

DECIDIBILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. PROPUESTA DE UN TEST PARA DETERMINAR CUÁNDO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON DISPONIBLES EN LAS DEMOCRACIAS

PABLO FRANCISCO MUÑOZ DÍAZ*

A don Carlos Müggensburg Rodríguez Vigil

RESUMEN: El presente artículo analiza el papel de los derechos fundamentales como un posible límite sustancial de la democracia, la cual debe conceptualizarse en dos aspectos –sustancial y formal–. Así, a partir de cómo nuestro Máximo Tribunal ha resuelto ciertos casos relevantes, se propone un test para determinar cuándo una mayoría instaurada mediante un sistema democrático puede decidir o no sobre los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales, democracia, test de decidibilidad.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES (LA POSIBILIDAD DE DECIDIR SOBRE ELLOS). 2.1. El territorio inviolable. 2.2. El «coto vedado». 2.3. La «esfera de lo decidible» y la «esfera de lo indecidible». III. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA DECIDIBILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 3.1. Caso Gelman v. Uruguay (2011). 3.2. Caso Hirst v. Reino Unido. IV. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y EL TEST DE DECIDIBILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO UNA PROPUESTA ENTRE LO DECIDIBLE Y LO NO DECIDIBLE. V. CONCLUSIONES. VI. FUENTES DE CONSULTA.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad no debería de existir la duda o, al menos, todos podemos coincidir en que es imposible imaginar un Estado moderno sin democracia. Pues sólo a partir de ésta se puede concebir un modelo de Estado constitucional, en el cual se garantizan los derechos fundamentales, existe un equilibrio de poderes y se limita el actuar gubernamental a través de medios de control de constitucionalidad, tanto de leyes como de actos.

Ahora bien, el problema conceptual que conlleva fincar a la democracia como pilar del Estado contemporáneo no es trivial, ya que ello presupone la existencia de una mayo-

* Profesor de la materia de Ética y Argumentación Jurídica en la Escuela Libre de Derecho

ría que se considerará legitimada para representar la llamada «soberanía popular» y zanjar, no sólo la generalidad de las decisiones gubernamentales, sino también hará posible la existencia de leyes y, sobre todo, de cambios constitucionales.

Así, dicha mayoría instaurada por un sistema democrático y representante de la «soberanía popular» asumirá en la toma de decisiones aquello que se considere, en términos coloquiales, como «lo mejor para todos»; establecerá o modificará el ordenamiento jurídico de acuerdo con su visión de mayorías y conforme a su proyecto político, lo cual muchas veces tendrá un costo cargado a las minorías y proporcionalmente un beneficio a la colectividad.

Es importante tener en cuenta que la expresión de «soberanía popular» ha sido utilizada como un fundamento del Derecho y para establecer –o bien, pretender resolver el problema clásico de la política– quién debe mandar en un Estado determinado. De igual forma, con dicha expresión se ha pretendido denotar un acuerdo fundamental suscrito por «el pueblo», el cual ejerce la soberanía y decide sobre casi todos los aspectos a través de una Constitución. Asimismo, el término de «soberanía popular» se utiliza también para señalar la titularidad del poder político, lo que en términos constitucionales implicaría, no sólo la titularidad del poder constituyente, sino también el ejercicio de los poderes constituidos.¹

En tal contexto, la soberanía popular siempre ha tenido un papel vital para la comprensión de aquello que configura un sistema democrático: como gobierno del pueblo por el pueblo y para el pueblo –en la mejor retórica de Abraham Lincoln–, aunque las maneras de organización y funcionamiento sean diversas en cada país². El consenso como línea fundamental de la actividad política, la representación política para el funcionamiento de aquélla y la reglamentación del poder a través del voto y de los derechos fundamentales, son los tres vértices que continúan generando una prolífica discusión académica y así como dificultades reales en la actualidad del Estado democrático o de derecho.

Este concepto, ciertamente no el único, pero que se ha utilizado para la determinación de los aspectos de un determinado sistema político derivó de los movimientos liberales del siglo XVIII. Si bien han existido diversas formulaciones de dicho concepto se pueden señalar como sus rasgos más relevantes los siguientes:

El Estado de derecho nació [...] como una fórmula de compromiso que implicaba aunar diversas «garantías formales» proclamadas por una Constitución que consagra una división de poderes y el principio de legalidad, con una serie de «garantías mate-

1 Para un análisis histórico en el que son claras estas acepciones se encuentra en: **PISARELLO, Gerardo.** *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid, Editorial Trotta, 2011.

2 **LIPJHART, Arend,** *Patterns of democracy. Government forms and performance in thirty-six countries*. 2ª ed., New Haven, Yale University Press, 2012, págs. 1 y ss.

riales», ya que el primado de la ley reposaba en su carácter de expresión de la voluntad general y en su inmediata orientación a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos.³

Debe destacarse que dicho concepto, el cual refleja los elementos básicos para el funcionamiento y límites de actuación del Estado, ha sido objeto de diversos adjetivos a lo largo de los cambios sociales, motivo por el cual se llega a hablar de Estado de derecho liberal, social, constitucional y/o democrático.

Así, como se advirtió anteriormente, cuando por medio de un proceso democrático una mayoría alcanza el poder político gubernamental y asume la representación legislativa, se plantea si ello conlleva o no el poder de decisión sobre cualquier institución jurídica o, mejor aún, sobre los derechos fundamentales. Sobre todo, a partir de que dicha mayoría tiene entre las más importantes atribuciones la de hacer cambios constitucionales.

En buena medida, la respuesta directa y resumida es que la propia democracia cuenta con límites sustanciales que frenan sin atajos a esa mayoría democrática.

Esto es así, en atención a una posible «*tiranía de la mayoría*» autoproclamada representante de la soberanía popular o, sin tapujos, del mismo «*pueblo*».

Por lo tanto, este trabajo pretende reflejar el papel de los derechos fundamentales como un posible límite sustancial de la democracia, misma que es entendida en dos aspectos –sustancial y formal–, así como proponer un test, a partir de cómo nuestro Máximo Tribunal ha resuelto ciertos casos relevantes, para determinar cuándo una mayoría instaurada mediante un sistema democrático puede decidir o no sobre los derechos fundamentales.

II. DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES (LA POSIBILIDAD DE DECIDIR SOBRE ELLOS)

Los derechos fundamentales pueden ser analizados a partir de diferentes concepciones –iusnaturalistas, positivistas, post-positivistas, realistas, entre otras– y esto es así como cualquier Teoría del Derecho. Por lo tanto, no es intención de este trabajo entrar al debate propuesto por las diversas corrientes que pretenden explicar qué es el Derecho, ni tampoco definir una postura sobre si los derechos fundamentales son dados o son reconocidos. Damos por consabida la existencia de los derechos fundamentales y es intención de este trabajo estudiarlos desde su función natural de límite al actuar de las autoridades y del Estado, los cuales no sólo los restringe, sino los obliga a que todos sus actos los respeten.

3 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 10ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2010, pág. 226.

