y ss.

⁴² Cfr. Sobre el concepto de persona en el Estado social, como titular de ciertas necesidades básicas: Ernst Tugendhat, *Lecciones de ética*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 325 y ss.

⁴³ Cfr. Sobre estas propiedades: Robert Alexy, “Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat”, *op. cit.*, p. 246 y ss.

macía constitucional, su prioridad *prima facie* frente a otros bienes constitucionales y su indeterminación.

Ahora bien, esta institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático lleva aparejada una delimitación de su contenido desde el punto de vista material, subjetivo, espacial y temporal. El contenido de los derechos fundamentales se proyecta únicamente en el ámbito material, subjetivo, espacial y temporal del Estado, en el que rigen las normas constitucionales que los establecen.⁴⁴ De este modo, los derechos fundamentales expanden su fuerza vinculante sólo frente a las normas producidas por los cauces del Derecho del Estado, sus titulares sólo son los individuos que son sujetos del ordenamiento jurídico, imperan dentro del territorio en que el Estado es soberano, durante el lapso de vigencia de la Constitución y vinculan únicamente a los sujetos del ordenamiento jurídico estatal.

Sin embargo, aún tras la institucionalización de los derechos humanos en la forma de derechos fundamentales dentro del estado constitucional democrático, las propiedades materiales que los definen corresponden con las llamadas facultades básicas que caracterizan a la persona desde el punto de vista de las teorías liberal, democrática y del Estado Social. Estas facultades básicas son el conjunto de propiedades esenciales que se atribuyen al ser humano, que son conexas con su dignidad humana, sin las cuales no puede desarrollar una vida digna y que, por lo tanto, deben ser protegidas por los derechos fundamentales. Pero, ¿cuáles son estas propiedades esenciales o facultades básicas? Resulta pertinente estudiarlas con algún detalle a continuación.

⁴⁴ *Cfr.* Sobre estos ámbitos: Georg Jellinek, *Teoría general del Estado*, Comares, Granada, 2000, p. 385 y ss.; Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, p. 49 y ss., 246 y ss.

Las facultades básicas liberales de la persona

De acuerdo con la tesis liberal, la finalidad del Estado es proteger el ejercicio de la libertad y los bienes personalísimos del individuo. Locke, por ejemplo, sostuvo que la legitimidad del poder del Estado descansa sobre la base de la protección de la “vida, libertad y hacienda” del individuo o, en sus propias palabras, que “el fin supremo y principal de los hombres al unirse en repúblicas y someterse a un gobierno es la preservación de sus propiedades”.⁴⁵ Por su parte, Kant señaló que la principal directriz de la acción del Estado es el conocido “principio general del Derecho”, según el cual, “una acción es conforme a Derecho cuando, según ella, la libertad de arbitrio de cada uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general”.⁴⁶ Este principio muestra claramente cómo Kant atribuye al Estado, y en particular a la legislación, la labor fundamental de proteger y armonizar la libertad de todos los individuos.

Pero, ¿en qué consiste esa libertad? ¿Cuál es su contenido como atributo inherente al individuo?

En las últimas décadas, John Rawls ha intentado dar una respuesta a esta pregunta mediante su concepto liberal de persona. De acuerdo con Rawls, la persona está caracterizada por dos facultades morales que constituyen el núcleo de sus atributos como sujeto libre. La primera facultad moral consiste en la aptitud de tener un sentido de la justicia —capacidad de ser “razonable”, en la terminología de este autor—.⁴⁷ Por su parte, la segunda facultad se define como la “capacidad para albergar una concepción del

⁴⁵ John Locke, *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, p. 293.

⁴⁶ Immanuel Kant, *Introducción a la teoría del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, p. 80.

