

EL CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO, DESDE EL *OMBUDSPERSON*, PARA PROMOVER EL PLURALISMO

Alfonso HERNÁNDEZ BARRÓN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El principio de democracia material y sus alcances para aterrizar un constitucionalismo dialógico*. III. *La razón práctica y su importancia en la consolidación de un constitucionalismo dialógico*. IV. *Trascendencia internacional del principio de la democracia material y de la razón práctica para consolidar el constitucionalismo dialógico por el ombudsperson*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Robert Stefan Foa y Yascha Mounk (2017) notaron que las democracias en esta segunda década del siglo veintiuno han tendido a un proceso que señalan de “desconsolidación”. A través de sus hallazgos, exponen que las personas sienten un grado importante de desafecto hacia estas formas de gobierno. La importancia de sus hallazgos radica en que hicieron patente la necesidad de encontrar alternativas, so pena que las personas prefieran formas de gobierno que puedan socavar los derechos humanos, como es el caso del absolutismo.

Este fenómeno también ha sido documentado por diversas organizaciones no gubernamentales como es el caso del Latinobarómetro (2021), el cual establece indicadores para medir el grado de confianza en las democracias. A escala regional, parece ser un patrón uniforme el que las personas cada vez sientan que sus representantes y demás entes no hagan frente a sus demandas. Para entender la gravedad de esta circunstancia y la predominante urgencia de encontrar una solución, es más recurrente la medida en la que se eligen a regímenes que erosionan estas formas de gobierno.

* Presidente de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Jalisco.

Con independencia que se declaren de izquierda o de derecha, se trata de personas que han sido elegidas con base en este sentimiento de hartazgo de las personas hacia lo que ha venido ofreciendo la democracia. Roberto Gargarella (2021) ha postulado que este desencanto tiene como factor principal el que las democracias sigan obedeciendo a estructuras elitistas en donde las mayorías se ven excluidas.

Acorde al dicho constitucionalista de referencia, las democracias se han construido a partir de instituciones que excluyen el diálogo y la voz de las personas que se pueden ver afectadas, acorde a un temor a que las mayorías sean incapaces de subyugar las pasiones que desembocan en socavar los derechos humanos y la legitimidad de las instituciones. En este sentido, de poco sirve el que las democracias constitucionales contemporáneas sigan una tendencia de aumentar sus cartas de derechos si la población no participa de manera proactiva en el diálogo que es necesario para su concreción.

Es decir, para Gargarella, debe existir un diálogo público que sea inclusivo por parte de los diversos poderes y organismos constitucionales autónomos en relación a la población, para que esto se traduzca en un mayor grado de confianza de la población en las instituciones. No se trata sólo de buscar una participación cualquiera, a manera de plebiscitos, en donde se agote el voto en el sentir de la población. Se requiere que el sentir de éstos se vea en un ámbito deliberativo en donde se puedan escuchar las diversas voces. Esto es, tener en cuenta todos los mundos constitucionalmente posibles.

Sobre todo, en la región latinoamericana, las visiones que integran el pluralismo sólo son posibles si se logra hacer frente al hiperpresidencialismo que, tal como lo hace notar el jurista de referencia, lejos de coadyuvar a consolidar las democracias constitucionales, permiten el que se dé apertura a lo que Josep Aguiló Regla denomina los males de este régimen: el autoritarismo, el despotismo, la arbitrariedad y la exclusión social. No se puede seguir con la inercia de pensar que las voces se van a escuchar sobre una base de instituciones que fueron diseñadas a partir de la desconfianza. Hoy más que nunca es necesario el que se logre implementar la visión dialógica que Gargarella sugiere.

La figura del *ombudsperson* no debería quedar excluida en su diseño del discurso deliberativo en su constante quehacer. Al ser las defensorías de derechos humanos instituciones que actúan como contrapeso y límites de los gobiernos, es importante el que no queden atrapadas en el paradigma actual. Es en razón de ello que la cuestión a dilucidar a través de este capítulo consiste en precisar cómo se han de diseñar lineamientos de deliberación pública inclusivos en estos entes, para que esto contribuya a fortalecer la

legitimidad de las instituciones públicas y con ello la solidez de las democracias constitucionales, a efecto que actúen como contrapesos y límites eficaces y eficientes.

La postura que se adoptará a través de este trabajo para dilucidar esta cuestión, consistirá en mostrar que se requiere adoptar los siguientes principios en el diseño y actuación de la figura de las defensorías públicas, para que su actuación sea oportuna dentro de un constitucionalismo dialógico: 1) Democracia material y 2) Razón práctica.

Para lograr el objeto de este capítulo, se adoptará una óptica propia del postpositivismo jurídico; es decir, una perspectiva epistémica no positivista que permita establecer enlaces necesarios entre la axiología y el derecho de manera objetiva, sin por ello negar la importancia que tiene el derecho como instrumento normativo dotado de autoridad.

Para mayor orden y claridad, el desarrollo del capítulo se dividirá en cada uno de los principios señalados, es decir: democracia material y razón práctica, a fin de dilucidarlos y justificar su rol en el quehacer del *ombudsperson*, a raíz del análisis del contexto jurídico-constitucional mexicano correspondiente, de manera predominante, al apartado B del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por último, se traerá a colación el impacto que estas directrices tienen a nivel internacional, para contribuir a consolidar el constitucionalismo dialógico.

Si bien se podría predicar los principios que se señalan y que han de determinar el diseño, así como la consolidación aplicaría a cualquier otra institución pública, por ser las defensorías un escaño no jurisdiccional en donde se erigen como primer puente entre las víctimas de derechos humanos y sus responsables, es importante el que sea este ente el primero en encabezar esta propuesta. Por último, no se pretende con este capítulo tener la última palabra para fortalecer el pluralismo a nivel internacional, se espera que con ello se haga visible la necesidad para una mayor homologación de las defensorías de derechos humanos a nivel internacional, a partir de la demanda por mayor inclusión de la población hacia la democracia en general.