Por ende, el presente estudio pretende determinar cuándo los derechos fundamentales pueden formar parte de la decisión de las mayorías democráticas y cuándo se presentan como un núcleo indecible por esas mayorías. Para lograr dicha determinación se propondrá un «*test de decidibilidad*». En esto se centrará el análisis de este trabajo.

Por otro lado, bajo la consideración de una relatividad histórica de la mayoría de los conceptos y valores políticos, resulta complejo establecer una definición mínima de democracia. Más aún cuando no corresponde a este trabajo enfrascarse en semejante tarea, máxime si esta noción ha sido utilizada para describir regímenes políticos tan disímiles que van desde la antigua Atenas con la democracia de Pericles hasta una obsoleta Unión Soviética con la democracia del proletariado. AL igual que la democracia como sustantivo ha sido aderezada con los más diversos adjetivos –democracia cristiana, liberal, social, popular–, por ello resulta complejo determinar un concepto aplicable y unívoco para la actualidad.⁴

Sólo debe darse por sentado que la democracia establece las reglas del juego para elegir y ejercer el poder político, y que tales reglas se encuentran establecidas en un documento constitucional bajo la premisa de una matriz de mayorías.

Por eso, en consecuencia, resulta adecuado citar a Norberto Bobbio cuando indicaba que: concertar un concepto de la democracia es una cuestión necesaria ya que, sin un acuerdo sobre los contenidos de ésta, es imposible llegar a una definición. Acorde al enfoque realista del filósofo italiano, se señala que la única definición que puede llegar a dicho objetivo es una definición mínima, como la que se ha propuesto líneas arriba.

Sin embargo, para Bobbio, un régimen democrático es principalmente un agregado de reglas procedimentales para la formación de decisiones colectivas, en donde la participación más amplia de los interesados está prevista y es facilitada⁵. Las seis reglas formuladas por Bobbio, a las cuales denominó «*reglas del juego*» debían respetarse dentro de un régimen político para poder ser denominado democrático. Y en caso de una modificación –voluntaria o no–, no podría darse dicha denominación de democrático a un régimen político.

La primera regla es la condición de «*la igualdad como inclusividad*», es decir, que todos los ciudadanos deben participar en la toma de decisiones –principalmente a través del voto– y sin ningún tipo de discriminación. La segunda regla impone la pauta de «*igualdad como equivalencia*», esto es, que el voto de cada persona tenga un valor igual entre sí. La tercera regla es la condición de «*libertad subjetiva*», la cual implica que la opinión de cada una de las personas debe formarse libremente, garantizando la

4 Cfr. **BOBBIO, Norberto**. *Il futuro della democrazia*. Turín, Einaudi, 1995, versión Kindle.

5 Al respecto señala: “[...] la definizione minima di democrazia, secondo cui per regime democratico s’intende primariamente un insieme di regole di procedura per la formazione di decisioni collettive, in cui è prevista e facilitata la partecipazione più ampia degli interessati”, en **BOBBIO, Norberto**. *Op. cit. ibidem*.

libertad de información y de expresión. La cuarta condición es la «*libertad objetiva*», que conlleva a que los ciudadanos deben poder elegir entre diversos programas políticos que sean efectivamente diversos entre ellos y que reflejen con la amplitud necesaria la diversidad y la pluralidad. La quinta regla es una condición de «*eficiencia*», lo que significa que la toma de decisiones debe seguir ciertos principios técnicos para la elección de los órganos representativos y, asimismo, las decisiones deben ser tomadas con base en el principio de la mayoría. Y, finalmente, la sexta regla que puede denominarse «*de las minorías*», señala que ninguna decisión tomada por la mayoría debe limitar los derechos de las minorías, particularmente su derecho de devenir, a su vez, en una mayoría en paridad de condiciones.⁶

De las seis reglas propuestas por Bobbio, para efectos de este artículo, destacan las relativas a los principios de la mayoría y de respeto a las minorías. Al abordar el primero de esos principios, reconoce que dicha regla no es exclusiva de los regímenes democráticos y que no necesariamente se utiliza para la toma de todas las decisiones en una democracia.⁷

En consecuencia, existen diversas razones para justificar que una decisión colectiva se tome por la regla de la mayoría. Por un lado, existen argumentos axiológicos que justifican dicha regla en tanto que permite –en el mayor grado posible– la satisfacción de ciertos valores fundamentales, como la libertad y la igualdad; por otro lado, existen argumentos técnicos que la justifican como el método racional y eficiente para alcanzar una decisión colectiva entre personas que tienen opiniones diversas.⁸

Respecto a la justificación axiológica, Bobbio no observa ninguna condición necesaria entre la regla de la mayoría y el valor de la igualdad o de la libertad, ya que puede seguirse la regla de la mayoría para la toma de decisiones y, al mismo tiempo, no reconocer que todos los individuos tienen un mismo valor político, ni revela nada respecto de si la decisión fue tomada sin interferencias.

En este tenor, para Bobbio la regla de la mayoría atiende a un aspecto técnico, esto es, si la democracia busca la participación más amplia de los interesados, dicho fin sólo se puede lograr mediante la maximización de la participación que se logra a través de dicha regla.

Asimismo, la regla de la mayoría debe analizarse en relación con la idea constitucional de que la expresión de la voluntad colectiva se realiza a través de las asambleas parlamentarias. Los límites de la relación entre estos dos aspectos son analizados desde una triple vertiente, a saber, por su validez, por su aplicación y por su eficacia.

6 **BOBBIO, Norberto.** *Teoría general de la política*. Edit. Trotta, 2003, pág. 381.

7 *Ibidem*, pág. 383.

8 *Ibidem*, pág. 387 y ss.

El «*análisis de la validez*» de la regla de la mayoría es formulado a manera de cuestionamiento, esto es, si por la regla de la mayoría puede llegar a abolirse la propia regla. Sin embargo, para Bobbio dicha regla representa una de las «*reglas del juego*» democrático, esto es, que en caso de que no se acepte dicha regla es imposible el desarrollo de la vida democrática y, por tanto, no es posible refutarla.⁹

El «*análisis de la eficacia*» de la regla de la mayoría se relaciona con aquellos casos en los que la misma no puede mantener todas las promesas políticas y, por lo tanto, la misma es útil, pero insuficiente¹⁰. Si bien Bobbio reconoce que existen cambios políticos que son «*irreversibles*», la coherencia de la regla de la mayoría es que es la única que tiene la pretensión de asegurar un cambio regular y pacífico.

Por otro lado, el «*análisis de los límites de aplicación*» de la regla de la mayoría se relaciona con aquellos casos en que la regla parece inoportuna o, inclusive injusta; idea que fue relacionada con aquella del límite o frontera inviolable y que desarrollaremos más a detalle, precisamente, por el otro principio, el de respeto a las minorías.

