Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45

*...tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos...*

# REALIZACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS. UN ANÁLISIS A PARTIR DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CPEUM

Miluska ORBEGOSO SILVA*

SUMARIO: I. *A modo de introducción: la reforma de 2011 en materia de derechos humanos*. II. *Realización y garantía de los derechos fundamentales*. III. *La obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos*. IV. *Protección* ex-post *y protección* ex-ante *de los derechos fundamentales*. V. *Conclusiones*.

## I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA REFORMA DE 2011 EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El 10 junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto a través del cual se reformaron distintos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Lo anterior es un hito en el constitucionalismo mexicano, pues supuso, desde nuestro punto de vista, un cambio o giro en la concepción que en México se tenía sobre los derechos de las personas.

La reforma trajo consigo un cambio importante en el concepto que se usaba para definir a los derechos de la persona, pues se abandonó la doctrina alemana de las garantías públicas subjetivas, que en pocas palabras suponían la concepción de que los derechos los tenemos porque el Estado nos los otorga (y no por el solo hecho de ser humanos), bajo el concepto de garantías individuales, para pasar al uso del término "derechos humanos".

* Universidad de las Américas, Puebla.



DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45



Asimismo, entre muchas otras reformas, se incorpora la interpretación de los derechos humanos a la luz de los tratados internacionales sobre la materia y la obligación de todos los poderes de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, tema en el cual nos detendremos.

En ese orden de ideas, conviene recordar que el 21 de septiembre de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) aprobó la resolución relacionada con la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), vinculada con el ya conocido caso *Rosendo Radilla vs. México*. Al respecto, el punto que nos interesa remarcar es que en ella se incorporó la obligación de todas y todos los jueces del país de adecuar sus resoluciones a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

Después de la reforma en materia de derechos humanos, con respecto al tema que intentaremos estudiar en esta investigación, en el artículo 1o., tercer párrafo, de la CPEUM, se lee "...todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos...". La anterior es una obligación que se desprende del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme al cual

> los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Lo que en México se hace extensivo a todas las autoridades en todos lo niveles de gobierno.

En ese sentido, conviene precisar que las distintas obligaciones que contempla la Constitución mexicana se enmarcan dentro la jurisprudencia de la Corte IDH, que en sendas resoluciones ha desarrollado el contenido de las mismas, y que son ampliamente conocidas.[1] En ese orden de ideas, podemos señalar que la obligación de respetar se refiere tanto a la conducta clásica del Estado de abstención de llevar a cabo cualquier conducta que pu-

[1] Para profundizar sobre ello véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, "La obligación de «respetar» y «garantizar» los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Análisis del artículo 1º* del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano", *Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 2, 2012, pp. 141-192.

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45



diera obstaculizar su ejercicio, como de actuaciones positivas o prestacional. La obligación de promover supone la difusión de los derechos humanos con la finalidad de que todos sus titulares conozcan su contenido y sus formas de protección. La obligación de proteger recae tanto en el Estado como en los particulares, y, asimismo, se refiere a la obligación de contar con mecanismos que se activen ante su vulneración. Y finalmente, reparar implica la obligación del Estado de alcanzar soluciones que permitan indemnizar el daño sufrido.[2]

En ese orden de ideas, creemos que aunque cada una de las obligaciones del Estado para con los derechos humanos tiene un contenido específico que ha sido ya ampliamente desarrollado tanto por la CIDH como por la SCJN, creemos que ello se desprende de una obligación aún mayor, más general. Esto tiene fundamento en la doctrina alemana de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, y que para el caso que estudiamos se materializa en la obligación general que tiene el Estado de "realizar y garantizar los derechos humanos", y que se concreta en la organización y el procedimiento como mecanismos *ex-ante* de protección de los derechos, lo cual estudiaremos en las siguientes páginas. Por tanto, será necesario recurrir a la doctrina y jurisprudencia que sobre la materia se ha desarrollado en Alemania y que ha tenido impacto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

## II. Realización y garantía de los derechos fundamentales[3]

### 1. *La dimensión objetiva de los derechos fundamentales*

Antes de analizar este concepto, conviene precisar que en México la dimensión objetiva de los derechos fundamentales no se recoge expresamente en el texto constitucional. En ningún lugar se señala que el Estado mexicano fundamenta su actuación en principios y valores. Sin embargo, a pesar de que el Constituyente de 2011 no incorporó expresamente en el texto constitucional la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, sí incorporó

[2] Anzures Gurría, José Juan, "La reforma constitucional en materia de derechos humanos en México", *Ita Ius Esto*, núm. 12, 2016, pp. 3 y 4.

[3] La expresión "derechos fundamentales" se usa en la teoría constitucional para referirse a los derechos recogidos en una Constitución; aunque en el caso mexicano el constituyente optó por la definición "derechos humanos". En ese sentido, cuando nos refiramos al caso mexicano usaremos está última expresión.

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45



los mandatos de acción o las conductas positivas que el Estado debe realizar: promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, los cuales, son manifestaciones de la dimensión objetiva. Asimismo, cabe precisar que los mandatos de acción señalados en el tercer párrafo vinculan a todas las autoridades en todos los niveles de gobierno.