II. EL PRINCIPIO DE DEMOCRACIA MATERIAL Y SUS ALCANCES PARA ATERRIZAR UN CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO

1. *Delimitación del principio de democracia material*

El concepto de democracia material consiste en incluirla a través de los diversos principios que la integran, tal como lo señala Ferrajoli (2010). Esto

implica aceptar que el paradigma de una democracia constitucional no admite que la última palabra la tenga el voto popular. Para el jurista italiano en cuestión, esto es importante en la medida que estos principios lo integran, sobre todo los derechos fundamentales. Desde una óptica *neopositivista* tiene una enorme trascendencia para la teoría del derecho las aportaciones de este jurista italiano, porque se logró establecer que, tratándose de derechos fundamentales, éstos actúan como una esfera de lo indecible sobre el que las mayorías no pueden negociar.

Como bien lo señala Gargarella, esta visión tiene algunos inconvenientes, en el sentido que demerita la deliberación que puedan tener las personas al configurar el alcance de sus derechos en donde son los operadores de adjudicación o de producción normativa quienes tienen la última palabra. Esto lo hace sin desconocer la importancia que tienen los derechos como un límite para la toma de decisiones. Es decir, la objeción de este jurista hacia Ferrajoli parece inclinarse, no tanto en cuanto a la existencia de un coto jurídico que no es negociable, sino a quiénes y cómo llevan a cabo la deliberación para darle sentido.

Parecería que la cuestión se entendería resuelta; es decir, bastaría con que a la postura de Ferrajoli se le permitiera que en las democracias las instituciones integren a diversos sectores sociales para que, en el ámbito de sus competencias, éstas diseñen e implementen sus funciones y/o políticas públicas. Empero, la cuestión a plantear implica dilucidar sobre lo que se ha de entender cuando en este trabajo se postula a la democracia material como principio, y sus alcances. Es decir, ¿se ha de entender dicho principio como una forma de gobierno de deliberación pública racional en donde cualquier tipo de mayoría o de discurso es suficiente?, ¿qué tipo de representación se requiere en la deliberación pública para que ésta sea inclusiva en el seno de las instituciones?, ¿cómo se traducirían las preguntas a estas respuestas en el diseño institucional y su implementación en la figura del *ombudsperson*?

Para hacer frente a estas interrogantes, cabe resaltar que si bien Gargarella hace alusión a la importancia que tiene la deliberación inclusiva para hacer frente al desgaste democrático de las instituciones, el cómo lograrlo es una cuestión fundamental, a la vez que es crucial determinar exactamente los alcances de un sentido fuerte de la democracia material como principio. Primero se hará frente a dilucidar los alcances del concepto en cuestión, para que después se pueda aterrizar lo relevante de lo relacionado con la representación y deliberación pública.

Se considera que la colaboración que en su momento realizó Cardona Müller (2021), en cuanto al control de convencionalidad en materia democrática, contribuye a dilucidar esta cuestión. Esto se debe a que este jurista mexicano establece que la democracia como tal, lejos de ser una forma de gobierno, se erige tanto como un principio institucional, así como un referente de la dimensión valorativa del derecho. Esto se debe a que no se puede desconocer la relación biunívoca entre democracia y derechos humanos. Si se acepta que tanto un concepto depende del otro para su funcionalidad y comprensión, entonces no se puede agotar esta forma de gobierno por sí sola, o la dimensión formal-procedimental; sino que se debe de tomar como un principio que irradia a través de las relaciones jurídicas de la población.

A su vez, no se puede señalar que, como expresión de la voz del pueblo, se agote en un mero principio institucional que sirve como medio para hacer valer los derechos humanos. Es decir, a la vez que sirve como un engrane propio del sistema jurídico, la democracia también se erige como un fin en sí mismo, de lo contrario sería inconsistente señalar que existe una relación biunívoca con este tipo de prerrogativas. Por lo tanto, y en este contexto conceptual, la democracia debe ser también parte de la dimensión valorativa, o dimensión axiológica de último nivel de cualquier ordenamiento jurídico. Para Cardona Müller, esto sólo es posible si se admite que la democracia también cuenta con la naturaleza adicional de ser un derecho humano de orden colectivo tal como lo señala el artículo 1 de la Carta Democrática Interamericana:

Artículo 1

Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.

Esto implica que la democracia material, como derecho público subjetivo, unas veces será un medio para coadyuvar a garantizar otros derechos humanos, a la vez que servirá como un fin en sí mismo, capaz de poder ser violado por otros particulares; y sobre todo, por autoridades. Para el autor en cuestión, esta última dimensión de esta forma de derecho se integra necesariamente por los elementos que a continuación se citan y que los extrae del texto referido de la Organización de Estados Americanos:

- a. El respeto y pleno goce de todos los derechos humanos;
- b. El acceso al poder por parte de la población de manera periódica y su determinación;

- c. La sujeción del poder al Estado de derecho;
- d. La celebración de elecciones libres y justas a través del sufragio universal y secreto;
- e. El régimen plural de partidos y demás organizaciones políticas;
- f. La transparencia de las actividades gubernamentales;
- g. La gestión pública de calidad; y
- h. La división de poderes. (Cardona Müller, 2021)

En razón de lo anterior, se sigue que para poder establecer un constitucionalismo dialógico que sea de carácter inclusivo, como lo plantea Gargarella, no se puede partir de la postura de Ferrajoli en donde se vinculan los principios de los derechos fundamentales con la democracia material, sino que necesariamente se requiere que se parta primero de aceptar que se trata de un derecho colectivo que es esencial para garantizar la dignidad humana. La importancia que implica adoptar esta perspectiva estriba en que necesariamente las instituciones deben conformarse con esta prerrogativa. Es decir, no se puede diseñar un ente público que sea elitista y excluyente, pues sería inconsistente y se violentaría, por ende, a esta prerrogativa.