2.1. El territorio inviolable

Bobbio considera que todas las constituciones liberales, al afirmar la existencia de los derechos humanos y su inviolabilidad, se debe considerar dicha inviolabilidad como el límite a la regla de la mayoría, es decir, que los mismos no pueden ser suprimidos o limitados por una decisión de la mayoría.¹¹

La novedad de esta idea la reconoce el mismo Bobbio en un pie de página al darle el crédito a Ronald Dworkin. Pero resulta curioso como Bobbio sostiene a partir de dicha idea que, el objetivo de la democracia es la protección de derechos y no de procedimientos mayoritarios¹². Sin embargo, es pertinente notar que, al analizar los problemas derivados de la regla de la mayoría de la democracia, Dworkin combina acercamientos tanto «*basados en procedimientos*», como «*basados en derechos*», es decir, que el objetivo de la democracia es asegurar que cada persona reciba igual consideración y respeto por sus derechos básicos por las instituciones del Estado, y no que la mayoría de los ciudadanos necesaria o usualmente impongan sus decisiones¹³. Motivo por el

9 *Ibidem*, pág. 399.

10 *Ibidem*, pág. 402.

11 Al respecto señala:

«*Tutte le costituzioni liberali sono caratterizzate dall'affermazione di diritti dell'uomo o del cittadino che vengono detti "inviolabili": ora l'inviolabilità consiste proprio in questo, che essi non possono essere limitati e tanto meno soppressi da una decisione collettiva anche presa a maggioranza*», en **BOBBIO, Norberto**. *Ibidem*, pág. 399.

12 Al respecto, cfr. **DWORKIN, Ronald**, *Taking rights seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 1978.

13 **DWORKIN, Ronald**. *Freedom's law. The moral reading of the American constitution*. Nueva York, Oxford University Press, 1996, págs. 16-17.

cual llama la atención que Bobbio haya utilizado la idea de Dworkin para ayudar a su enfoque limitado a reglas procedimentales de la democracia.

Sin embargo, Bobbio continúa elucubrando cómo los derechos humanos se relacionan con la regla de la mayoría y señala que la vasta esfera de los derechos de la libertad se puede interpretar como una especie de territorio o de frontera frente al cual se detiene el poder del principio de la mayoría. Al extraer un principio general de esta realidad fáctica, se puede argumentar que un criterio de distinción entre lo que está sujeto a la regla de la mayoría y lo que no está entre lo cuestionable y lo indiscutible, distinción que arrastra consigo otra, entre lo negociable y lo que no.¹⁴

Dejando a un lado que los postulados éticos no son opinables, Bobbio señala que existen razones objetivas por las cuales los principios éticos y los derechos humanos no pueden ser sometidos a la regla de la mayoría. Ya que dichos derechos no pueden ser analizados, ni presentados para la toma de una decisión como razones a favor o en contra; asimismo, dichos derechos de libertad e igualdad, como se señaló, constituyen presupuestos necesarios para el desarrollo de la democracia.

2.2. El «coto vedado»

En la misma línea de pensamiento que Bobbio, el filósofo argentino Ernesto Garzón Valdés, dentro de su impresionante producción académica, ha abordado de manera recurrente y desde diversas perspectivas, cuáles deberían ser los límites sustanciales de la democracia en un régimen constitucional. Él mismo ha reconocido que el concepto que formuló para hacer frente a dicha aporía – el «coto vedado» –, es en muchos sentidos análogo a aquel del «territorio inviolable» como límite de aplicación de la regla de la mayoría de Norberto Bobbio.¹⁵

La expresión «coto vedado», tomada de la novela del mismo nombre del autor catalán Juan Goytisolo, busca representar un espacio en el que debía estar prohibido el ingreso de la política¹⁶. Cabe señalar que dicha idea es acorde con aquellas desarrolladas por el constitucionalismo liberal, así como por la teoría de la democracia desarrollada por Bobbio.

Este primer uso del coto vedado hace referencia a un problema constitucional clásico, cuando el respeto e implementación de ciertos principios y valores es indispensable

14 **BOBBIO, Norberto.** *Teoría general de la política*, pág. 400.

15 **GARZÓN VALDÉS, Ernesto.** «El futuro de la democracia. Problemas conceptuales y empíricos: algunas propuestas de Norberto Bobbio», en **CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo y Pedro SALAZAR UGARTE (Coords.).** *Política y Derecho. (Re)pensar a Bobbio*. México, UNAM-Siglo XXI Editores, 2005, págs. 112-113.

16 **GARZÓN VALDÉS, Ernesto.** «Para ir terminando», en **ATIENZA, Manuel.** *El derecho como argumentación*. México, Fontamara, 2003, pág. 43.

para asegurar el correcto funcionamiento de una democracia¹⁷, lo cual parece relacionarlo con los derechos humanos existentes en las Constituciones democráticas e, inclusive, en la Declaración Universal de Derechos Humanos.¹⁸

Sin embargo, en otras ocasiones la expresión aparece relacionada con las sus posiciones del profesor argentino respecto al cognoscitivism ético sobre valores objetivos, ello en atención a que relaciona la idea de coto vedado con las exigencias derivadas de la dignidad humana¹⁹, incluyendo la satisfacción de bienes básicos²⁰ y aquello que constituye una especie de ética pública.²¹

En sentido general, esos principios y valores, en tanto tales, no pueden ser afectados por la opinión o decisión de la mayoría, esto es, al ser valores objetivos los mismos constituyen una restricción externa a las dinámicas propias de la regla de las mayorías.

Por otro lado, para Garzón Valdés esta restricción objetiva deja un campo abierto a la política en dos sentidos: primero, que las instituciones políticas tienen campo de acción para poder afianzar la vigencia efectiva de los bienes básicos para la población y, en segundo lugar, que pueden decidir sobre bienes secundarios que no estén relacionados con los primeros.²²

La determinación de estos límites para las instituciones políticas democráticas, sin embargo, no parece poder explicar las cuestiones concretas, *v.gr.* si el derecho a la vida, como derecho humano y bien fundamental básico, no debe estar sujeto a la decisión de las mayorías, nos encontramos con la problemática de saber si eso también es aplicable para casos de aborto o eutanasia.

Asimismo, Garzón Valdés parece establecer un papel fundamental al Poder Judicial, especialmente en casos de transición democrática y específicamente porque considera que al estar separado de las consideraciones políticas puede reestablecer los límites constitucionales en una democracia. Lo anterior es acorde a las reflexiones teóricas del siglo XX entre derechos humanos y democracias, sin embargo, los límites y controles

17 **GARZÓN VALDÉS, Ernesto.** "Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del coto vedado a nivel internacional", en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Número 12, 2003, págs. 57-58.

18 **GARZÓN VALDÉS, Ernesto,** "Para ir terminando", en **ATIENZA, Manuel.** *El derecho como argumentación*, pág. 48 y ss.

19 **GARZÓN VALDÉS, Ernesto.** "Dignidad, derechos humanos y democracia", consultable en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEWjym5q9rL3uAhUDKqwKHeOPBEkQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fsecretarias.unc.edu.ar%2Facaderec%2Fdoctrina%2Farticulos%2Fdignidad-derechos-humanos-y-democracia%2Fat_download%2Ffile&usg=AOvVaw1-dR8RhUJzH_f2GwLOo_Ux

20 **GARZÓN VALDÉS, Ernesto.** "Algo más acerca del coto vedado", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Número 6, 1989, págs. 209-213.

21 **GARZÓN VALDÉS, Ernesto.** "Dignidad, derechos humanos y democracia".