⁴⁷ John Rawls, *El liberalismo político* (Tr. de A. Doménech), Grijalbo - Mondadori, Barcelona, 1996, p. 49 y 338.

bien” —capacidad de ser “racional”—.⁴⁸ La primera facultad moral se identifica con la disposición humana para tomar parte de manera consciente en la cooperación social y para respetar los términos en que ésta se desenvuelve. La segunda facultad moral, en cambio, se refiere a la capacidad de proponerse objetivos y de “perseguir una concepción de lo que consideramos que en la vida vale la pena”.⁴⁹ Entre las dos facultades existe una relación manifiesta: mientras la primera alude a los presupuestos individuales de la asociación política, la segunda recalca las posibilidades que esta asociación reconoce al individuo.

Estas dos facultades morales serían, desde el punto de vista liberal, las propiedades materiales que funcionan como criterio para determinar cuáles son los derechos fundamentales del individuo que deben ser protegidos por la Constitución de toda comunidad política justa. De las facultades morales de la persona se deriva el inventario de libertades que han de ser tenidas en cuenta por los fundadores del Estado y que luego han de materializarse en el catálogo de derechos fundamentales.⁵⁰ De acuerdo con Rawls, de este catálogo sólo pueden formar parte las libertades que sean “esenciales” para el desarrollo de las capacidades de la persona, es decir, las libertades de pensamiento y de conciencia, las libertades políticas de asociación, las libertades físicas y de integridad de la persona, y los derechos y libertades implícitas en el principio de legalidad.⁵¹

⁴⁸ *Ibidem*, p. 338.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 330.

⁵¹ *Ibidem*, p. 328.

Las facultades básicas de la persona democrática

También la teoría democrática ha esbozado una concepción del sujeto, compuesta por un conjunto de atributos o facultades básicas cuya protección, mediante la forma de los derechos fundamentales, representa el fundamento y la finalidad de toda comunidad política. La clave de esta concepción se encuentra en el concepto de autonomía y aparece ya expuesta *in nuce* en el ideal de Rousseau, de “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no se obedezca sin embargo más que a sí mismo, y permanezca así libre”.⁵² La teoría democrática propugna la atribución al individuo de la mayor capacidad posible para darse normas a sí mismo; defiende un entendimiento del hombre como sujeto soberano, capaz de autogobernarse, que tiene el derecho de no obedecer más que a sus propios designios.

Esta idea central de la teoría democrática ha conocido en las últimas décadas un vigoroso auge en la teoría del discurso pergeñada por J. Habermas y algunos otros autores que siguen su línea teórica. El concepto de persona democrática, o de persona deliberante, es el más relevante de los desarrollos de la teoría del discurso, si la observamos desde el punto de vista de los derechos fundamentales. Así como Rawls ha esbozado un concepto liberal de persona, los defensores de la teoría del discurso han expuesto las características antropológicas que su concepción presupone, es decir, también han enunciado un conjunto de facultades básicas de la persona que funcionan como propiedades materiales para la definición de cuáles deben ser los derechos fundamentales en una sociedad.

Como es bien sabido, en la teoría de Habermas, la clave de funcionamiento del Estado y del Derecho se halla en el llamado principio del discurso. De acuerdo con este principio, sólo deben

⁵² Juan Jacobo Rousseau, *El contrato social*, Taurus, Madrid, 1969, p. 25.

ser consideradas como normas válidas, aquéllas a las que todos los afectados puedan prestar su asentimiento, en calidad de participantes en discursos racionales.⁵³ De esta equivalencia entre el principio del discurso y el principio democrático se sigue que el concepto de persona presupuesto por el principio democrático, se identifica con el concepto de persona que exige el principio del discurso; o, en otros términos, que las facultades básicas de la persona democrática son las facultades básicas de una persona deliberante en un discurso racional.