Las instituciones públicas deben ver reflejado el principio de democracia material en su diseño; es decir, en la integración así como en su actuación. Esto no implica que los poderes y organismos constitucionales autónomos deban integrarse sólo con expresiones ciudadanas, sino que efectivamente los diversos sectores sociales se vean reflejados al conformarse, así como que sean tomados en consideración. Esto trae a colación otra interrogante, acerca de lo que se ha de entender por representación, para que pueda operar de manera adecuada el principio de democracia material. Para tal efecto, resulta importante traer a colación a Isabel Lifante Vidal (2009), quien logra precisar cómo se puede entender este concepto en un ámbito político y democrático.

Para dicha jurista, este concepto puede implicar una dimensión descriptiva o práctica. En el primer supuesto, se estaría ante la posibilidad de un objeto o concepto que por vías de comparación trae a colación ciertos atributos por los cuáles se le asemejan y puede tenerse como presente. En estos supuestos se puede establecer una representación a modo de reflejo, como puede ocurrir con una pintura, o a manera simbólica, en donde no se toman en sí las semejanzas, sino un proceso intelectual sensorial por el que un elemento X hace evocar algo propio del elemento Y. Tal es el caso, digamos, del concepto de patria o nación que se encarna en la figura del titular del Poder Ejecutivo o del Legislativo a través de la voluntad popular que pretenden hacer valer.

Por otro lado, la representación práctica implica no traer presente un objeto por sus semejanzas, sino el que se le tenga en lugar de otro, porque está portando sus intereses. Se trata necesariamente de un agente quien logra hacer valer las necesidades de quien le encomendó un encargo. Como bien señala Isabel Lifante Vidal, este tipo de representación puede ser individual, institucional y/o colectiva. En el primer supuesto se estaría ante el clásico ejemplo del derecho en donde un agente X actúa en nombre de una persona física Y. Trae a colación los intereses, ya sea a manera de un delegado o de un fiduciario. En el primer aspecto se trata de representar a una persona de manera delimitada, en tanto que en el segundo existe un debido nivel de discrecionalidad que es necesario por el cual lleve a cabo la representación de manera eficaz y eficiente; y como se verá adelante, también es importante tomar en consideración los otros tipos de representación, tanto institucional como colectiva.

En el caso de intentar hacer valer los intereses de instituciones, o de personas artificiales, aquí no se puede hacer valer las necesidades de cada una de personas que integran estos entes. En todo caso sólo puede existir un tipo de representación a través de las reglas que hacen patente los valores y principios de ésta. Como ocurre con las universidades o empresas. Cabe destacar que aquí también puede coexistir, y se da una representación descriptiva y simbólica, en donde quienes presiden instituciones hacen valer su legitimidad. En cambio, en el caso de la representación colectiva, existe una pluralidad de sujetos que sí pueden ser determinados, en donde lo que se pretende hacer valer por parte de quien les representa son los intereses en cuanto aquello que comparten o en que los identifica. Este sería el caso de la representación política.

En el principio de democracia material, para que sea operativo en un constitucionalismo dialógico, es importante que la representación política se lleve a cabo de acuerdo a criterios prácticos, a la manera en que actuaría un fiduciario en donde necesariamente debe coexistir una representación simbólica; en tanto que quienes actúan en nombre de otros, traen a colación cierta evocación de carácter intelectual-sensorial, que evoca a cierto grupo de personas. Como bien lo señala Gargarella, no se trata de que los políticos sean una minoría elitista, sino que quienes integren los órganos de representación popular logren la debida legitimidad al traer a colación aquellos intereses palpables en un determinado contexto social.

En estados democráticos tan plurales, como es el caso de la región latinoamericana, existe un alto grado de complejidad para poder determinar estos intereses que han de verse reflejados en la conformación del *ombuds-*

person. Tal como señala Isabel Lifante Vidal (2009), esta decisión implica llevar a cabo aspectos valorativos. Es decir, cuando se considera quién ha de representar colectivamente a un sindicato, o un partido político, se está estableciendo umbrales a manera de lineamientos que se han de destacar en un momento determinado.

Esto no implica que sea imposible, pero lo determinante será que éstos sean establecidos de manera objetiva e imparcial. Se considera que para que esto funcione, sea necesario traer a colación el principio de igualdad sustantiva, el cual consiste en que se toma la situación fáctica de los sujetos a efecto de que lleven medidas normativas para igualarlos, en caso que exista una desigualdad injustificada. Es decir, en la conformación de entes públicos, para que se cumpla el principio de democracia material, será necesario que atienda de manera prioritaria a los sectores sociales que se encuentren en una situación de mayor vulnerabilidad o de atención prioritaria, sin por ello desconocer que también deben verse reflejados los demás intereses que puedan existir.

La forma en que las personas que expresen estos intereses, en la conformación del *ombudsperson*, así como en otros entes públicos, necesariamente han de hacerlo a manera de un fiduciario, no así de un delegado. Esto se debe a que, en el segundo supuesto, existe el enorme riesgo de que el ente público se estanque, ya que en todo tipo de administración pública existen debates que requieren un amplio margen de actuación y deliberación. Sería contraproducente que por cada tipo de decisión se requiera un nuevo documento en donde se den instrucciones. Esto no implica el que la función de la representación política no conlleve rendición de cuentas u otros mecanismos para ser legítima; sino que es importante aceptar requerir un amplio margen de actuación para poder negociar y llegar a acuerdos importantes.

Por lo anterior, se puede afirmar que el principio de democracia material implica, como condición necesaria para consolidar un constitucionalismo dialógico, un derecho humano colectivo, que irradia jurídicamente a través de todas las instituciones, y el cual requiere que los entes públicos se conformen a través de mecanismos de representación práctica, en el cual se vean reflejadas de manera proporcional y prioritaria los intereses de personas en mayor situación de riesgo.