22 **GARZÓN VALDÉS, Ernesto.** "El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías", en *Isonomía*. Número 12, abril de 2000, págs. 7-34.

que deben tener todas las instituciones –incluyendo el Poder Judicial– y los aspectos complejos de la relación continúan teniendo interrogantes hoy en día.

2.3. La «esfera de lo decidible» y la «esfera de lo indecidible»

En la misma línea de pensamiento, respecto a los límites a las mayorías democráticas, se encuentra a Luigi Ferrajoli quien, a partir del concepto de constitución rígida, desarrolló lo que sí puede estar sujeto a decisión y lo que no debe ser disponible para dichas mayorías.

Así, para entender la construcción teórica de Ferrajoli, es necesario comprender qué entiende por «*constitución rígida*», lo cual se explica a partir del reconocimiento de fuerza normativa a la Constitución y por su supremacía en el ordenamiento jurídico²³. Esto es, el autor identifica la rigidez constitucional justamente por la cuestión normativa de que esta no puede ser modificada o derogada por una ley ordinaria y que se manifiesta principalmente por las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales.

En tal contexto, la cuestión de la rigidez que se asocia a una Constitución es precisamente la que dota a las normas constitucionales específicas de dicha característica y que se encuentran en la cima de la jerarquía normativa, es decir, a las normas que contienen derechos fundamentales. La rigidez de estos derechos es uno de los puntos básicos de la democracia constitucional, identificándose con la relación entre soberanía popular y democracia política, por un lado, y los derechos fundamentales, por el otro.²⁴

El otro concepto básico que se debe señalar para poder comprender la teoría del Estado constitucional de Ferrajoli es la definición formal y positivista de los derechos fundamentales, ya que con ella busca dar un concepto general de dichos derechos sin tener que abordar cuestiones tales como cuáles son los derechos, ni cuáles son efectivamente tales derechos tutelados, ni cuáles deberían ser estos derechos.²⁵

23 Ferrajoli explica la rigidez constitucional, no como una garantía, sino como un principio derivado de su fuerza normativa y de su superioridad jerárquica dentro de los sistemas constitucionales, al respecto señala:

“La rigidità costituzionale non è, propriamente, una garanzia. È bensì un connotato strutturale delle costituzioni legato alla loro collocazione al vertice della gerarchia delle norme, sicché le costituzioni sono rigide per definizione, nel senso che, se non lo fossero, non sarebbero in realtà costituzioni ma equivarrebbero a leggi ordinarie. Essa si identifica, in breve, con il grado sopraordinato delle norme costituzionali rispetto a quello di tutte le altre fonti dell’ordinamento, cioè con la normatività delle prime rispetto alle seconde”, en La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico, Roma-Bari, Laterza, 2011, pág. 57.

24 *Ibidem*, pág. 58.

25 **FERRAJOLI, Luigi.** *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, pág. 685.

Ferrajoli menciona que esos derechos deben ser sancionados positivamente, es decir, que su inclusión en el ordenamiento positivo es condición necesaria y suficiente de su existencia, aunque eso no modifica en nada el concepto de derechos fundamentales, ya que el autor busca un concepto formal y aplicable a cualquier régimen político e ideología. En ese contexto es que el jurista italiano hace una primera división de los derechos fundamentales, a saber:

- a) Derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía, dependiendo si son atribuibles a todas las personas o sólo a los ciudadanos.
- b) Derechos primarios o sustanciales y derechos secundarios o de autonomía, dependiendo de si son atribuibles a todas las personas o sólo a aquellos con capacidad de obrar. Dentro de esta división distingue entre:
 - i) Derechos humanos, los cuales son derechos primarios de las personas y que se atribuyen a toda persona.
 - ii) Derechos públicos, para los ciudadanos.
 - iii) Derechos civiles, para aquellos con capacidad de obrar.
 - iv) Derechos políticos, mismos que son derechos secundarios reservados a ciudadanos con capacidad de obrar.

De ese modo es que Ferrajoli establece que los derechos fundamentales son aquellos que pueden corresponder universalmente a sujetos determinados por las categorías de '*persona*', '*ciudadano*' y la '*capacidad de obrar*'²⁶. En esas categorías se pueden distinguir a los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales que sólo corresponden a su titular, así como por ser expresiones sustanciales de la democracia –en contraposición con instrumentos formales de la misma–, incluyendo la no restricción de los derechos sólo a los ciudadanos y su expresión como derecho subjetivo, es decir, expectativas positivas o negativas atribuidas por una norma que difieren de las garantías que son simples medios para asegurar el cumplimiento de una norma.²⁷

Otro punto por destacar del concepto de derechos fundamentales elaborado por Ferrajoli es que éstos, por su estructura lógica, necesariamente implican un límite o vínculo para con los poderes estatales o para con los particulares, siendo esto una garantía primaria de dichos derechos.

En otras palabras, la normatividad de la Constitución y de los derechos fundamentales ahí contenidos son operativos a través de garantías que pueden ser: (a) primarias, como obligaciones y prohibiciones correspondientes a las expectativas de los derechos

26 **FERRAJOLI, Luigi.** *El fundamento de los derechos fundamentales*. trad. de Perfecto Andrés *et al.*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, págs. 23 y 334.

27 *Ibidem*, págs. 25-52.

subjetivos; (b) secundarias, correspondientes a la anulabilidad de actos inválidos y responsabilidad por actos ilícitos; (c) institucionales, como razones sociales de las mismas; y (d) de funciones públicas, al considerarse dentro de la actuación de sus funciones públicas.

Ahora bien, es justamente del concepto de rigidez constitucional, entendida como el carácter normativo de la misma –incluyendo el concepto de derechos fundamentales– y su primacía dentro de la jerarquía normativa, que el jurista italiano elabora la naturaleza de las «*garantías constitucionales*».

Así, se tiene que las garantías constitucionales «*primarias*», tanto negativas como positivas, son prohibiciones de violar y obligaciones de actuar de conformidad a las normas constitucionales y a los derechos en ellas establecidos lo que diseña la «*esfera de lo indecible*» (*non decidibile che*) y de «*lo no decidible*» (*non decidibile che non*) y han significado un cambio para los poderes públicos y la democracia.

Por un lado, la esfera de «*lo indecible*» es la garantía derivada de la normatividad de la Constitución por el que existen ciertos contenidos de ésta, que se encuentran sustraídos de las decisiones de la mayoría. Cabe señalar que para Ferrajoli estos límites y vínculos de contenido no son una limitación a la democracia representativa, sino que son un refuerzo de ésta, ya que los derechos fundamentales –derechos de libertad y sociales, al igual que los derechos políticos y civiles– forman la base de la igualdad, una igualdad de derechos, que involucra a todas las personas de manera más significativa que el principio de mayoría.²⁸

El contenido normativo de «*lo no decidible*», no sólo demarca un aspecto negativo o de prohibición, sino que también incluye un aspecto obligado, ya que, por un lado, implica los límites negativos para el poder legislativo de garantizar los derechos de libertad y, a su vez, también demarca un aspecto positivo a garantizar los derechos sociales. Ambos aspectos constituyen el conjunto de garantías primarias para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales.