El principio del discurso presupone una persona capaz de deliberar y de prestar su asentimiento. Esta circunstancia permite explicar, por qué desde el punto de vista de la teoría del discurso, el concepto de persona se articula básicamente en torno a la capacidad de discernimiento de cada individuo (“*Zurechnungsfähigkeit*”). Esta capacidad se define como la habilidad indispensable que cada hablante debe poseer para tomar parte en la comunicación.⁵⁴ La capacidad de discernimiento engloba dos facultades susceptibles de ser predicadas de la persona: por una parte, la capacidad de hacer afirmaciones y de defenderlas de la crítica con razones convincentes; y por otra, la capacidad de ser crítico con las afirmaciones de los demás y con las suyas propias, es decir, las aptitudes de crítica y autocrítica, a la última de las cuales, se suma además la facultad de autocorrección.⁵⁵

⁵³ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, p. 172.

⁵⁴ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa, Tomo II: Crítica de la razón funcionalista*, Taurus, Madrid, 1987, p. 110.

⁵⁵ Klaus Günther, “Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”, en H. Brunkhorst y P. Niesen (eds.), *Das Recht der Republik*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999, p. 83 y ss.

Estas facultades son, desde el punto de vista de la teoría democrática, aquello que los derechos fundamentales deben proteger. Asimismo, en su conjunto, como concepto democrático de persona, son el presupuesto del estatus de ciudadano. Por esta razón, desde el punto de vista de la teoría democrática, los derechos fundamentales prioritarios son los derechos políticos y la dimensión participativa de otros derechos liberales y prestacionales como la libertad de expresión e información o el derecho a la educación.

Las necesidades básicas de la persona presupuesta por el Estado Social

Por último, también la teoría del Estado Social perfila una imagen del sujeto que debe ser protegido por el Estado y que se compone, esta vez no de un conjunto de facultades sino de necesidades básicas. Según esta línea de pensamiento, ninguna concepción sobre el contenido de los derechos fundamentales, en cuanto fundamento del Estado, puede desconocer que “grandes sectores de la comunidad no pueden valerse por sí mismos”.⁵⁶ A pesar de que el Estado y el derecho protejan las facultades básicas (liberales y democráticas) de las personas que forman parte de estos sectores de la población, esta protección no es suficiente para que puedan satisfacer sus necesidades básicas. De acuerdo con Tugendhat, uno de los principales defensores de la teoría del Estado Social en el ámbito de la filosofía política, el sistema de derechos fundamentales no puede sostenerse sobre la presunción errada de que la sociedad está conformada enteramente por individuos capaces, autónomos y autosuficientes, que además intervienen en condiciones de igualdad en la toma de decisiones políticas. Por esta razón, su base no puede estribar en el concepto de libertad sino en el de necesidad o, con mayor precisión, de necesidades básicas de la persona.

⁵⁶ Ernst Tugendhat, *Lecciones de ética*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 338 y ss.

La idea de necesidades básicas de la persona no es por entero incompatible con el liberalismo. Detrás de las nociones de libertad negativa y de autonomía, que fundamentan la concreción de los derechos fundamentales en deberes de abstención, subyace también el reconocimiento de que el individuo tiene la necesidad de elegir y de decidir su propio rumbo. No obstante, la idea de necesidad se extiende sobre otros planos soslayados por el pensamiento liberal y por el pensamiento democrático. Esta idea también pone de relieve que la situación de carencia de los bienes indispensables para subsistir y para ejercer las libertades, en que se encuentran vastos sectores de la población de los Estados, es un hecho de relevancia social. De esto se sigue que el imperativo de satisfacer las necesidades básicas de toda la población, fundamente ciertas reglas de cooperación que también integran el contenido de los derechos fundamentales. Estas reglas de cooperación desarrollan el principio de solidaridad,⁵⁷ conforman los derechos fundamentales prestacionales y prescriben deberes de actuar que tienen un doble efecto de irradiación.⁵⁸ Dichos deberes se proyectan en primer lugar sobre el propio afectado —a quien su estatus inicial como persona autónoma le impone una obligación de autoayuda—, y sobre sus familiares y allegados, quienes tienen con el afectado un vínculo de solidaridad muy estrecho. Sin embargo, si estas obligaciones positivas no pueden ser satisfechas en esta primera instancia, se traspasan de modo subsidiario a todos y cada uno de los miembros de la sociedad que se aúnan en el Estado para procurar el correspondiente deber prestacional.⁵⁹ La ejecución