### A. *Dimensión subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales*

En primer lugar, debemos precisar que no es nuestra intención detenernos en el estudio de esta categoría, que es ampliamente conocida,[4] pero sí partir de sus postulados básicos para luego entender por qué la organización y el procedimiento se constituyen como sus manifestaciones.

Los derechos fundamentales se caracterizan tradicionalmente como derechos de defensa; esto es, que se reconocen como áreas inmunes a la actuación estatal, como pretensiones de no injerencia.[5] Sin embargo, desde los trabajos de Smend en la época de Weimar sobre el significado de la Constitución y de los derechos fundamentales como un "sistema de valores"[6] podemos encontrar un contenido objetivo en los derechos fundamentales. Conforme a esta teoría, la norma de derecho fundamental es tanto una norma de derecho público subjetivo como una de contenido objetivo que impone al Estado la realización de un valor fundamental.[7]

Los derechos fundamentales tienen una dimensión subjetiva y otra objetiva, y,

> como consecuencia de este doble carácter de los derechos fundamentales, pende sobre los poderes públicos una obligación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos acotada, y en su vertiente jurídico-objetiva, reclaman genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones,

---

[4] Para un estudio a profundidad en la bibliografía española, *cfr.* Simón Yarza, Fernando, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 99-206.

[5] Isensee, Josef, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", *HStR*, V, 2000, p. 155 y Kriele, Martin, "Grundrechte und demokratischer Gestatungsspielraum", *HStR*, V, 2000, ps.127-128.

[6] Smend, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Munich und Leipzig, 1928, p. 163. Sobre el desarrollo histórico de esta teoría véase Stern, Klaus, *Das Staatsrecht*…, *cit.*, pp. 890-907. Esta teoría fue asumida tempranamente en el conocido caso Luth *BVerGE*, 7, 178.

[7] Dolderer, Michael, *Objektive Grundrechtsgehalte*, Berlín, Duncker & Humblot, 2000, pp. 117 y ss.

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45



> coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos.[8]

Asimismo, en la STC 25/1981 del 14 de julio FJ 5, el Tribunal Constitucional español señaló que

> ...los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en el sentido estricto, sino en cuanto garantizan un "status" jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.1)...

Esto es, que los derechos fundamentales, además de esta dimensión subjetiva, disponen de otra dimensión objetiva, ya que constituyen "elementos asimismo esenciales del orden jurídico-político general".[9]

En suma, los derechos fundamentales cuentan con un doble ámbito de significación: uno subjetivo, que reconoce y garantiza al individuo un estatus jurídico, y por tanto se exige un ámbito de libertad en el cual se puedan realizar las prerrogativas que el derecho signifique, y otro objetivo, que considera que los derechos fundamentales son elementos esenciales del ordena-

---

[8] El ATC 382/1996, del 18 de diciembre, es muy significativo al señalar que "los derechos fundamentales, si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico". Aunque este pronunciamiento se encuentra contenido en un auto se puede deducir de otras sentencias que el carácter objetivo de los derechos fundamentales es la justificación de la obligación positiva por parte del Estado; por ejemplo, en la STC 129/1989, de 17 de julio FJ 3 que señala "[l]a significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia" y la STC 53/1985, del 11 de abril FJ 4 que señala "[p]or consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano".

[9] Solozábal Echavarría, Juan José, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, núm. 71, enero-marzo de 1991, p. 88.

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45



miento objetivo de la comunidad política; es decir, que requieren un ámbito de actuación positiva del poder público, por la que el Estado se obliga a políticas serias de promoción de los derechos fundamentales.[10]

### B. *La organización y el procedimiento como manifestaciones de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales*[11]

Desde la perspectiva objetiva, que es la que nos interesa, "su realización consiste en la adopción de medidas políticas orientadas a la justicia o, como suele decirse al bien común".[12] En ese sentido, debido a que la Constitución y los derechos fundamentales que ésta proclama vinculan a todos los poderes, éstos, los derechos fundamentales, como principios del ordenamiento jurídico, deben también inspirar su actuación en todos los niveles de gobierno.

Este entendimiento de los derechos fundamentales obedece a la noción del Estado como social y democrático de derecho, y junto a ella el entendimiento de la Constitución como normativa, y en la que, precisamente, los derechos fundamentales ya no son sólo límites al poder estatal sino también principios y valores objetivos de todo el ordenamiento jurídico. Esta nueva dimensión constituye en palabras de Böckenförde, ya no un complemento, sino una cualidad de los derechos,[13] y para Alexy se trata del "...instrumento más importante para permitir que estos derechos adquieran un nuevo contenido".[14]

Como los derechos fundamentales son ahora valores del ordenamiento y ya no sólo límites al poder, se convierten entonces en mandatos que el Estado debe cumplir.[15] Esto implica que el poder público está doblemente

---

[10] Castillo Córdova, Luis, "Principales consecuencias de la aplicación del principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, La Coruña, núm. 7, 2003, pp. 184-188.

[11] Para profundizar véase Orbegoso Silva, Miluska, *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y el procedimiento*, Madrid, CEPC, 2018.

[12] Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 85.

[13] Böckenförde, Ernst-Wolfgang, "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la ley fundamental", en Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 109.

[14] Alexy, Robert, *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, en Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt/M, Suhrkamp, 1995, p. 262.