2. *La importancia del principio de la democracia material en la regulación constitucional de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*

El impacto negativo que puede tener la omisión de integrar el principio de democracia material en la consolidación de un constitucionalismo dialó-

gico que pueda hacer frente al hiperpresidencialismo a través de un pluralismo integral, se puede verificar en la regulación constitucional mexicana de la figura del *ombudsperson*, la cual se encuentra establecida en el artículo 102 en su apartado B de este ordenamiento jurídico, el cual precisa los presupuestos para poder conformar el *ombudsperson* tanto a nivel nacional como a nivel local.

Lo importante de esta regulación es la inconsistencia que señala Gargarella, al destacar que la mayoría de las constituciones latinoamericanas, por un lado, cuentan con enormes cartas de derechos, y por otro, las instituciones públicas son poco o nada inclusivas en su conformación, así como en su actuar. En el caso del Estado mexicano, por un lado, se estableció a partir del 2011 el que los derechos humanos son parte del bloque de constitucionalidad; empero, si se analiza el numeral en cita es evidente que se da este fenómeno en la medida que no existe un proceso por el cual la conformación de las defensorías de derechos humanos da pauta a los diversos sectores sociales.

Esto es así, en la medida en que quienes determinarán quién la preside a nivel federal son los partidos políticos a través de los representantes que se encuentran en el Senado, tal como lo señalan los párrafos sexto y séptimo del numeral en cuestión. Si bien las legislaturas locales pueden establecer sus propios procedimientos para la elección de la figura del *ombudsperson*, hasta la fecha, la elección se realiza de la misma manera que a nivel nacional. Se podría señalar en contra de esto que el apartado B del artículo 102 en su párrafo establece que para que se lleve a cabo este proceso debe existir una consulta pública, empero jamás se precisa los medios para garantizar que se vean reflejados los diversos sectores sociales.

Dicha circunstancia se puede verificar en la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en su artículo 10, en donde se establecen los lineamientos de la convocatoria; y dada su importancia, a continuación, se cita:

Artículo 10. El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, será elegido por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. Para tales efectos, la comisión correspondiente de la Cámara de Senadores procederá a realizar una amplia auscultación entre las organizaciones sociales representativas de los distintos sectores de la sociedad, así como entre los organismos públicos y privados promotores o defensores de los derechos humanos.

Con base en dicha auscultación, la comisión o comisiones correspondientes de la Cámara de Senadores propondrá al pleno de la misma o ante la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, una terna de candidatos de la cual se elegirá a quien ocupe el cargo o, en su caso, la ratificación del titular. (2021)

El artículo en cuestión es omiso en establecer cómo se ha de verificar la convocatoria a la sociedad y el que todos los sectores sean efectivamente representados. Esto se hace a manera discrecional, en donde la propia redacción deja entrever que sólo se puede consultar a personas jurídicas. Esto implica que cualquier determinación que se tome de manera colegiada e impositiva, por parte de los grupos de partidos políticos que se encuentren en el Senado, será definitiva e inatacable al ser una facultad discrecional sobre la que no procede el amparo u otro método de control de constitucionalidad.

Por otro lado, cabe resaltar que aún en el caso que por alguna suerte se pudiera llevar a cabo una consulta en donde obtenga el visto bueno de diversos sectores sociales, acorde al principio de democracia material, nada impide que esto suceda en otras ocasiones. Es decir, se trata como bien se señala, de un aspecto que corresponde al área. Inclusive en este último supuesto, la consulta no es vinculante para los representantes de esta cámara, quienes pueden votar a quienes estimen conveniente. Se reitera que esta situación se replica a nivel estatal.

La propia regulación tergiversa el principio de democracia material porque para conformar al *ombudsperson*, se está ante lo que un grupo selecto de políticos determine en un momento determinado, en donde no hay manera alguna para establecer que existan los mecanismos propios de un constitucionalismo dialógico. El efecto negativo que esto genera, implica tergiversar la legitimidad de las instituciones públicas. A manera de ejemplo, apenas el 56.7% de la población confía en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de acuerdo al INEGI en su encuesta de ENCIG 2019 (2020). Esto es grave, si se conoce que el Ejército, una institución de carácter bélico, cuenta con mucha mayor confianza, la cual asciende al 73.6% de la población.

La forma para conformar la presidencia, así como el consejo consultivo de este organismo constitucional autónomo, así como quien la integra, es importante que obedezca a este principio, en la medida que con ello se da cabida a las diversas voces sociales, no sólo desde un aspecto ideal, sino que de manera patente. Pese a que en México existe una enorme gama de personas en situación de vulnerabilidad, que debería ver sus voces repre-

sentadas en la figura del *ombudsperson*, esto no ocurre. En este aspecto, poco sirve tener a un representante que aboga por los derechos humanos, si el proceso sigue la mecánica elitista a la cual hacía alusión Gargarella, y que sólo viene a replicar modelos de exclusión y de poder con poco grado de aceptación social.

Con esto no se quiere dar a entender que toda decisión que lleve a cabo la defensoría nacional de derechos humanos sea errada, o que no cuente con personal valioso. Lo que se da a entender es que la representación política y/o colectiva debe verse reflejada en grado superlativo en entes que protegen y salvaguardan lo más valioso para la sociedad, so pena de contribuir al constante desgaste de la democracia como tal. El costo de oportunidad en que se incurre es demasiado grande, ya que no se aprovechan las voces de las mujeres, de los pueblos originarios, de las personas con discapacidad, de las personas de la diversidad sexual, etc. Esto a su vez, implica el que las decisiones se lleven a cabo a partir de una visión sesgada y exageradamente simplificada de la realidad; precisamente de quien detente el poder en un momento determinado y tenga mayoría en el Congreso de la Unión, y en los demás entes públicos de representación popular, como sería el caso del Poder Ejecutivo. Por lo tanto, es indispensable que se respete el principio de democracia material en la conformación del *ombudsperson* y, por ende, de los demás poderes y organismos constitucionales autónomos.