⁵⁷ Michell Borgetto ha señalado que el principio de solidaridad cumple la función de fundamentar en alguna medida ciertos derechos sociales. En esta dimensión, la solidaridad se entiende como un “deber colectivo de ayuda mutua”, como un “verdadero principio de acción política”. En: *La notion de Fraternité en Droit Public Français*, LGDJ, París, 1993, p. 398

⁵⁸ Ernest Tugendhat, *Lecciones de ética*, op. cit., p. 341 y ss.

⁵⁹ Del mismo modo, Jose Joaquim Gomes Canotilho ha hecho ver que

de estos deberes prestacionales debe proveer el mínimo vital a todos los individuos y los bienes necesarios para el ejercicio de su libertad y sus derechos políticos.

Conclusiones relativas a las propiedades materiales

Las propiedades materiales definitorias de los derechos fundamentales deben entenderse como propiedades suficientes y alternativas que un derecho jurídico subjetivo debe revestir para poder ser considerado como un derecho fundamental. De este modo, un derecho jurídico subjetivo ha de ser considerado como un derecho fundamental si protege alguna de las facultades básicas del concepto liberal de persona (capacidad de ser racional o su capacidad de ser razonable), alguna de las facultades básicas ligadas a la capacidad de discernimiento propia del concepto democrático de persona o alguna de las necesidades básicas que la teoría del Estado social atribuye al individuo, es decir, alguna de las necesidades básicas que se satisfacen por el mínimo vital o la procura existencial o alguna de las necesidades básicas indispensables para el ejercicio de las libertades o los derechos democráticos. Asimismo, dentro de la concepción liberal de la persona aparece protegido el derecho a la igualdad jurídica, al paso que la concepción de la persona del Estado Social protege el concepto de igualdad fáctica. Para que un derecho subjetivo sea un derecho fundamental es necesario que por lo menos ostente una de las propiedades materiales aquí descritas.

el imperativo que se desprende de los derechos sociales, vincula a todos los miembros de la sociedad y se hace efectivo sobre todo mediante la acción de los contribuyentes, quienes proporcionan al Estado los recursos necesarios para atender las prestaciones necesarias para la satisfacción de los derechos sociales. En: "Metodología "Fuzzy" y "Camaleones normativos" en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales", *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, p. 39 y ss.

III. BASES PARA UN CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE MÉXICO

Cabe aclarar que las propiedades formales y materiales de los derechos fundamentales también funcionan de manera conjunta y alternativa. Esto se sigue del ya citado principio de interpretación amplia de los derechos fundamentales, que siguen la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en los términos que se desprenden de los criterios de jurisprudencia insertos en el cuerpo del presente trabajo. Esto quiere decir que basta que un derecho jurídico subjetivo revista por lo menos una propiedad formal y una propiedad material para que haya de ser considerado como un derecho fundamental. Desde luego, por regla general, los derechos jurídicos subjetivos que constituyen derechos fundamentales cumplen, a la vez, con alguna o algunas propiedades formales y materiales. Esto es así porque las propiedades materiales subyacen a las propiedades formales. Cuando el constituyente incluye derechos jurídicos subjetivos en una Constitución con la forma de derechos fundamentales, lo suele hacer sobre la base de las facultades básicas de la persona que constituyen las propiedades materiales.