Para Ferrajoli, la inclusión de los derechos fundamentales en las Constituciones implicó una transformación tal a los sistemas políticos, que los mismos ahora constituyen una *conditio sine qua non* de las democracias constitucionales. Si dichos derechos constituyen la dimensión sustancial de la democracia, lo anterior significa un cambio

28 Al respecto señala:

“[...] le costituzione rigide impongono limiti e vincoli di contenuto anche ai poteri politici nei quali si esprime la democrazia rappresentativa. Tuttavia, proprio grazie a quei limiti e vincoli sostanziali il paradigma costituzionale –oltre a mettere al riparo la democrazia da se stessa [...]– è in grado di integrare, e [...] di rafforzare la stessa nozione di democrazia politica e quella che è alle sue spalle di sovranità popolare”, en FERRAJOLI, Luigi. La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico, pág. 77.

Véase también FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, págs. 9-157.

significativo de los Estados de derecho legislativo, en los que se ponía el acento sobre una dimensión formal, esto es, al cómo y al quién dentro de la toma de decisiones.

Es pertinente señalar que tanto la esfera de «*lo indecidible*» y de «*lo no decidible*» son simétricas y complementarias entre sí. Ambas son necesarias para poder identificar los límites del ámbito discrecional de actuación de los poderes públicos, tanto para lo que el jurista italiano denomina funciones e instituciones de gobierno como tanto a las funciones e instituciones de garantía.²⁹

Ahora bien, debe destacarse que para Ferrajoli la división de poderes, dentro de su configuración “clásica”, sin duda ha condicionado lo que se entiende por *Estado de derecho*, toda vez que, si bien considera que esto ha traído algunos aspectos positivos, tales como la primacía del parlamento o la independencia judicial, también existen aspectos negativos, tales como la concentración de ciertas garantías propias del Estado social –educación, servicios de salud y seguridad social– en el poder ejecutivo, en ocasiones obviando su naturaleza de derechos fundamentales y el deber de ser garantizados.

Para Ferrajoli, el nuevo modelo constitucional rediseña a los poderes públicos y sus funciones, principalmente respecto de la legitimación de su actuación. En tal sentido, las funciones e instituciones de gobierno se encuentran legitimadas debido a la esfera de «*lo no decidible*» (*non decidibile che non*) que encuentra su fuente en la representación política a través del voto y la elección popular; por otro lado, las funciones de instituciones de garantía se encuentran legitimadas debido a la esfera de «*lo indecidible*» (*non decidibile che*) que tiene su fuente en la estricta sujeción a la ley que están obligados a aplicar.

Es necesario elaborar de manera más detallada la fuente de legitimación que encuentran las funciones e instituciones de gobierno y de garantía, ya que ahí puede verse la complementariedad entre ambas. En el caso de las instituciones de gobierno y sus funciones, la representación política les obliga a realizar funciones y además les permite llevar a cabo actos de innovación y de transformación del Derecho. Sin embargo, esto no los faculta para poder modificar la esfera de «*lo indecidible*» ya que no es posible interferir con las funciones de garantía.

De manera inversa, las instituciones de garantía encuentran su legitimación a través de la aplicación y a la ejecución de la ley –incluyendo la tutela de derechos fundamentales–, sin embargo, esto no los habilita a la producción de Derecho, es decir, a la innovación jurídica a través de sus funciones.

Ambas esferas, que delimitan la legitimidad, tienen una dinámica especial dentro de las Constituciones democráticas. La esfera pública de las instituciones políticas, defi-

29 Sobre la distinción entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía, Vid. **FERRAJOLI, Luigi**. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 1. *Teoría del derecho*, págs. 827-831.

nida como el conjunto de situaciones y de funciones de interés general, por un lado, y las funciones de garantía de los derechos fundamentales, por el otro, constituyen la tesis central de lo que se debe entender por una *democracia constitucional*.³⁰

En consecuencia, la esfera de «*lo indecidible*» y de «*lo no decidible*» configuran las fuentes ulteriores de legitimación de los poderes públicos y también constituyen el criterio de distinción entre las funciones de gobierno y de garantía.

La articulación de la esfera pública en las Constituciones ha permitido una defensa normativa de «*lo indecidible*», esto es, ha vinculado a la política a la realización y respeto de los derechos fundamentales que la componen; asimismo, ha impuesto una *meta-garantía* de tales derechos a través de la distinción entre funciones de gobierno y funciones de garantía, así como la independencia entre éstas.

En conclusión, las Constituciones rígidas han sometido sus funciones a través de la esfera de «*lo indecidible*», en tanto que la garantía a los derechos fundamentales constituye un aspecto independiente de lo que normalmente se entendía dentro de las funciones del gobierno. Asimismo, esta limitación no implica un empobrecimiento de la política, ya que sus instituciones actúan en la esfera de «*lo decidible*», confinada a funciones legislativas y gubernativas de innovación normativa y de políticas públicas.

III. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA DECIDIBILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Es importante destacar que, previo a las ideas de Bobbio, Garzón Valdés y Ferrajoli, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en 1943 al resolver el caso *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*³¹, ya había establecido que:

“El propósito mismo de la ‘*Bill of Rights*’ [Carta de Derechos] era sacar a ciertos sujetos de las vicisitudes de la controversia política, colocarlos fuera del alcance de mayorías y funcionarios, y establecerlos como principios legales a ser aplicados por los tribunales. El derecho a la vida, la libertad y la propiedad, la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de culto y reunión, y otros derechos fundamentales, no pueden someterse a votación, ni depender del resultado de alguna elección”.

Por ello, desde 1943 la Corte Suprema de los Estados Unidos de América estableció que los derechos fundamentales están fuera del alcance de las mayorías y no pueden sujetarse al resultado de unas elecciones democráticas.

30 *Ibidem*, pág. 875.

31 *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943) consultable en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/624/>

Lo anterior, y la doctrina descrita previamente, no pasaron inadvertidos para los tribunales internacionales de derechos humanos, pues se han pronunciado sobre los derechos fundamentales como una limitación a las decisiones tomadas dentro del ámbito democrático de un país.

Así, para una mejor comprensión, primero se plantearán los hechos y el fondo de diversos casos, para después señalar las tensiones que existen con los principios democráticos.

En primer lugar, se hará una breve reseña del caso *Gelman v. Uruguay* resuelto en 2011 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para después hacer lo mismo respecto de los casos *Hirst v. Reino Unido* y otros sucesivos resueltos por la Corte Europea de Derechos Humanos. Dichos casos serán de utilidad para poder relacionarlos con la legitimidad democrática y señalar algunas de las interrogantes que plantea la justicia internacional.

3.1. Caso Gelman v. Uruguay (2011)

Los hechos del caso Gelman v. Uruguay³² están relacionados con los regímenes dictatoriales que existieron a mediados del siglo XX en América Latina y la adopción del llamado «*Plan Cóndor*», un plan de contrainsurgencia auspiciado por los Estados Unidos de América para hacer frente a la “amenaza subversiva” de grupos socialistas en la región, lo cual llevó al establecimiento de este sistema de inteligencia y operaciones secreto que integraba de manera informal a los gobiernos militares de Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil.³³

En 1976 una pareja y dos de sus familiares fueron detenidos en su residencia de Buenos Aires por comandos militares argentinos y uruguayos. Los dos familiares de la pareja fueron liberados después de haber pasado cuatro días en un centro de detención clandestino. Respecto de la pareja, Marcelo Gelman fue torturado y ejecutado en un centro de detención clandestino y María Claudia García fue trasladada clandestinamente por autoridades uruguayas a Montevideo donde dio a luz a su hija. En la fecha cuando se resolvió el caso, los restos o el paradero de María Claudia García seguía siendo desconocido.