III. LA RAZÓN PRÁCTICA Y SU IMPORTANCIA EN LA CONSOLIDACIÓN DE UN CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO

1. *Delimitación de la razón práctica y sus alcances en el constitucionalismo dialógico*

Como bien lo señaló Kant (2017) en su momento, la razón práctica supone aquellos razonamientos teleológicos y deontológicos que impulsan a la persona a la acción, en contraposición con la razón teórica que pretende dar razones apodícticas o demostrativas de diversos fenómenos. Ésta es crucial para poder justificar valores y posturas axiológicas; a la vez que sirve de parámetro para medir la calidad discursiva cuando éstos están de por medio.

En este sentido, cuando Gargarella critica la esfera de lo indecible de Ferrajoli, por considerar que, en todos los temas, inclusive tratándose de la dignidad humana, debe darse un debate público, se considera que éste incurre en una conclusión falsa que no se sigue de sus premisas. Esto se debe a que el jurista argentino, a través de su obra, considera que tiene

más valor la inclusión de toda la población en un proceso de determinación democrática, que negar la posibilidad de que se sienten principios de una vez por todas.

Supone esto en la medida que, hasta la fecha, y a su criterio, no hay forma de convalidar de manera objetiva e imparcial el grado de calidad argumentativa que exhiben los operadores jurisdiccionales o los entes encargados de la producción normativa o la población. Empero, esto lo hace vía una petición de principio, al considerar que todo argumento ético es contingente y poco importa su contenido. Es decir, para Gargarella, más vale garantizar el que todos los posibles afectados de una decisión colectiva estén presentes, sin importar el tipo de argumentos y su conclusión.

Esta suposición se contradice al negar que existen argumentos más útiles y valiosos que otros en un momento dado, y que la razón práctica realmente no tiene cabida en la deliberación pública, ya que al emitir este tipo de razonamientos, está validando su postura desde una óptica ética objetiva que para este autor es más importante que las demás. Es decir, su óptica sigue emitiéndose desde lo propio de la axiología. Tratar de negar el que se pueda medir un argumento valorativo porque no cuenta con el mismo nivel demostrativo que una fórmula matemática no implica que éste no sea válido o que no sean inexistentes. Simplemente implica que se debe tener mayor cuidado cuando se formula la deliberación pública.

Gargarella parte del hecho de que en la medida en que no existe de manera concluyente un consenso para establecer el peso de los diversos métodos argumentativos, entonces cualquiera que se adopte es válido. Por ello otorga mayor peso al hecho de que estén presentes de manera inclusiva y plural varias voces, pero descuidando la importancia que tiene el contenido argumentativo, a pesar que existen varias teorías con alto grado de solidez en cuestión de deliberación pública.

A efecto de no incurrir en una falsa disyuntiva, es perfectamente compatible el que se adopte el principio de democracia material en donde todos los posibles afectados estén presentes; y en donde también se adopten criterios para otorgar mayor peso a determinados argumentos, desde las reglas del discurso práctico racional, sobre todo si requiere en contextos específicos mayor conocimiento de ciertas áreas que de otras. Esto no implica que siempre se deba a hacer caso al técnico. Pero a manera de ejemplo, si se ha de adoptar una decisión en donde los criterios económicos, en una determinada área especializada, como es el caso de la materia tributaria, tengan un peso importante, será en ese justo momento darles su debido peso.

Contra esto se podría establecer que se estaría perdiendo legitimidad institucional al adoptar este tipo de decisiones; con lo cual se podría afectar el principio de democracia material; empero esto no es el caso. Puede que se pierda popularidad en una primera instancia, pero a la larga se mostrará que se estaba en lo correcto. No se debe confundir la confianza de las instituciones en el corto plazo, que aquella que se genera en el mediano y largo es la que debe importar.

Aceptar la razón práctica, y sus reglas, como condición para que se dé un constitucionalismo dialógico, supone el establecer parámetros de esferas de lo indecible, y aceptar que tanto la inclusión como restricciones en temas son cuestiones que se complementan. Es importante aceptar el que, así como puede existir tensión entre derechos, al ser la democracia una prerrogativa, ésta tendrá que sucumbir en unos momentos, cuando no se pueda maximizar o cuando existan razones de peso que en un momento dado logren garantizar en mayor medida la dignidad.

Esto no implica subestimar a la población, ni mucho menos restarle importancia a las alternativas para que la deliberación pública se lleve. Todo lo contrario, esto implica el que, al decidir una política pública, o lineamientos generales, se debe acotar la discusión en sus justos límites, precisamente por quienes deben estar presentes, a fin de que tenga la debida seriedad. Esto implica aceptar, por un lado, que existe libertad argumentativa *a priori*, para todas las partes que se vean representadas cuando se deba tomar una decisión, pero que a la vez que se discurre, se debe de calificar la justificación atendiendo a las prioridades que existen.

Por lo anterior, se desprende que también la razón práctica debe ser un referente en el actuar de los poderes y demás entes públicos, como es el caso del *ombudsperson*, dentro de la deliberación pública, como marco para poder conformar un constitucionalismo dialógico. Ello haría compatible el aspecto inclusivo que se requiere para dotar a las instituciones de la legitimidad, con el contar con una esfera de lo indecible, para que la deliberación pública frente a los afectados pueda verse delimitada ante un contexto para que no se desborde y afectar de manera injustificada otros principios, como es el caso de la dignidad humana.

2. *La importancia de la regulación de la razón práctica para el adecuado desarrollo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y consolidación del constitucionalismo dialógico*

Del artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que la función principal de la Comisión

Nacional de los Derechos Humanos consiste en emitir recomendaciones ante la violación de derechos humanos por parte de autoridades públicas.