[15] Böckenförde señala que "[l]os derechos fundamentales como normas de principio o decisiones axiológicas denotan un contenido normativo determinado que exige ser realizado; no son derechos que persigan la abstención, sino que pretenden la actuación y la protección de estos contenidos". Más adelante, afirma este mismo autor que: "El deber de

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45



vinculado a los derechos: por un lado, en su sentido tradicional abstencionista de no lesionar la esfera jurídica por ellos protegida, y por el otro, en su dimensión objetiva, respecto de la cual deberá procurar que el disfrute de los derechos sea real y efectivo en todos los sectores del ordenamiento jurídico en el que desplieguen sus efectos.[16] Pero también vinculan a los poderes en otro sentido, pues que los poderes se encuentren positivamente vinculados a los derechos se traduce en la mencionada fórmula alemana de "organización y procedimiento",[17] es decir, "que la efectividad de los derechos fundamentales no exige sólo respetar la declaración constitucional de derechos, sino que muy a menudo es preciso, además, que existan estructuras públicas, tanto administrativas como jurisdiccionales, a través de las cuales se ejerzan los derechos...".[18] Por tanto, se torna necesaria, como manifestación de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, la implementación de un procedimiento y una organización adecuados que garanticen el respeto efectivo de los derechos.

Por tanto, en sentido objetivo, los derechos fundamentales se concretan como "directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa" (y de los poderes públicos en general) de las que se desprende la obligación de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal.[19] Donde, consideramos,

---

protección del Estado es general. No sólo prohíbe —evidentemente— intervenciones estatales directas en la vida que se está gestando, sino que obliga también al Estado a situarse ante esta vida en términos de protección y promoción, es decir, a protegerla frente a ataques antijurídicos por parte de otros". "Sobre la situación de la dogmática...", *cit.*, pp. 114 y 115.

[16] En este sentido, la STC 18/1984 F.J. 3, señala que "La configuración del Estado como Social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía derecho público-privado y agudiza (tanto) la dificultad de calificar determinados entes, cuando no existe calificación legal, como (la) de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica". Más adelante, en su FJ 6o., esta misma sentencia señala que "la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) «se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social». La petición del principio es evidente: habría un deber de los poderes públicos de «dar efectividad» a los derechos fundamentales «en cuanto a su vigencia en la vida social» que deriva del artículo 9.1 de la Constitución".

[17] Trute, Hans-Heinrich, "Wechselseitige Verzahnnungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht", en Hoffman-Riem, Wolfgang y Schmidt-Assmann, Eberhard (coord.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als welchselseitige Auffangordnungen, Schriften zur Reform des Velwaltungsrechts*, tomo 3, Baden-Baden, 1996, pp. 412 y ss.

[18] Díez Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Navarra, Thomson-Civitas, 2008, pp. 129 y 130.

[19] Schneider, Hans-Peter, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 7, enero-marzo de 1979, nota 4, p. 23.

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45



la Constitución se transforma en la norma marco para la organización y procedimiento, que permiten la participación del Estado y del ciudadano,[20] para así cumplir con las exigencias que se desprenden desde los derechos fundamentales.

### *a.* La organización

El Estado, y en concreto lo entes públicos, necesitan estructuras organizativas para actuar, a fin de cumplir con las funciones que se les encargan desde la Constitución o desde las leyes.[21] El concepto de organización no es uniforme en el derecho, aunque principalmente se refiere a las instituciones o a la organización interna de las mismas; sin embargo, el concepto que nos interesa es el que tiene que ver con los derechos fundamentales. La organización a la que nos referimos tiene unos caracteres especiales que se traducen no sólo en la forma en que los órganos del Estado deberán estructurarse o configurarse para cumplir con lo mandado por las leyes, sino que servirán, sobre todo, para el caso que comentamos, como mecanismo de protección de los derechos, especialmente de libertad, del destinatario de la prestación.

La conformación de la organización administrativa y de los procedimientos de decisión pública en un sentido conforme a los derechos fundamentales implica directamente la apertura de aquéllos a la participación de los titulares de los derechos, y eventualmente a la organización exponencial de sus intereses.[22] En vista de ello, el concepto de organización que empleemos debe ser amplio, e incluso debe permitir consideraciones del derecho procedimental[23], así como del Derecho presupuestario y de la función pública.[24] Al respecto, conviene precisar que cada vez que hablemos de organización nos tendremos que remitir al procedimiento, y viceversa. Si el procedimiento se puede definir de forma general como un "sistemas de reglas

[20] Häberle, Peter, "Grundrechte im Leistungsstaat", en varios autores, *Veröffentlichungen der Vereinigun der Deutschen Staatrechtslehrer*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1972, t. 30, p. 56.

[21] Ritter, Ernst-Hasso, "Organisationwandel durch Expertifizierung und Privatisierung im Ordnungs- und Planungsrecht", en Hoffman-Riem, Wolfgang y Schmidt-Assmann, Eberhard (coord.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressourcem Schriften zur Reform des Verwaltungsrecht*, Baden-Baden, 1997, t. 4, p. 11.

[22] Denninger, Erhard, "Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung", en HStR, t. V, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004, p. 297.

[23] Rodríguez de Santiago, José María, *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons, 2007, 138.

[24] Schmidt-Assmann, Eberhard, *Verwaltungsorganisationsrecht...*, *cit.*, p. 20.