Sin embargo, desde 1977, la hija de la pareja fue colocada en un canasto y dejada en la puerta de un policía uruguayo que no tenía hijos, quien junto a su esposa decidieron registrar a la niña como propia un año y medio más tarde. La hija tuvo contacto con su abuelo biológico a los 23 años. Sin embargo, los hechos señalados nunca pudieron ser

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C no. 221.

33 Al respecto, véase McSHERRY, J. Patrice. *Predatory States. Operation Condor and covert war in Latin America*. Oxford, Rowman & Littlefield Publishers, 2005.

investigados, ni sancionados por Uruguay, ya que el 22 de diciembre de 1986 se aprobó la *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado* que otorgaba una amnistía en relación con los delitos cometidos durante la dictadura.

Es necesario señalar que las leyes de amnistía ya habían sido analizadas por dos sentencias de la Corte Interamericana en los casos *Barrios Altos*³⁴ y *La Cantuta*³⁵, ambos contra Perú. Sendos casos relacionados con el terrorismo de Estado practicado en esas épocas para erradicar a cualquier elemento subversivo del grupo maoísta de *Sendero Luminoso*, lo que llevó a varios grupos militares a realizar violaciones graves de derechos humanos en contra de sectores específicos de la población. El Congreso peruano, mediante la *Ley 26.479*, de 14 de junio de 1995, impedía cualquier investigación o enjuiciamiento por dichos hechos. Al respecto se consideró que las leyes de amnistía son incompatibles con la Convención Americana cuando se impida la investigación y sanción de violaciones graves de derechos humanos.

Dicha posición fue confirmada en los casos *Almonacid Arellano y otros v. Chile*³⁶ y *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil*³⁷. En todos esos casos se consideró que dichas leyes, emitidas por los poderes legislativos elegidos democráticamente dentro de cada Estado, no eran acordes a las obligaciones establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin embargo, el caso de *Gelman v. Uruguay* planteó una nueva disyuntiva en el tratamiento de las leyes de amnistía, ya que no fueron únicamente los órganos estatales los que aprobaron dichas leyes, sino que existió un *referéndum* en 1989 y un *plebiscito* relativo a una reforma constitucional en 2009, en los que se rechazó la idea de declarar nula dicha ley de amnistía. Al respecto, la Corte utilizó el modelo teórico elaborado por Luigi Ferrajoli para señalar:

“La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos [...] de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales,

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos v. Perú*, Fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C no. 75.

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso La Cantuta v. Perú*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C no. 162.

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Excepción preliminar, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C no. 154.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, serie C no. 219.

por lo que, particularmente en casos de graves violaciones [...] la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo *'susceptible de ser decidido'* por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un *'control de convencionalidad'* [...] que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.³⁸

Tal razonamiento no sólo parece reforzar la idea de que los derechos humanos constituyen el límite sustancial que debe existir en un régimen democrático para cualquier autoridad que ejerza algún tipo de poder público, sino que, además, existe una garantía supranacional de dicho límite a través de las cortes internacionales de derechos humanos.

3.2. Caso Hirst v. Reino Unido

Si bien los ejemplos señalados en el ámbito interamericano parecen dar claridad de cómo los derechos humanos constituyen uno de los límites de las instituciones democráticas, especialmente en casos de terrorismo de Estado en los que son evidentes que las instituciones públicas no cumplen con los fines elementales que deben tener. Sin embargo, es necesario hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, ya que ciertos casos que ha resuelto no ofrecen un límite tan claro respecto de dónde se encuentran las fronteras de los derechos humanos respecto de las decisiones democráticas.

En el caso de *Hirst v. Reino Unido*³⁹, John Hirst había sido condenado por homicidio imprudencial y estaba sirviendo una condena bajo libertad condicional. Sin embargo, de conformidad con la *Representation of the People Act* del Reino Unido, se limitaba su voto al ser una persona condenada que estaba purgando su condena. Después de intentar los medios judiciales disponibles en Reino Unido, presentó su caso ante la Corte Europea de Derechos Humanos por considerar que se limitaba su derecho a elecciones libres contenido en el artículo 3 del primer protocolo de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Dicho caso fue referido a la Gran Sala de dicha corte europea, la cual resolvió por unanimidad que había existido una violación a dicho derecho, ya que se consideró que no se había analizado la proporcionalidad de la medida en el Parlamento. Sin embargo, la unanimidad no significa que dicha resolución estuviera libre de diferentes interpretaciones, ya que existieron dos opiniones concurrentes dentro de la mayoría y dos opiniones disidentes dentro de la minoría. De igual manera, el derecho a participar en las

38 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman v. Uruguay*, Fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C no. 221, párr. 239.

39 Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso de Hirst v. Reino Unido (no.2)*, no. 74025/01, sentencia de 6 de octubre de 2005.

elecciones tiene diferentes tipos de reglas y tratamientos en Europa, motivo por el cual la comparación no fue de utilidad para entender la proporcionalidad de la medida.

Asimismo, de la sentencia parece que se dio una nueva interpretación a la doctrina del margen de apreciación elaborada por la Corte Europea⁴⁰ al señalar que no existían debates parlamentarios respecto de la proporcionalidad de la medida. Lo anterior llevó a un debate parlamentario en el que se discutió y mantuvo la ley como estaba, lo que llevó al Ejecutivo del Reino Unido a un callejón sin salida entre el Parlamento y la decisión de la Corte Europea, inclusive después de que la Corte reiterara su posición en otro caso.⁴¹

Es claro que en un caso como éste no es evidente por qué la revisión convencional del derecho al voto debe tener preeminencia sobre las consideraciones y leyes realizadas en un Parlamento elegido democráticamente, o por qué un caso particular debe tener prioridad sobre valoraciones generales realizadas en un sistema político en especial.

En suma, los anteriores casos internacionales demuestran que, efectivamente, los derechos humanos no deben ni pueden ser disponibles a las mayorías democráticas, pues la decisión de los mismos no debe estar sujeta a cuestiones políticas o socialmente populares, ya que éstas necesariamente cambiarán mediante la democracia formal.

IV. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y EL TEST DE DECIDIBILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO UNA PROPUESTA ENTRE LO DECIDIBLE Y LO NO DECIDIBLE

La decidibilidad sobre los derechos fundamentales de las mayorías democráticas no ha sido ajena para la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La Primera Sala en el Amparo en Revisión 115/2019⁴² determinó medularmente que el grado de satisfacción sobre el derecho social a la educación que el Estado mexicano ha alcanzado respecto de los menores de edad –desde la *educación inicial*– es parte del contenido de lo que se denomina la “*esfera de lo indecible*”; es decir, se trata de un grado de protección del derecho a la educación que, efectivamente, se ha alcanzado y que, por tanto, constituye

40 Al respect, véase LEGG, Andrew. *The margin of appreciation in international human rights law. Deference and proportionality*. Oxford, Oxford University Press, 2012.