Ahora bien, este marco teórico puede utilizarse por entero para postular un concepto de derecho fundamental adecuado a la Constitución Mexicana. Es bien cierto que, por razones históricas, la categoría principal que se utiliza en la Constitución Mexicana para referirse a las posiciones jurídicas del individuo que deben protegerse es la de garantías individuales. Que la Constitución Mexicana no se refiera principalmente a la categoría de los derechos fundamentales como tal, sino a la de las garantías individuales, es algo que puede comprenderse muy bien, si se tiene en cuenta el contexto histórico de expedición de la Constitución Mexicana. En aquél tiempo el con-

cepto de garantías individuales era la categoría que estaba en boga en el contexto del derecho público latinoamericano para denotar los derechos constitucionales del individuo que se erigían como límites a los poderes públicos. Al respecto, resulta conveniente precisar que la categoría de los derechos fundamentales —*Grundrechte*— ya se había utilizado por primera vez en la efímera Constitución Alemana de la Paulskirche de 1948 y estaba a punto de usarse en la también poco duradera Constitución de Weimar de 1919. Sin embargo, esta categoría sólo alcanzaría una proyección internacional, fuera del contexto alemán, después de la segunda posguerra, al incluirse en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Su inclusión en la Ley Fundamental y el desarrollo de los derechos fundamentales por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán determinaron que esta categoría fuese trasplantada a otros países europeos. Particularmente representativa para América Latina fue la inclusión de la categoría de los derechos fundamentales en la Constitución Portuguesa de 1976 y, sobre todo, en la Constitución Española de 1978. A partir de allí, el concepto de derechos fundamentales se trasplantó a América Latina. En las últimas dos décadas, la última ola del constitucionalismo latinoamericano, un número representativo de estados latinoamericanos también han adoptado constituciones que institucionalizan el Estado Constitucional Democrático y que han incorporado el concepto de los derechos fundamentales. Así ha ocurrido, por ejemplo, en la Constitución Colombiana de 1991, la Constitución de Perú de 1993, la reforma de 2002 que se introdujo a la Constitución de Bolivia, las reformas introducidas a la Constitución de Chile en 1989, 1991, 1997, 1999, 2000, 2003 y 2005, la Constitución ecuatoriana de 1998, entre otras.

A pesar de lo anterior, debe reconocerse que la locución “derechos fundamentales” se ha incorporado recientemente a los artículos 18 y 20 del texto constitucional mexicano, con motivo de las reformas penales de 2005 y 2008. De manera análoga, la Cons-

titución Mexicana también se refiere *expressis verbis* al concepto de derechos humanos en los artículos 2, 21, 102 y 122. Si esto se aúna a las diversas tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en las que se reconocen y tutelan derechos fundamentales incorporados en apartados distintos a las garantías individuales, como, por ejemplo, los derechos político-electorales, bien puede concluirse:

- I) que la Constitución de México sí protege derechos fundamentales;⁶⁰
- II) que, desde luego, son derechos fundamentales aquellos reconocidos *expressis verbis* mediante el uso de este concepto en los artículos 18 y 20;
- III) que este carácter de derechos fundamentales se extiende más allá, a saber, a los derechos jurídicos subjetivos a los que se alude en el texto constitucional mediante el término “derechos humanos”, a las garantías individuales y a los derechos humanos que aparecen en los tratados internacionales válidamente suscritos por el Estado Mexicano, siempre y cuando tales derechos subjetivos revistan por lo menos una de las propiedades materiales de los derechos fundamentales;
- IV) y que también son derechos fundamentales aquellos reconocidos como tales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Ahora bien, en estas tesis resulta capital la interpretación de las garantías individuales de la Constitución Mexicana como derechos

⁶⁰ De hecho ya hay varios desarrollos teóricos encomiables de los derechos fundamentales en el derecho constitucional mexicano. Baste remitir aquí a la monumental obra de Miguel Carbonell: *Los derechos fundamentales en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

fundamentales. Resulta pertinente señalar que esta interpretación puede encontrar un sólido sustento en la jurisprudencia y la doctrina, si se tiene en cuenta la identidad —o por lo menos la similitud— que existe entre los efectos que se confiere a las garantías individuales con aquellos que son propios de los derechos fundamentales, que ya se han mencionado en el presente escrito.