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45



y/o principios para la obtención de un resultado",[25] la organización aparece como un elemento previo a éste.[26]

Asimismo, a fin de entender la organización a la que nos referimos, debemos diferenciar los derechos de los individuos a una organización, de los derechos de los individuos frente a la organización.[27] Los primeros, que son los que nos interesan, se refieren al derecho de la persona frente al legislador para que expida normas de organización conformes a los derechos fundamentales, esto es, en respeto de la dignidad y del pluralismo.

Por tanto, el concepto de organización que empleamos "se refiere a la completa estructura institucional que se encarga de ofrecer y realizar las prestaciones a favor de sus destinatarios".[28] Esto es, a unos órganos estatales organizados donde existe una actuación institucionalizada y un mayor número de actores que interactúan regularmente con muy diferentes objetivos,[29] y donde lo plural se torna en el elemento determinante para definirlos.

Siempre que se piensa en la administración pública se vislumbra una megaestructura, organizada tanto jerárquica como territorialmente, que actúa vinculada al derecho y sometida a determinadas formas, pues en definitiva, "la intervención administrativa es intervención organizativa".[30] Y en ese sentido, se ha dicho, y creemos con acierto, que "la medida real del bienestar social no se encuentra en las leyes, que son meras proposiciones normativas, sino más bien en la organización administrativa".[31] Y ello es así, pues en la medida en que la administración pública se organice adecuadamente, de forma que existan canales de comunicación y/o interacción entre administración y ciudadano, la eficacia de los derechos fundamentales será aún mayor, para así evitar a toda costa que "los derechos no se transformen en deberes y no conlleven obligaciones que a causa, por ejemplo,

---

[25] Alexy, Robert, *Teoría*..., *cit.*, p. 419.

[26] Stern, Klaus, *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* Band III, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhadlung, München, 1988, p. 960.

[27] Alexy, Robert, *Teoría*…, *cit.*, p. 435.

[28] Rodríguez de Santiago, José María, *La administración*…, *cit.*, p. 162.

[29] Schmidt-Assman, Eberhard, "Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantie", en Merten, Detlef y Papier, Hans-Jürgen, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2006, t. II, p. 1005.

[30] Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública-Marcial Pons, 2003, p. 258.

[31] Nieto, Alejandro, "La organización de las administraciones públicas para el servicio del bienestar", en Muñoz Machado, Santiago *et al.* (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, 2000, p. 556.

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45



de una insuficiente información o por falta de comprensión de un texto complejo, exijan demasiado de los que tienen derecho a la participación, transformándolo así en una farsa".[32]

Por ello, el derecho de la organización permite que la actividad de los órganos estatales se inserte en estructuras,[33] que deberán dar respuesta a aquella asimetría existente entre la neutralidad estatal y la pluralidad social, que es un reflejo de la asimetría entre la competencia estatal y la libertad del ciudadano. Mientras los ciudadanos actúan con una libertad jurídicamente ordenada, los órganos estatales actúan con una competencia jurídicamente otorgada.[34]

### *b.* El procedimiento

Todos los asuntos públicos que corren a cargo de los órganos estatales discurren a través de un procedimiento determinado.[35] Así, en el derecho administrativo el procedimiento se define como "el conjunto concatenado de actos o actuaciones administrativas de trámite destinadas a asegurar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la Resolución que le pone término y a garantizar los derechos de los ciudadanos afectados y las exigencias de los intereses públicos en juego".[36]

De esa definición, que es la común en la doctrina, se pueden extraer muchas características del procedimiento administrativo que interesan respecto del tema objeto de nuestro estudio, puesto que se caracteriza por alcanzar un fin, por ser garantía para el ciudadano, por revestirse de legalidad, por velar por el interés público. Notas o elementos que recogen exigencias derivadas de la cláusula del Estado social y de derecho, pero que, sin embargo, no atienden el elemento clave: la participación del ciudadano. Se trata de una definición desde el derecho administrativo que sólo contempla la participación de la administración pública, que sólo tiene por finalidad garantizar los derechos de los ciudadanos afectados sin que éstos tengan una actuación activa en el mismo, o en todo caso, ésta no es un elemento importante que ayude a definir el procedimiento administrativo; cuando,

---

[32] Häberle, Peter, "Grundrechte im Leistungsstaat", *cit.*, pp. 182 y 183.

[33] Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general...*, *cit.*, p. 251.

[34] Rodríguez de Santiago, José María, *La administración...*, *cit.*, pp. 164 y 165.

[35] Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, "Los principios constitucionales del procedimiento administrativo", en *Gobierno y administración en la Constitución*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1988, vol. I, p. 104.

[36] Bocanegra Sierra, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Navarra, Thomson-Civitas, 2006, p. 84.

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45



como bien señala Luhmann, el procedimiento no es idéntico al proceso de toma de decisión, sino que se trata de un sistema social, de una actuación fáctica o material, de un sistema de interacción.[37]

En este sentido, Alexy[38] diferencia los derechos cuyo procedimiento debe interpretarse de conformidad con la Constitución,[39] de aquellos derechos a que se establezcan determinadas normas procedimentales. Los primeros van dirigidos al juzgador, mientras los segundos, que son los que ahora nos interesan, al legislador, y en última instancia a la administración pública prestadora, y son en los que nos centraremos.