41 Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso de Greens y M.T. v. Reino Unido*, no. 60041/08, sentencia de 23 de noviembre de 2010.

42 Resuelto el veintuno de noviembre de dos mil diecinueve por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros Norma Lucía Piña Hernández –quien se reservó su derecho a formular voto concurrente–, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y el Presidente de la Sala Juan Luis González Alcántara Carrancá (ponente) en relación a los resolutivos Primero, Segundo, Tercero, Cuarto y Sexto y por mayoría de tres votos respecto al resolutivo Quinto, en contra del emitido por la Ministra Norma Lucía Piña Hernández, quien se reservó su derecho a formular voto particular. Ausente el Ministro Luis María Aguilar Morales.

parte de la esfera de lo que no es susceptible de decidirse por ninguna mayoría, aún en tratándose de mayorías en instancias democráticas.

Pero ¿por qué es relevante? Hasta el momento, se ha visto que se mantiene una distinción entre lo que pueden hacer las mayorías democráticas y aquello que no pueden trastocar, por mucha legitimidad democrática que ostenten. Sin embargo, hay un factor que no se había considerado hasta ahora: ¿cuál es la medida de esa decidibilidad? ¿En dónde empieza la frontera que separa lo que sí se puede decir de lo que no es decidible?

Conforme al caso anterior resuelto por la Corte mexicana, la Primera Sala desarrolló un método interpretativo como un aporte para definir la decidibilidad de los derechos fundamentales. Dicha metodología se refleja en un «*test de cinco pasos o gradas*», que plantea identificar en abstracto el núcleo del derecho humano que se encuentra protegido y que, por tanto, debe considerarse como parte de la esfera de lo indecidible; tal y como se describe a continuación:

1. **Primer paso o grada. – Identificación del núcleo del derecho humano.** Es el elemento esencial del derecho que se proyecta sobre las personas que, de eliminarse, modularse, limitarse o restringirse, perdería la protección que se le pretende brindar, e incluso haría diferente su ejercicio.
2. **Segundo paso o grada. – Ubicación del derecho humano en el sistema normativo.** Consiste en determinar en qué lugar del bloque de regularidad constitucional se encuentra la norma que reconoce el derecho humano; es decir, si está en sede constitucional, convencional o en otra.
3. **Tercer paso o grada. – Autoridades normativas y garantes del derecho humano.** Consiste en la determinación, a partir de la ubicación e identificación del núcleo del derecho humano, qué autoridad o autoridades cuentan con las facultades para poder afectar sustancialmente el núcleo del derecho.
4. **Cuarto paso o grada. – Examen de la decisión que afectará el derecho humano.** Consiste en el análisis de la medida que eventualmente afectará el derecho humano a luz de los puntos anteriores con la finalidad de determinar si la afectación será negativa o positiva:
 - a) **Afectación negativa.** Se actualiza cuando la decisión mitigue, modifique, limite o restrinja sustancialmente el ejercicio del derecho humano de tal forma que, por un lado, haga nugatorio, parcial o totalmente, su ejercicio; y, por otro, implique una distinción entre las personas tanto en su aplicación y garantía, como en su goce.
 - b) **Afectación positiva.** Acontece cuando la decisión mitigue, modifique, limite o restrinja sustancialmente el ejercicio del derecho humano de tal manera

que lo potencialice o maximice, o bien, sirva para propugnar por una mayor igualdad en su goce y garantía.

5. Quinto paso o grada. – Conclusión de decidibilidad o indecidibilidad. La medida será considerada dentro de la esfera competencial *decidible* de las autoridades normativas y garantes del derecho humano cuando su **afectación sea positiva**; en cambio, si la afectación es negativa, será considerado como indecidible; no obstante, la competencia que tenga la autoridad.

Ahora bien, para comprender con mayor precisión el «*test de decidibilidad*» debe retomarse el ejemplo práctico en el que se aplicó el referido test por parte de la Primera Sala la cual, en síntesis, determinó que una vez garantizado cierto grado de ejercicio del derecho humano a la educación, el mismo se convierte en contenido fundamental indecidible y, por lo tanto, debe considerarse fuera del alcance de las decisiones y/o intenciones de cualquiera, incluso del mercado o de la política.

Así, se reconoce que el Estado mexicano ha alcanzado un grado específico de protección del derecho humano a la educación y, ya que se encuentra dentro de la esfera de lo indecidible, el Estado debe sostenerse sobre esa protección a través de la ejecución de conductas positivas y negativas, evitando en todo caso cualquier acto que pueda representar una disminución en su protección –**afectación negativa**–; pues, de no ser así, ello se traduciría en una vulneración o limitación ilegítima en el ejercicio de ese derecho.

En este orden de ideas, es innegable que existe el reconocimiento de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de que a las mayorías democráticas no les es disponible ni pueden decidir⁴³ sobre derechos humanos cuando pretendan modificarlos, limitarlos o restringirlos sustancialmente de tal forma que, por un lado, hagan nugatorio, parcial o totalmente, su ejercicio y, por otro, implique una distinción entre las personas.

Lo anterior no es baladí, pues, mediante un test replicable a instituciones y principios constitucionales⁴⁴, se puede prever si un determinado acto legislativo, o bien, una re-

43 Pues se considera como parte de la «esfera de lo indecidible».

44 Respecto a los principios constitucionales, se puede traer a cuenta la clasificación de Jerzy Wróblewski, en la que establece que existen los “*Principio-nombre del derecho*”, que son normas que establece rasgos esenciales de las instituciones jurídicas, es decir, un conjunto de normas que, sin ser reglas de comportamiento, establecen rasgos descriptivos de una institución jurídica. Véase **WRÓBLEWSKY, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. 2ª impresión, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverria, México, Fontamara, 2008, págs. 208-210.**

Así, principios constitucionales como la forma de gobierno, la configuración democrática de la república y la división de poderes, también podrían ser sujetos a un test de decidibilidad para estimar si el cambio pretendido, no obstante que sea de tipo constitucional, entra en la esfera de indecidible. Con ello, se sostiene que aun el Poder Reformador cuenta con una «*esfera de lo indecidible*».

forma, modificación, derogación o abrogación de una ley –incluso del tipo constitucional–, es parte de la «*esfera de lo decidible*» o de la «*esfera de lo indecidible*».

V. CONCLUSIONES

Es innegable que un sistema democrático funciona, pues lejos de concentrar las decisiones en una persona o grupo de personas, se involucra a las mayorías en las determinaciones que se tomen; sin embargo, como todo sistema, sin que existan los contrapesos debidos y un marco jurídico efectivo, puede llevar a una tiranía de mayorías, en la cual éstas, por prevalecer, ajusten las leyes y modifiquen o priven derechos para imponer sus planes, o incluso, perpetuarse como mayorías gobernantes.