Así, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido las garantías individuales como garantías “supremas” por estar consagradas en la Constitución Federal, cuyo artículo 133 establece el principio de la supremacía constitucional. Según esta Corte, dichas garantías “se encuentran por encima de la normativa [constitucional] secundaria”.⁶¹ Esta doctrina jurisprudencial deja clara la propiedad formal de pertenencia a la Constitución, y la consiguiente supremacía, de las garantías individuales. En este aspecto esencial son idénticas a los derechos fundamentales.

En esta misma dirección, I. Burgoa ha definido a las garantías individuales mediante un concepto compuesto por los siguientes elementos: 1) una relación jurídica de subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado (sujeto pasivo); 2) un derecho público subjetivo que emana de dicha relación a favor del gobernado (objeto); 3) la obligación a cargo del Estado y sus autoridades de respetar el derecho y garantizar su seguridad jurídica; y 4) la previsión y su correspondiente regulación por parte de la Ley Fundamental (fuente).⁶²

Saltan a la vista aquí los siguientes elementos propios del concepto de derecho fundamental, que corresponden a los elementos

⁶¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Las garantías individuales. Parte general. Colección Garantías Individuales*. México D.F., segunda edición, p. 61. Disponible en la internet en: http://www.e-mexico.gob.mx/wb2/eMex/eMex_Suprema_Corte_de_Justicia_de_la_Nacion2 Consultado en marzo 23 de 2008.

⁶² Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 34a. ed., 2002, p. 187.

aludidos por Burgoa: 1) la protección de posiciones jurídicas, tales como el derecho a algo; 2) el carácter de derecho jurídico subjetivo; 3) la fuerza vinculante frente a los poderes públicos; y 4) la propiedad formal de la pertenencia a la Constitución.

Al tercer elemento, es decir, el efecto de vinculación de los poderes públicos —incluido el Legislador— también alude J. Carpizo, cuando define a las garantías individuales como “límites que los órganos de gobierno deben respetar en su actuación; es decir, lo que no pueden realizar”.⁶³ Asimismo aluden a este elemento E. Sánchez Bringas, cuando define las garantías individuales como “las prerrogativas alcanzadas por los hombres frente al poder público personificado en la autoridad”. Este autor también señala que dichas garantías son “los derechos que los gobernados pueden oponer a los gobernantes con el fin de que se conduzcan de la manera dispuesta por aquellas normas del orden jurídico del Estado que protejan la vida, la integridad, la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la propiedad de las personas”.⁶⁴ La alusión a las propiedades materiales de los derechos fundamentales —sobre todo a las propiedades liberales— es evidente en esta cita. A voces como las de Carpizo y Sánchez Bringas se unen la de F. Tena Ramírez, para quien las garantías individuales son “derechos públicos de la persona” que constituyen “limitaciones a la autoridad” erigidas por la parte dogmática de la Constitución⁶⁵ y la voz institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual, las garantías individuales “son limitaciones al poder público”.⁶⁶ Adicionalmente ha señalado que

⁶³ Jorge Carpizo, *Estudios constitucionales*, Porrúa, México, 2003, p. 299 y 466.

⁶⁴ Enrique Sánchez Bringas, *Los derechos humanos en la Constitución y en los tratados internacionales*, Porrúa, México, 2001, p. 55.

⁶⁵ Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México, 29a. ed., 1995, p. 512.