Éstas consisten en investigaciones que realizan los servidores públicos que trabajan en este organismo constitucional autónomo, ante quejas que presentan particulares ante la posible violación de este tipo de prerrogativas. En caso que el particular acredite que ha sufrido un menoscabo en éstas, se emite dicha recomendación, ante lo cual la autoridad la debe aceptar o negar, más no puede permanecer ante el silencio so pena de ser sancionado.

Desde un ámbito normativo, se puede señalar de manera parcial que este proceso debe ser acorde a la razón práctica, en la medida que de manera discursiva e inclusiva la víctima como la autoridad pueden mediar conflictos, en donde todas las partes afectadas, incluyendo a los familiares, se ven involucradas. Se señala que esto ocurre de manera parcial, ya que sólo se admiten quejas por parte de *ombudsperson*, ante violaciones frente a autoridades que emiten actos de naturaleza administrativa, sin que éstos quepan por parte de integrantes del Poder Judicial de la Federación, así como por parte de otros particulares.

Esto genera una distorsión en lo que implicaría seguir las reglas del discurso práctico racional, en la medida que niega la posibilidad que operadores jurisdiccionales puedan violar derechos humanos, o que otros particulares lo puedan hacer, lo cual reduce de manera significativa el ámbito de solución de conflictos al adoptar una óptica distorsionada de la realidad y con un costo de oportunidad injustificado que debe asumir la sociedad. En el primer supuesto, se asume una óptica epistémica errónea, ya que pareciera que quien juzga es incapaz de atender de controlar los derechos humanos lo cual es falso. En caso que se quisiera señalar que esto se hace, ya que para ello existen otros medios administrativos para poder responsabilizar a los operadores jurisdiccionales, éstos no tienen la misma eficacia que las recomendaciones por las cuáles pueden traducirse en cambios profundos institucionales.

Negar el que se puedan emitir recomendaciones ante violaciones de derechos humanos por parte de particulares, es desconocer la dimensión horizontal de estas prerrogativas, pese a que en el 2013 ya se permite hacer lo mismo a través del control de constitucionalidad que plantea el amparo, y que se encuentra regulado en su artículo 5o. de la Ley de Amparo en el párrafo segundo de su fracción II:

Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo:

II. [...] Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad,

que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

Se seguiría empleando un argumento *a fortiori* el que, si en este proceso jurisdiccional se permite el que se conozcan violaciones a derechos humanos de particulares cuando actúan como autoridades, con mayor razón debería la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y demás entes locales de conocer de este tipo de embates a estas prerrogativas. Lo contrario es inconsistente, inclusive con la reforma en materia de derechos humanos del 2011, al limitar de manera injustificada el ámbito de protección que deben gozar éstos, sobre todo tratándose de este organismo constitucional autónomo.

Cabe destacar además que, de conformidad con el inciso g) de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el *ombudsperson* cuenta con la facultad de interponer acciones de inconstitucionalidad frente a leyes que puedan violar los derechos humanos. Nuevamente la regulación en la materia inclusive, tratándose de la legislación reglamentaria, no establece mecanismo alguno por el cual se pueda respetar la razón práctica. Es decir, se trata de una atribución unipersonal en dónde, a pesar de las consecuencias que pueda tener, no existe participación de los diversos sectores sociales que puedan verse afectados.

Suponiendo, de manera hipotética, que se logra regular que la conformación de las defensorías de derechos humanos estuviesen integradas de manera inclusiva, respetando el principio de democracia material, de poco serviría esto, por más que en apariencia se diera un alto grado de credibilidad a la institución en cuestión. Esto se debe a que, aun así, la determinación sobre qué leyes violan derechos humanos o no, desconocería a las personas que esta elección pudiera afectar. Debe diferenciarse entre el ámbito inclusivo de conformación, respecto del de actuación, que lo guía la razón práctica. Ambos son caras de la misma moneda que hacen posible el que se contribuya a consolidar el constitucionalismo dialógico y plural. Fuera de ello, se corre el riesgo de tener un sistema que en apariencia toma en consideración una imagen de los intereses de la sociedad, pero que desconoce a ésta en cuanto a su impacto.

La misma crítica se puede aplicar, tratándose de las controversias constitucionales, toda vez que se regulan por el mismo ordenamiento jurídico que las acciones de inconstitucionalidad, en donde jamás se incluyen a los posibles afectados, y quien determina unilateralmente sobre la invasión de esferas es quien funge en calidad de presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos o del Consejo Consultivo. Cabe destacar que,

si bien existe un reglamento interno, también pueden señalarse otras funciones, como es el caso de las recomendaciones generales y de los informes especiales en las que ocurre algo similar.

En el primer supuesto, el artículo 44 de este ordenamiento interior, jamás se llama a la posible población afectada, a pesar que se tratan de instrumentos que captan violaciones sistémicas o preocupantes en materia de derechos humanos; y el cual se cita dado su importancia:

Artículo 44. (Recomendaciones generales)

El presidente de la Comisión Nacional someterá a consideración de los miembros del Consejo Consultivo el contenido de las recomendaciones generales que pretenda emitir; en este caso el texto propuesto deberá hacerse del conocimiento de los miembros del Consejo Consultivo al menos con dos semanas de anticipación a la fecha de la sesión en la cual se proponga su análisis y aprobación.

Como se puede apreciar, los sectores de la sociedad que podrían verse implicados, ni siquiera se les toma en consideración para determinar una agenda en la materia, restándole credibilidad a la figura del *ombudsperson*, a la vez que, una vez que se determine, es una cuestión de unilateralidad por parte de la institución si efectivamente ésta se toma en consideración.