De ahí, que sea necesario retomar y aplicar la doctrina previamente apuntada sobre la democracia, en la cual se perfila una concepción formal, en la que sólo debe de prevalecer el voto o decisión mayoritaria, y se establece una concepción material de la misma, en la que se prevén ciertos límites y restricciones para las decisiones mayoritarias.

Con ello, aunado a un marco constitucional, se podrá determinar, por un lado, una «*esfera de lo indecidible*» sobre la cual las mayorías democráticas no podrán emitir normas ni regular en contra de derechos fundamentales o menoscabar instituciones; y, por otro lado, un método interpretativo reflejado en el test de decidibilidad que sirve para identificar lo que deba considerarse como parte de dicha esfera.

Ahora, si bien es cierto que el test establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sentencia que resolvió el Amparo en Revisión 115/2019 se refiere a la decidibilidad de derechos fundamentales, también lo es que éste puede ajustarse para revisar cuando una mayoría democrática pretenda modificar principios que vayan en contra de la propia democracia.

Es decir, cuando la democracia y los principios que la sustenten permitan prevenir que una minoría puede llegar convertirse en mayoría, o bien, se extinga, limite o se ejerza un control sobre una institución o poder que, en forma alguna, pueda limitar los pesos y contrapesos, deberá aplicarse el referido test.

Para tales efectos, al aplicar el test de decidibilidad, se tiene lo siguiente:

- 1. Primer paso. – Identificación del principio o Institución democrática.** Son los principios o derechos que: *a)* conceden y garantizan que los ciudadanos puedan elegir entre diversos partidos políticos, ser militantes de ellos o poder hacer uno; *b)* que puedan registrar su intención de voto, elegir representantes y que su voto cuente como el de cualquier otro; *c)* que garantice que ninguna decisión tomada por la mayoría pueda limitar los derechos de las minorías, o que impida, inhiba o prohíba a una minoría convertirse en una mayoría en paridad de condiciones y; *d)* se menoscabe, inhiba, inflencie o reste capacidad de operación

a las instituciones del Estado que deban garantizar los derechos y principios descritos en los incisos *a)*, *b)* y *c)*.

2. **Segundo paso. – Ubicación del principio o Institución democrática.** Consiste en determinar en qué norma, regla o tratado internacional se encuentran los principios o institución democrática.
3. **Tercer paso. – Autoridades facultadas para desarrollar, modificar, reformar el principio o Institución democrática.** Consiste en la determinación, a partir de la ubicación e identificación de la jerarquía de la norma, regla o tratado internacional, qué autoridad o autoridades cuentan con las facultades para poder regularlo.
4. **Cuarto paso. – Examen de la decisión que afectará el principio o Institución democrática.** Consiste en el análisis de la medida, ley o acto que eventualmente afectará el principio o institución democrática; por ello se considerará una afectación negativa cualquiera que mitigue, modifique, limite o restrinja sustancialmente el principio o institución democrática, de tal suerte que haga nugatorio su ejercicio y garantía, o bien, limite la capacidad de actuar de las instituciones del Estado que deban garantizar los derechos y principios descritos en los incisos *a)*, *b)* y *c)* del primer paso.
5. **Quinto paso. – Conclusión de indecidibilidad.** La medida, ley o acto que eventualmente afectará el principio o institución democrática será considerada como «*indecidible*», cuando mitigue, modifique, limite o restrinja sustancialmente el principio o institución democrática, de tal suerte que haga nugatorio su ejercicio y garantía, o bien, limite la capacidad de actuar de las instituciones del Estado que deban garantizar los derechos y principios descritos en los incisos *a)*, *b)* y *c)* del primer paso. Con lo cual deberá decretarse la indecidibilidad.

Si bien esta propuesta de test merece un desarrollo más profundo, representa un primer esfuerzo por esbozar una técnica interpretativa que sirva tanto a jueces constitucionales como a autoridades electorales en aras de resolver cuándo una medida, ley o acto, resultan antidemocráticos. Sin pasar por alto que, como toda postura jurídico-académica, se encuentra sujeto a debate y a su perfeccionamiento.

VI. FUENTES DE CONSULTA

ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. México, Fontamara, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Lezioni di filosofia del diritto*. Torino, Editrice Cooperativa Universitaria, 1961.

—, *Il futuro della democrazia*. Torino, Einaudi, 1995, versión *Kindle*.

—, *Teoria generale della politica*, edición de Michelangelo Bovero, Torino, Einaudi, 1999.

—, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 2014, versión *Kindle*.

CHIASSONI, Pierluigi. *La tradición analítica en la filosofía del derecho. De Bentham a Kelsen.* trad. de Félix Luna Morales, Lima, Palestra Editores, 2017.

CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les constitutions. La distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle.* París, Imprimerie de Hocquet, 1814.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo y Pedro SALAZAR UGARTE (Coords.). *Política y Derecho. (Re)pensar a Bobbio.* México, UNAM y Siglo XXI Editores, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously.* Cambridge, Harvard University Press, 1978.

—, *Freedom's law. The moral reading of the American constitution.* Nueva York, Oxford University Press, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *El fundamento de los derechos fundamentales.* Trad. de Perfecto Andrés et al., Madrid, Editorial Trotta, 2007.

—, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana.* Roma-Bari, Laterza, 2011.

—, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto político.* Roma-Bari, Laterza, 2011.

—, *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho.* Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Editorial Trotta, 2013.

—, *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia.* Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Editorial Trotta, 2013.

—, *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. 3. La sintaxis del derecho.* trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Editorial Trotta, 2013.

—, *Dei diritti e delle garanzie. Intervista a Mauro Barberis.* Bologna, Il Mulino, 2013.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Algo más acerca del coto vedado”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Número 6, 1989, pp. 209-213.

—, “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, en *Isonomía*. Número 12, abril de 2000.

—, “Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del coto vedado a nivel internacional”, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Número 12, 2003.

—, “Dignidad, derechos humanos y democracia”, consultable en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjym5q9rL3uAhUDK-qwKHeOPBEkQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fsecretarias.unc.edu.ar%2Ffacaderc%2Fdoctrina%2Farticulos%2Fdignidad-derechos-humanos-y-democracia%2Fat_download%2Ffile&usg=AOvVaw1-dR8RhUJzH_f2GwL0o_Ux

GUASTINI, Ricardo. *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici.* Milano, Giuffrè, 2010.

LEGG, Andrew. *The margin of appreciation in international human rights law. Deference and proportionality.* Oxford, Oxford University Press, 2012.

LIPJHART, Arend. *Patterns of democracy. Government forms and performance in thirty-six countries.* 2ª ed., New Haven, Yale University Press, 2012.

LLAMAS, Ángel (ed.). *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1994.

McSHERRY, J. Patrice. *Predatory States. Operation Condor and covert war in Latin America*. Oxford, Rowman & Littlefield Publishers, 2005.

PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid, Editorial Trotta, 2011.

PRIETO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Número 44, 2010, pp. 461-506.

RUÍZ MIGUEL, Alfonso. “Del derecho al poder: el camino central de la obra de Norberto Bobbio”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Número 28, 2005, pp. 59-71.

—, *Política, historia y derecho en Norberto Bobbio*. 2ª ed., México, Editorial Fontamara, 2000.