La noción de procedimiento que aquí empleamos no se refiere al concepto clásico de procedimiento administrativo, sino a una construcción teórica de otro tipo que permita la garantía y aseguramiento de los derechos fundamentales.[40] En ese sentido, el procedimiento puede ser definido como una serie de operaciones estructuradas de extracción de información y de procesamiento de la producción de decisiones, las cuales se componen de una variedad de acciones e interacciones, que tienen su propia dinámica de desarrollo, no predecible en todos los puntos,[41] y tienen por finalidad una suerte de confrontación de los intereses en juego antes de que entren en conflicto,[42] o como un "sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado",[43] donde lo importante es alcanzar ese resultado mediante el respeto de reglas y principios, con base en lo cual se podrá calificar la actuación de positiva o negativa.[44]

El concepto de procedimiento al que nos referimos se trata pues de un proceso jurídicamente ordenado de interacción entre dos partes: el funcionario público y el ciudadano, y referido al marco procedimental con base en el cual esta relación se va a desarrollar, dirigido "a la concreción del contenido del derecho prestacional del destinatario en una forma que se correspon-

---

37 Luhmann, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt und Neuwied, 1978, pp. 3 y ss.

38 Alexy, Robert, *Teoría...*, *cit.*, p. 420.

39 Por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el derecho a la ejecución forzosa en BVerfBE 46, 325 (33 y ss.); 49, 220 (225 y ss.); 49, 252 (256 y ss.); 51, 150 (156).

40 Schmidt-Assmann, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungrechts als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungrechtlichen Systembildung*, Heidelberg, 1998, pp. 288 y 289; Tettinger, Peter, "Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates", en *Veröffentlichungen der Vereinigun der Deutschen Staatrechtslehrer*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., t. 64, 2005.

41 Schmidt-Assman, Eberhard, "Grundrechte als Organisations...", *cit.*, p. 1005.

42 Häberle, Peter, "Grundrechte im Leistungsstaat", *cit.*, p. 87.

43 Alexy, Robert, *Teoría...*, *cit.*, p. 419.

44 *Idem.*

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45



da con el resultado que se pretende: éxito de la prestación, superación... de la situación de necesidad que constituye su causa y su finalidad".[45]

## III. La obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos

La técnica de la organización y el procedimiento está relacionada con distintos temas o materias, pero que siempre se encontrarán bajo la fórmula de "realización y aseguramiento de los derechos fundamentales por medio de la organización y el procedimiento".[46] En vista de ello, nuestro principal objetivo es remarcar la función especial que tiene la organización y el procedimiento como mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Por tanto, debemos precisar, en primer lugar, que de todas las clasificaciones que existen respecto de la relación entre derechos fundamentales y la organización y el procedimiento, la que nos interesa es la que se refiere a su protección *mediante* esta técnica (*Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren*), y que es la que incluye el grupo de casos más tratados.[47] Y en segundo lugar, que la existencia de esta teoría supone para los distintos órganos del Estado la presencia de una concreta exigencia que deberá respetar.

Como veíamos anteriormente, los derechos fundamentales ya no se realizan sólo *frente* al Estado interventor, sino *en* el Estado prestador, y ello exige que el Estado ponga a disposición del individuo, formas de organización y procedimiento para hacer valer esos derechos. En ese orden de ideas, podemos concluir diciendo que en el Estado social y democrático de derecho se hace necesaria la creación de estructuras organizativas y procedimentales para la adecuada protección y eficacia de los derechos fundamentales.[48]

De igual manera, y conforme a la jurisprudencia alemana,[49] la organización y el procedimiento brindan una posibilidad óptima de protección y realización directa de los derechos fundamentales, facilitando una libertad

[45] Rodríguez de Santiago, José María, *La administración...*, *cit.*, p. 140.

[46] Alexy, Robert, *Teoría...*, *cit.*, p. 419.

[47] Schmidt-Assman, Eberhard, "Grundrechte als Organisations...", *cit.*, p. 994.

[48] Häberle, Peter, "Grundrechte im Leistungsstaat", *cit.*, pp. 43 y ss.

[49] BVerfGE 37, 132 (140). Asimismo, en la *BVerfGE* 35, 79 (116), fallo sobre las universidades, señala el Tribunal alemán que al titular del derecho fundamental del artículo 5o., párrafo 3, LF le debe ser concedido "un derecho a aquellas medidas, también de tipo organizativo, que son indispensables para la protección de su ámbito de libertad iusfundamentalmente garantizado". Y en la *BVerfGE* 24, 367 (402 s.), fallo sobre la Ley del Parlamento de Hamburgo sobre represas, el Tribunal alemán admite la realización de una expropiación forzosa sólo si previamente se ha realizado un procedimiento de expropiación administrati-

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45



garantizada por la Constitución mediante la disposición de instalaciones o servicios, teniendo en cuenta los recursos disponibles y la demanda existente. Por tanto, la organización y el procedimiento pueden entenderse como una forma de dotar de eficacia a los derechos fundamentales en el marco de las tareas que cumple el moderno Estado social prestador.[50]