En cambio, respecto de los artículos 174 y 175 de este reglamento interno que trata sobre los informes especiales, resulta aún más restringido, ya que aquí quien lleva a cabo la posibilidad de valorar análisis específicos sobre derechos humanos corresponde de manera exclusiva al presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, tal como se muestra en la cita de estos artículos que a continuación se realiza:

Artículo 174. (Informe especial)

Cuando la naturaleza del caso lo requiera por su importancia o gravedad, el presidente de la Comisión Nacional podrá presentar a la opinión pública y a las autoridades, informes especiales que contendrán en su texto los siguientes elementos: a) Presentación; b) Antecedentes; c) Acciones; d) Hechos; e) Observaciones, en las cuales se incluyan los logros obtenidos, la situación de particular gravedad que se presenta, las dificultades que para el desarrollo de las funciones de la Comisión Nacional hayan surgido, así como el resultado de las investigaciones sobre situaciones de carácter general o sobre alguna cuestión que revista especial trascendencia, y f) Conclusiones.

Artículo 175. (Seguimiento de informes especiales)

En el caso de informes especiales dirigidos a alguna autoridad, la Comisión Nacional no estará obligada a dar seguimiento; sin embargo, se hará

constar en el expediente respectivo toda aquella información que se reciba sobre las medidas que se hubieren tomado y la autoridad haga del conocimiento de la Comisión Nacional.

Como se puede constatar de este numeral, podrían existir varios sectores que, atendiendo a la importancia que representaría un informe para poder hacer valer sus pretensiones, resultaría obvio que éstos se vieran implicados en su diseño. Es decir, no bastaría el equipo de trabajo de este organismo constitucional autónomo para lograr la debida legitimidad de este tipo de informes.

Por lo anterior, se determina que también la razón práctica debe de establecerse como parámetro de actuación en el diseño de las políticas públicas, lineamientos y actuación del *ombudsperson*. En la medida que no se dé uno de los principios señalados, se estará ante un panorama deficiente que no corresponde a un constitucionalismo dialógico que pueda responder a las exigencias de estado plural. Si emite acciones justificadas conforme a la razón práctica, éstas podrán verse afectadas de legitimidad si no responden a la inclusión de los diversos actores sociales; y si los incluye y no sigue las reglas del discurso práctico racional, se asumen los costos ya señalados en detrimento de la población. Si bien estos dos principios no se pueden contener de manera perfecta, sí se puede hacer el esfuerzo para que, desde un ámbito regulativo, se pueda aspirar y en su caso intentar de alcanzar este ideal.

IV. TRASCENDENCIA INTERNACIONAL DEL PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA MATERIAL Y DE LA RAZÓN PRÁCTICA PARA CONSOLIDAR EL CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO POR EL *OMBUDSPERSON*

El considerar que la democracia material opera como un principio que se desarrolla primeramente en calidad de derecho humano, a la par que es necesario que se integre la razón práctica para que pueda operar un constitucionalismo dialógico que promueva el pluralismo, tiene un impacto internacional importante. Esto se debe a que ambos principios, al estar estrechamente vinculados, no pueden consolidarse de manera estrictamente local. Como bien lo señala Cardona Müller (2021), se trata de una prerrogativa de índole internacional.

Esto tiene dos implicaciones, sobre todo para las defensorías de derechos humanos, una en cuanto a su conformación, y otra en cuanto a su gestión, atendiendo al principio pro persona. Por un lado, de respetarse a cabalidad ambos principios, si bien el legislador y estos entes cuentan con

cierta libertad configurativa, ésta debe responder a aquella forma que pueda maximizar de la manera más eficaz y eficiente, acorde el contexto, el pleno respeto de los derechos humanos, tomando en consideración cómo a nivel regional y global éstas se han diseñado. Para mayor claridad, si en un Estado X, que ha firmado un tratado internacional de derechos humanos, se crea una defensoría Y con la organización Z que cuenta con lineamientos para que cuente con la representación de los diversos sectores sociales, la configuración de otro país deberá garantizar de manera similar la certeza en cuanto a la calidad que el primero ofrece.

Suponiendo que ambas demarcaciones jurídico-políticas cuentan con los mismos recursos, sería insensato que en un país se garanticen mejor los derechos humanos que en otro, cuando a ambos los atan compromisos idénticos a fin de que, en favor del principio pro persona, se logre que la población pueda gozar de manera eficaz y eficiente de estas prerrogativas. Es decir, el argumento de la soberanía no debería ser justificación para que un país otorgue y garantice mejores derechos que otro por el simple hecho de que, en la libertad configurativa organizacional, uno adoptó una estructura de mayor calidad que otra.

Por lo tanto, el marco de discrecionalidad para configurar ambas instituciones por los diversos Estados, debe traducirse en que, atendiendo a contextos similares, la estructura debe ser tal que ambos puedan dar un trato homologado en derechos, so pena de violar tanto el principio de democracia material como el de razón práctica. Dicho de otra manera, la organización institucional puede ser tan diferente, en la medida que no excluya a nadie, y siempre que la población pueda tener resultados similares o idénticos.

Es obvio que jamás existirán dos países con contextos idénticos, al grado tal que inclusive podría ser debatible el que se intente asemejar en las sociedades contemporáneas alguna similitud. Con lo cual podría parecer que es imposible e inconsistente intentar de igualar ambas circunstancias, tratándose de la organización de las instituciones, por más que una u otra sea inclusiva. Inclusive se podría señalar que en la medida que se trate de dos soberanías distintas, existen varios factores que están fuera del alcance de sus integrantes, que varían desde las peculiaridades de sus integrantes hasta la creatividad de las políticas y lineamientos que se adopten.

Este razonamiento no se sostiene en cuanto a las implicaciones de ambos principios en la gestión o procesos que llevan a cabo. Lo que se ignora a nivel internacional, y que no se ha logrado aprender, es precisamente que estos valores también obligan a sus destinatarios a homologar la forma de actuar para que los resultados sean lo más homogéneos posibles. A efecto

de buscar disminuir las injusticias y desigualdades, es importante que, en la pluralidad, exista el diálogo entre instituciones y países para que los procesos también conlleven el garantizar la igualdad sustantiva entre los diversos destinatarios. Esto implica que no es válido cerrar las fronteras si se ha de tomar en serio ambos principios.