⁶⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías individuales. Parte*

dichas garantías “no son derechos públicos subjetivos absolutos, pues su uso, restricción y suspensión, se arreglan a los casos y a las condiciones que establece dicha Constitución, dentro de los límites que la misma señala”⁶⁷ (este carácter no absoluto es también una característica propia de los derechos fundamentales). De igual modo advierte que, aun cuando los supuestos de restricción o suspensión de las garantías individuales se hallen previstos en la propia Constitución, como lo demuestra su artículo 29, el mecanismo de protección previsto por la Constitución para estas garantías, se encuentra en los artículos 103 y 107, referidos al juicio de amparo.⁶⁸ Estos dos artículos han sido reglamentados por la Ley de Amparo. Del mismo modo, no debe perderse de vista que dichas garantías individuales, al constituir derechos fundamentales son objeto de tutela en los términos especificados por los artículos 41, 60 y 99 de la Constitución Política, cuya ley reglamentaria es la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

En lo que concierne a las propiedades materiales de los derechos fundamentales, es preciso señalar que al catálogo de garantías individuales de la Constitución Mexicana subyacen tanto la teoría liberal y la democrática, como la del Estado Social. Es bien sabido en el derecho constitucional comparado que la Constitución Mexicana fue pionera al incorporar como garantías individuales algunos de los que hoy se consideran derechos fundamentales sociales. A estos derechos sociales se suman las libertades que aparecen protegidas de manera rotunda por la Constitución y los derechos políticos, que cuentan con la protección ante la jurisdicción electoral.

general. *Colección Garantías Individuales*, segunda edición, julio de 2005, México, p. 56.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 60.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 60.

IV. CONCLUSIONES

De las anteriores reflexiones pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. Los derechos fundamentales una especie de los derechos jurídicos subjetivos.
2. El concepto de derecho fundamental puede utilizarse para hacer referencia, por lo menos a tres diferentes fenómenos jurídicos: las disposiciones, las normas o las posiciones de derecho fundamental.
3. Existen diversas clases de posiciones de derecho fundamental, a saber, el derecho a algo (su posición correlativa es el deber), la competencia (la posición correlativa es la sujeción), la libertad (la posición correlativa es el no-derecho) y la inmunidad (la posición correlativa es la no-competencia).
4. Diversas propiedades formales y materiales son la *differentia specifica* que caracterizan a los derechos fundamentales como una especie dentro del género de los derechos jurídicos subjetivos.
5. Desde el punto de vista de las propiedades formales, un derecho jurídico subjetivo es un derecho fundamental siempre y cuando satisfaga por lo menos alguna de las siguientes propiedades suficientes: haber sido establecido en la Constitución, formar parte del bloque de constitucionalidad, haber sido reconocido por la jurisprudencia de alguno de los órganos de cierre del sistema judicial (la Suprema Corte de Justicia de la Nación o el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación) como un derecho fundamental.
6. Desde el punto de vista de las propiedades materiales, un derecho jurídico subjetivo es un derecho fundamental

siempre y cuando proteja alguna de las facultades básicas del concepto de persona, interpretado a partir de las teorías liberal, democrática o del Estado Social.

7. La Constitución de México sí protege derechos fundamentales.
8. Son derechos fundamentales aquellos reconocidos *expressis verbis* mediante el uso de este concepto en los artículos 18 y 20.
9. Este carácter de derechos fundamentales se extiende más allá, a saber, a los derechos jurídicos subjetivos a los que se alude en el texto constitucional mediante el término “derechos humanos”, a las garantías individuales y a los derechos humanos que aparecen en los tratados internacionales válidamente suscritos por el Estado Mexicano, siempre y cuando tales derechos subjetivos revistan por lo menos una de las propiedades materiales de los derechos fundamentales.
10. También son derechos fundamentales aquellos reconocidos como tales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Los derechos fundamentales
en la jurisprudencia del Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación
es el cuaderno núm. 8 de la serie
Temas selectos de Derecho Electoral.
Se imprimió en octubre de 2009
en los Talleres de Offset Santiago S.A. de C.V.
Río San Joaquín 436,
Col. Ampliación Granada, C.P. 11520, México, D.F.

Su tiraje fue de 1,000 ejemplares