Asimismo, entre los centros de interés de los órganos estatales debemos destacar el énfasis en los valores humanos, en la organización y en las técnicas que contribuyan a mejorar las relaciones humanas y a hacer efectiva la participación.[51] La forma en que el Estado se enfrentan aquí a los derechos fundamentales —es decir, no como un Estado de policía que sólo ve en ellos un límite a su actuación, sino como una Estado prestador que realice actuaciones positivas—, demanda la creación de un marco organizativo y procedimental de las prestaciones que siga permitiendo al ciudadano ser el dueño de sus propias decisiones vitales.[52] Asimismo, Häberle señalaba que los derechos fundamentales, sobre todo los de libertad, cada vez dependen más del procedimiento y organización que realice el Estado de las prestaciones o Estado social.[53]

La organización y el procedimiento como medios de protección de los derechos fundamentales exigen "una reforma que le permita adaptarse a un cambio de sus funciones y roles tradicionales, dando una mayor relevancia a la gestión de prestación frente a la tradicional gestión de autoridad...".[54] Y responsable en el sentido de que se respete al ciudadano como persona, pero no desde la lejanía, sino a través de su participación en el procedimiento y mediante una organización de las prestaciones de tipo plural, pues de ello dependerá la conquista de su proyecto vital. En estos casos es un elemento definitivo su consentimiento o decisión informada, no sólo para alcanzar la adecuada satisfacción de sus necesidades, sino también como mecanismo de legitimación de la actuación estatal. Así, es que podemos entender aquello que Zagrebelsky señalaba de que en el Estado de policía existía una sociedad de menores; mientras que en el Estado liberal, una so-

---

va. Sentencias que resultan paradigmáticas en cuanto a la garantía de los derechos fundamentales a través del procedimiento y la organización.

[50] Rodríguez de Santiago, José María, *La administración...*, *cit.*, p. 134.

[51] Dwight, Waldo, *La administración pública del cambio social*, Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1974, p. 79.

[52] Rodríguez de Santiago, José María, *La administración...*, *cit.*, p. 130.

[53] Häberle, Peter, "Grundrechte im Leistungsstaat", *cit.*, p. 52.

[54] Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, "Reformas y modernización de la administración pública española", en Calvo Charro, María (coord.), *La administración pública española*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, p. 43.

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45



ciedad de adultos,[55] los cuales definen el curso de su vida mediante decisiones personales responsables.

En ese orden de ideas, podemos ver qué tan relevante es la tarea que deben cumplir los órganos estatales a tenor del tercer párrafo del artículo 1o. constitucional, para lo cual deberán también asegurar los medios organizativos y procedimentales necesarios para que se gestione con eficacia los intereses que la sociedad le confía, "pues tan nocivo para ésta —para la sociedad, para los ciudadanos— es el autoritarismo administrativo, el abuso del poder o la falta de garantías individuales como la impotencia, la parálisis y la ineficacia de la Administración",[56] pues mediante estos conceptos se podrá lograr no sólo un control más eficaz de la actuación administrativa prestadora, sino también su eficacia y eficiencia.

La STC 18/1984, del 7 de febrero, FJ 3, del Tribunal Constitucional español, señala que

> la interpenetración entre Estado y sociedad se traduce tanto en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado como en una ordenación por el Estado de entidades de carácter social en cuanto su actividad presenta un interés público relevante, si bien los grados de intensidad de esta ordenación y de intervención del Estado pueden ser diferentes.

Por tanto, Estado y sociedad no pueden definirse como dos sistemas, sino más bien "como subsistemas completamente interdependientes, vinculados y condicionados por un número creciente de interrelaciones, de flujos y reflujos...".[57] De modo que, debido a las constantes y heterogéneas demandas y estímulos por parte de la sociedad, estamos asistiendo a una transformación de la estructura y función del Estado, y como consecuencia de las constantes acciones e intervenciones del Estado, asistimos también a una trasformación estructural de la sociedad. Por tanto, resulta evidente que todo ello crea una situación de tensión entre los agentes que participan en ella: del Estado, que da las líneas directrices de la responsabilidad global del mismo, y de otro, la libertad y responsabilidad del individuo,[58] cuestiones que creemos pueden ser salvadas en el caso de la actuación administrativa de carácter social que comentamos, a través de la organización y el procedimiento.

---

[55] Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 29.

[56] Sánchez Morón, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 102.

[57] García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977, p. 113.

[58] Rodríguez de Santiago, José María, *La administración...*, *cit.*, p. 18.

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45



Por las razones expuestas, somos de la idea que los derechos fundamentales pueden ser garantizados de forma previa e inmediata a través de la organización y el procedimiento, más que confiándolos a las formas tradicionales de protección.

Debido a que la principal función de todo Estado de derecho es garantizarlos y protegerlos mediante la limitación del poder, podemos afirmar que la defensa de los derechos fundamentales que en el Estado de derecho se encargaba al juez una vez que éstos han sido vulnerados, hoy la asume en cierta medida también la administración pública, pero de una forma previa y a fin de evitar cualquier vulneración, mediante la garantía de los mismos por medio de formas adecuadas y eficaces de organización y procedimiento.