Con esto no se pretende negar que en la realidad existen diversos intereses particulares y de otra índole que, aunque no estén justificados, han permitido que las fronteras entre países se erijan como serios obstáculos para garantizar de manera plena los derechos humanos. Lo que busca es establecer cómo las instituciones, con sus personas, deberían operar en un marco normativo, si se ha de contribuir a conformar un constitucionalismo dialógico a favor del pluralismo. Las fronteras en teoría deberían de romperse y asumir este paradigma; o en su caso, sólo deberían ser referentes estratégicos, pero no en la medida que puedan vulnerar la dignidad de las personas en poder realizar sus proyectos de vida.

Surge entonces la interrogante, consistente en que si ya no es viable hablar de democracias nacionales en el sentido de que se excluyan derechos, por ser esta forma de gobierno una prerrogativa colectiva de toda la población, ¿cómo debe actuar el *ombudsperson* para ser congruente y consistente con los derechos humanos? En este sentido, valorativo, se requiere que las diversas defensorías logren hacer propio este discurso, para poder erradicar las fronteras en el sentido que actualmente se les da, por el que se impide que las personas en una latitud gocen de mayores derechos humanos que en otra.

Esto se traduce en no desconocer las autoridades nacionales, pero sí llevar cada vez una deliberación que contribuya a colmar los principios de referencia, es decir, a dar pauta, si bien no a un constitucionalismo global, sí a uno cosmopolita tal como lo promovió en su momento Jürgen Habermas (Núñez, 2018). Es decir, atendiendo a la creciente interdependencia que existe entre las naciones, en donde existe una mayor aceptación de los tratados internacionales como referentes de obligaciones jurídicas en sede interna, es importante el que se logre concretar de manera más o menos homologada estas prerrogativas de las personas sin importar la localidad en donde se encuentren.

A través del intercambio discursivo de experiencias y expectativas en cuanto a derechos humanos, el *ombudsperson* puede, en el ámbito de su autonomía, hacer frente al hiperpresidencialismo que se ve por lo general en varias latitudes, como es el caso de la región latinoamericana. A manera de ejemplo, a la vez que se consolida por parte de la Comisión y la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, una teoría de lo que implica la democracia y cómo garantizar las prerrogativas de las personas, atendiendo a sistemas jurídicos similares, se podría aprovechar este factor en común para poder dar pauta a directrices no vinculantes, pero vía presión, para que se logre integrar ambos principios en los ordenamientos constitucionales de los países del continente americano. Esto implica que no se debería de desaprovechar la innovación que se pueda dar en la materia, por el vínculo cultural, jurídico e histórico por el cual puede unir a la región, ya que esto contribuiría a mantener los altos índices de desigualdad social y económica que existen hasta la fecha.

V. CONCLUSIONES

A través de este capítulo se mostró la importancia de contribuir a consolidar un constitucionalismo dialógico desde la óptica del postpositivismo jurídico, en donde se justificó la importancia que tienen los principios de la democracia material, así como los de la razón práctica. Esto requiere aceptar que en la medida que la democracia sea una prerrogativa colectiva de todos los pueblos, que no reconoce frontera alguna, implicará que las instituciones en los diversos países necesitan llevar a cabo procesos discursivos para buscar homologar los derechos humanos y hacer posibles formas de gobierno que tengan como base el pluralismo, en donde su conformación y procesos sean auténticamente inclusivos, y se lleven de conformidad con la razón práctica.

Además, se hizo hincapié en la importancia que tiene la figura del *ombudsperson* como ente que, por su cercanía con la población, puede llevar a cabo la integración regional e internacional de estos principios. Al analizar la regulación del Estado mexicano, se logró mostrar que existen varios retos regulativos a nivel nacional para que esto suceda; empero, se trata de una situación que trasciende fronteras y que de manera paulatina se debe poder hacer frente, con el propósito de abrir las puertas a un constitucionalismo cosmopolita en donde las fronteras no sean impedimento para el pleno disfrute de los derechos humanos.

Por último, ante el desgaste y poca legitimidad que tienen las democracias a nivel global, y sobre todo en la región latinoamericana; es importante que se logre un mayor diálogo entre las defensorías de los derechos humanos, a efecto de lograr innovar y hacer palpables los principios de referencia, ya que el coste que puede asumir la población es demasiado alto como para poder abrir las puertas al absolutismo o formas de gobierno que niegan y violentan la dignidad de las personas, a la vez que impiden que éstas desa-

rollen sus proyectos de vida. Esto implica que sólo en la medida que exista discurso entre naciones que se traten con respeto, se podrá señalar que entonces todas las personas efectivamente son iguales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CARDONA MÜLLER, G., 2021. “La obligatoriedad de adoptar en sede nacional el control de convencionalidad en materia democrática a la luz del estudio de caso de la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018 resuelta por el pleno de la SCJN”, *Interpretación y argumentación jurídica de los Derechos Humanos*, Guadalajara, Comisión Estatal de los Derechos Humanos.
- FERRAJOLI, L., 2010. *Derechos y garantías*, México, Trotta.
- FOA, R. y MOUNK, Y., 2017. *The Signs of Deconsolidation*. *Journal of Democracy*, disponible en <https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-signs-of-deconsolidation/>.
- GARGARELLA, R., 2021. *El derecho como conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.
- INEGI, 2020. *Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental 2019*, disponible en https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/encig/2019/doc/encig2019_principales_resultados.pdf, consultado el 20 de agosto del 2021.
- KANT, I., 2017. *Crítica de la razón práctica*, México, Fondo de Cultura Económica.
- LIFANTE VIDAL, I., 2009. “Sobre el concepto de representación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 32.
- NÚÑEZ DONALD, C., 2018. “Häbermas y el constitucionalismo cosmopolita: una reconstrucción argumentativa”, *Anales. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, disponible en <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJur/soc/article/view/5204>.