La búsqueda de otros mecanismos de protección se presenta cuando escasean las condiciones requeridas para la libertad, y, en ese sentido, aunque en el actual Estado los derechos ya no sólo se conciben como derechos de defensa, ello no debe llevarnos a renunciar a aquello que fue conquistado durante la etapa liberal; esto es, que los derechos fundamentales representan un límite infranqueable a la actuación del poder. De modo que "la exigencia de organización y procedimiento supone un perfeccionamiento —no una negación— de la tradición liberal, de las que arrancan los derechos fundamentales".[59] La organización y procedimiento permiten una presencia cooperativa de la dimensión negativa y de la dimensión positiva de la libertad,[60] lo cual permite a su vez la defensa de la misma, pero también su despliegue sin trabas.

Muchos derechos fundamentales requieren para su realización de una organización y un procedimiento que los rija, y se convierten así en elementos necesarios para su efectividad, en particular de su eficacia material.[61] Por tanto, "las normas de procedimiento y de organización deben crearse de tal manera que, con suficiente probabilidad y en suficiente medida, el resultado sea acorde con los derechos fundamentales",[62] y, en específico, con la dignidad.

Mediante la incorporación de una adecuada organización y procedimiento se crea una suerte de protección *ex-ante* de los derechos fundamentales, una garantía de no vulneración, en el marco de la actuación estatal en todo nivel de gobierno, las cuales deben estar a disposición del ciudadano y

[59] Díez-Picazo, Luis María, *Sistema...*, *cit.*, p. 129.

[60] Denninger, Erhard, "Staatliche Hilfe...", *cit.*, p. 308.

[61] Stern, Klaus, *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Múnich, Band III, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhadlung, 1988, p. 956.

[62] Alexy, Robert, *Teoría...*, *cit.*, p. 419.

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45



a través del cual encauzará su actuación.[63] De este modo, los órganos estatales se constituyen también como garantes de los derechos fundamentales.[64]

## IV. Protección *ex-post* y protección *ex-ante* de los derechos fundamentales

La protección de los derechos fundamentales se puede presentar de dos maneras. De forma preventiva, antes de cualquier vulneración, es decir, como una suerte de "garantía de no vulneración" o protección *ex-ante;* o de forma reactiva, es decir, una vez que éstos han sido vulnerados, a la cual llamaremos protección *ex-post.*

Ambas formas de protección resultan desde nuestro punto de vista adecuadas, y de algún modo necesarias, pues sería bastante ilógico configurar sólo garantías *ex-post* de protección sin que antes se establezca un marco que permita la eficacia de los derechos fundamentales sin esperar a una efectiva vulneración.

Asimismo, la existencia de ambas formas de protección es una manifestación de la idea de organización y procedimiento como forma de protección de los mismos. La protección *ex-post* se enmarca en lo que se clasifica como "derecho *a* la organización y procedimiento", y la protección *ex-ante,* como "derecho *mediante* la organización y procedimiento".

### 1. *Protección* ex-post

A grandes rasgos, la protección *ex-post* de los derechos fundamentales se refiere a los mecanismos procesales de defensa que se activan una vez que éstos han sido vulnerados. Garantías jurisdiccionales cuya prestación se deja en manos de los órganos judiciales, y que en el caso de los derechos fundamentales están reguladas en la Constitución y en las leyes de desarrollo.

---

63 *Ibidem*, p. 42.

64 Como señala Schmidt-Assmann, la administración pública se rige por tres principios: respeto de los derechos fundamentales; sometimiento al Derecho y a la ley; y vinculación a la garantía de la tutela judicial efectiva. Y son principios que vinculan no sólo al núcleo de la acción administrativa de las entidades u organizaciones jurídico públicas, sino que se extiende también a amplios sectores de la acción y la organización privada de la administración. *Cfr.* Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general..., cit.*, p. 4.

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45



Tradicionalmente, la tutela de las libertades y derechos de los ciudadanos mediante este tipo de mecanismos de protección se encomienda a los tribunales y se caracteriza por tener una naturaleza reactiva y no preventiva, que recae en jueces ordinarios, pero también en un órgano creado especialmente para su protección en última instancia, la SCJN. Es decir, nos referimos a los recursos judiciales ordinarios, como el amparo o el recurso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Aunque su regulación y existencia es necesaria a fin de garantizar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, este tipo de mecanismos de protección, de alguna forma implica asumir de antemano la afectación de derechos fundamentales. Incluso, la "tolerancia" de una posible vulneración de derechos fundamentales por parte de los órganos estatales que será sólo resuelta posteriormente, lo cual sólo permitiría en principio una protección a futuro de los derechos fundamentales (*vorverlegte Rechtsschutz*);[65] esto es, una vez que éstos han sido vulnerados. En vista de lo cual hace falta que existan mecanismos que, para el caso que comentamos, garanticen la vigencia y respeto de los derechos fundamentales, especialmente los de libertad.

## 2. *Protección* ex-ante

La protección de los derechos antes de que sean vulnerados, o más bien su garantía, es algo natural y propio de todo Estado de derecho. El nacimiento de la propia Constitución se justifica en ello, y, asimismo, los mecanismos de división de poderes y reconocimiento de los derechos fundamentales buscan nada más y nada menos que limitar el poder "en seco", es decir, son mecanismos *ex-ante* de protección de las libertades fundamentales del ciudadano. El uso de mecanismos *ex-post* se hace necesario en la medida en que, aun teniendo un sistema que busca evitar la afectación de derechos, estas deformaciones se produzcan. La activación de la protección judicial no resulta pues algo querido, sino que se trata de una suerte de remedio ante la afectación de derechos fundamentales. Por ello, aunque resulte necesaria, se requiere también que existan mecanismos que *per se* permitan la protección de los mismos.

La protección *ex-ante* de los derechos fundamentales es por definición una protección preventiva, a la que más bien podríamos denominar "garantía de protección" de que puedan verse afectados en el desarrollo de la actuación estatal, y que se hace efectiva, desde nuestro punto de vista, mediante la incorporación de una correcta organización y procedimiento

[65] Häberle, Peter, "Grundrechte im Leistungsstaat", *cit.*, p. 53.

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45



en la configuración y desarrollo de la prestación de servicios personales y/o materiales.

En ese sentido, si lo que temíamos era un Estado descontrolado que en su cometido de cumplir con sus obligaciones y funciones pudiera afectar derechos fundamentales, la participación en el procedimiento representa "una nueva forma expresiva de la clásica función defensiva adscrita a los derechos fundamentales";[66] esto es, que reconociendo la importancia de la participación y su papel central podemos identificar con ella el momento defensivo de los derechos fundamentales a través del procedimiento.[67]

En segundo lugar, también podemos conseguir una protección *ex-ante* de los derechos fundamentales mediante una adecuada organización que satisfaga la demanda plural de la sociedad, y, en ese sentido, señala Pitschas que resulta necesario que las estructuras organizativas a través de las cuales actúa el Estado deben permitir en sí mismas la posibilidad de que su destinatario pueda determinar sus propias condiciones de vida —esto es, el despliegue sin trabas de su personalidad— en el marco de la prestación estatal.[68]

En este orden de ideas, si bien el legislador es el primer llamado a realizar esta exigencia, a regular la existencia de una organización y un procedimiento adecuado, también cumple un papel fundamental la administración pública en la materialización de las normas que regulan el procedimiento y la organización, para así poder brindar una protección *ex-ante* de los derechos fundamentales. Siendo que, de esta forma, se produce una suerte de "simbiosis entre la Administración y el ciudadano",[69] encontrándose aquí el *status activus processualis*.

En definitiva, "...más que las posibilidades individuales de reacción frente a agravios concretos, lo crucial en un Estado democrático de Derecho es que el ambiente general sea respetuoso de los valores constitucionalmente proclamados".[70] Y ello se consigue, para el caso de la actuación administrativa prestadora de carácter social y en concreto de las prestaciones personales de servicios y/o materiales, con la implementación de una adecuada organización y procedimiento.

---

66 Schillaci, Angelo, "Derechos fundamentales y procedimiento, entre libertad y seguridad", en Balaguer Callejón, Francisco (dir.), *ReDCE*, año 7, núm. 13, 2010, p. 223.

67 Häberle, Peter, "Grundrechte im Leistungsstaat", *cit.*, pp. 292-295.

68 Pitschas, Rainer, "Organisationsrecht als Steuerungsressource in der Sozial Verwaltung", en Schmidt Assmann, Eberhard y Hoffman-Riem, Wolfgang, *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, t. 4, Baden-Baden, 1997, p. 170.

69 Häberle, Peter, "Grundrechte im Leistungsstaat", *cit.*, p. 127.

70 *Ibidem*, p. 64.

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://revistas.juridicas.unam.mx/ Libro completo en
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://tinyurl.com/czxx6f45



## V. Conclusiones

La reforma en materia de derechos humanos en México supuso uno de los mayores hitos que sobre la materia se haya realizado. La protección de la persona y su dignidad se volvió el centro y fin del orden jurídico mexicano, al recoger una lista de derechos que a partir de entonces se deben interpretar a la luz de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y de los principios que se desprenden de ellos, en particular de aquellos que la Convención Americana de Derechos Humanos ha señalado como indispensables para la mejor interpretación en pro de la persona.

En este orden de ideas, la CPEUM recoge la obligación de todos los órganos estatales, en todo nivel de gobierno, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, lo cual es una manifestación de la dimensión objetiva de los derechos humanos. De ello, se traducen las actuaciones positivas que deben realizar a fin de realizar y garantizar los derechos humanos recogidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por México.

Somos de la idea de que esas exigencias se pueden canalizar a través de dos conceptos fundamentales: la organización y el procedimiento, que son una concreción de la dimensión objetiva de los derechos humanos.

En primer lugar, porque consideramos que mediante la organización y el procedimiento se logra una garantía *ex-ante* de los derechos fundamentales en la relación Estado-ciudadano. Asimismo, porque la existencia de un procedimiento y organización adecuados resulta una exigencia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que como principios que son también, inspiran el entero ordenamiento jurídico y demandan, por tanto, que los poderes implementen las estructuras necesarias a fin de que su vigencia sea real y efectiva.

Con el concepto de procedimiento no nos referimos al clásico de procedimiento administrativo, que se remite únicamente a la actuación de la administración, sino que se trata de un proceso jurídicamente ordenado de interacción entre dos partes, el personal al servicio de los órganos estatales y el ciudadano, y referido asimismo al marco procedimental con base en el cual esta relación se va a desarrollar. La organización, por su parte, se refiere a la completa estructura institucional, que permitirá una garantía en la ejecución de la actuación estatal, y que permitirá una atención de la sociedad plural en respeto de las exigencias que se desprenden de los derechos humanos.

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas