

LA JUSTICIA LOCAL Y EL CONTROL DIFUSO DE LA CONVENCIONALIDAD EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

CLAUDIO ANTONIO GRANADOS MACÍAS*

Afirmar que el recurso de amparo sólo procede contra actos de autoridad, implica dar por bueno el presupuesto de que las lesiones de los derechos fundamentales sólo pueden motivarlas los poderes públicos.

Pedro de Vega García

1. INTRODUCCIÓN

Hablar de los derechos de los usuarios de servicios públicos, implica razonar acerca del término “derecho” el cual se nutre de un conjunto de letras al que habitualmente otorgamos diferentes significados atendiendo el contexto en que lo invocamos; interesa destacar solamente dos de estos significados, partiendo de la siguiente cita:

- El derecho prohíbe el homicidio.
- Todos los ciudadanos tienen el derecho de reunirse de forma pacífica siempre que no se porten armas.

En el primer enunciado, el término “derecho” hace referencia a un conjunto de reglas o de normas: es aquello que se suele denominar “derecho objetivo”. En el

* Profesor Investigador titular C del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel I.

segundo, el mismo término se refiere en cambio a un atributo propio de ciertos sujetos: es lo que se denomina “derecho subjetivo”.¹

Un derecho subjetivo no es más que una pretensión atribuida a un sujeto o a una clase de sujetos, frente a otro sujeto o a otra clase de sujetos, a los que se les impone una obligación correlativa. Poseer un derecho subjetivo frente a un determinado sujeto significa que es posible exigirle un determinado comportamiento: ese es el contenido del derecho subjetivo. El contenido de un derecho, en definitiva, no es más que el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto.²

Los derechos son atributos que corresponden a sujetos, en particular a sujetos humanos. Los derechos son cualidades que los hombres poseen, si, y sólo si, les son atribuidos por normas jurídicas, es decir por el derecho objetivo. Es importante destacar dos elementos que pasan a constituir la noción de derecho (en sentido subjetivo): a) una pretensión, y b) una justificación que aporte el fundamento a dicha pretensión.³

Un derecho (subjetivo) por definición, debe estar justificado por, o fundado en, una norma. Pero naturalmente, las normas que aportan el fundamento a los diferentes derechos pueden pertenecer a sistemas normativos diferentes.

Para atribuir un derecho es suficiente una norma formulada, precisamente, como norma que atribuye derechos. Para garantizar un derecho no es suficiente proclamarlo, es necesario además disponer de los mecanismos adecuados para su protección. La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere. Puede ser establecida sólo por otra norma que instituya mecanismos aptos para prevenir la violación de la primera, es decir, que prevea remedios para el caso de que la primera haya sido violada.

En los ordenamientos jurídicos contemporáneos los derechos están garantizados por mecanismos jurisdiccionales (no exclusivamente, porque los derechos pueden ser, y a menudo son, garantizados mediante otros sistemas; en general, funcionan como garantía de los derechos todas aquellas técnicas de organización

1 Cfr. Guastini, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, 1ª ed., México, Fontamara, 2001, p. 214.

2 Cfr. *Idem*.

3 Cfr. *Ibidem*, p. 215.

constitucional que pueden ser reconducidas a la separación de poderes y, por ello, a la creación de contrapoderes).⁴

La tutela jurisdiccional de un derecho presupone por lo menos dos cosas:

- Que el derecho en cuestión posea un contenido preciso.
- Que el derecho en cuestión pueda ser ejercitado o reivindicado frente a un sujeto determinado también de forma precisa.

En resumen, un derecho de un sujeto determinado es susceptible de tutela jurisdiccional si, y sólo si, a ese derecho le corresponde el deber de otro sujeto claramente determinado y si el deber en cuestión se refiere a un comportamiento igualmente determinado.

Sobre esta base podemos distinguir entre “verdaderos” derechos y derechos “sobre el papel”:

- Son verdaderos derechos aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones: ser susceptibles de tutela jurisdiccional; ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado, y que su contenido consista en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que será su titular.
- Son derechos sobre el papel todos aquellos que no satisfacen alguna de estas condiciones.

Algunos derechos suelen ser denominados “fundamentales” con el objetivo de destacar su importancia decisiva. Sin embargo, en este contexto, el término “fundamental” no significa solamente importancia. La expresión “derechos fundamentales” parece encerrar dos matices de significado: por un lado, se dicen fundamentales aquellos derechos que dan fundamento al sistema jurídico; por otro, se dicen fundamentales aquellos derechos que no requieren fundamento del sistema jurídico.⁵

El contenido de un derecho atribuido a un sujeto no es más que una obligación que recae sobre otro sujeto. Se puede clasificar a los derechos fundamentales si su contenido consiste en una obligación de hacer o de omitir, así que:

4 Cfr. *Ibidem*, p. 220.

5 Cfr. *Ibidem*, p. 221.

- Por un lado, existen derechos fundamentales cuyo contenido es una acción del Estado; es el caso de los derechos que suelen ser denominados “sociales”, como el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho al agua, etc.
- Por otro, existen derechos fundamentales cuyo contenido es una omisión (abstención) del Estado; como acontece con los derechos de libertad.

En la mayoría de los casos, los derechos sociales son derechos imposibles. Las disposiciones que, en muchas Constituciones contemporáneas, confieren derechos sociales son celebradas de forma engañosa, ya que han sido formuladas como normas atributivas de derechos, pero en realidad no confieren ningún verdadero derecho. Ello por diferentes razones.

Las disposiciones constitucionales que confieren derechos sociales expresan normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador, es decir, normas que ordenan al legislador que realice un cierto programa de reforma económico, social o de perseguir determinados objetivos, por lo que se consideran como normas incompletas, viéndose requeridas por una norma ulterior que las reglamente y las pueda hacer operativas.⁶

Sin embargo, aunque estos derechos tuvieran un contenido preciso, tampoco estarían asegurados mediante garantías jurisdiccionales si el legislador no dicta las leyes que hagan posible la operación de la garantía jurisdiccional, lo que ocasiona que un derecho fundamental de orden social o cuya naturaleza sea colectiva o difusa, sea prácticamente condenado al fracaso en el sistema jurídico mexicano, al carecer de materialización, condenando al derecho a permanecer como un manifiesto de buenas intenciones o una declaración romántica cuya inspiración proviene de un noble propósito, impulsado por el afán modernista de reconocer derechos a una sociedad moderna, en un contexto social donde el derecho será virtualmente imposible de cumplir, por carecer el Estado de medios suficientes para materializarlo o cumplirlo.

De lo anterior se desprende que los usuarios de servicios públicos, partiendo de la naturaleza y clase del servicio público del que son usuarios, estarán en la posibilidad de sufrir, en detrimento de su persona, la violación de un “derecho fundamental”, el cual, al no ser validado mediante un mecanismo de defensa, este no será por tanto considerado como un derecho y mucho menos como fundamental, reduciéndose todo a ser un breve manifiesto de buenos propósitos.

6 Cfr. *Ibidem*, p. 224 y Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, vol. I, Buenos Aires, Ediar, 1993, pp. 190-191.

El caso que nos ocupa, para ejemplificar la vulneración de derechos, estudia, en lo particular, la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado cuando en lugar de ser prestado por la autoridad municipal, ha sido concesionado a una entidad del derecho privado que, en el ejercicio de sus funciones, puede vulnerar derechos fundamentales, en perjuicio de los usuarios⁷ de un servicio público estratégico, reservado en el orden constitucional hasta los años ochenta del siglo pasado con exclusividad al Estado.

Ha sido a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) que la comunidad internacional ha desarrollado con mayor detalle el derecho al agua que ha sido incorporado al texto constitucional en el artículo 4° párrafo sexto.⁸ Es importante decir que el Senado de la República ratificó el Pacto el 18 de diciembre de 1980, acto jurídico que se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 12 de mayo de 1981, donde se señaló que dicha norma comenzaría a ser vinculante para el país a partir del 23 de marzo de 1981. Al ratificar este instrumento, el Estado mexicano aceptó voluntariamente las obligaciones para realizar progresivamente, y utilizando el máximo de los recursos disponibles, el derecho al agua que, como ha señalado el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC), es esencial para alcanzar un nivel de vida adecuado.

De acuerdo con el Comité DESC —órgano especializado encargado de vigilar la aplicación del PIDESC y facultado por la ONU para realizar la interpretación autorizada del mismo— el derecho al agua se desprende de los artículos 11.1 y 12 del Pacto.

La Observación General (OG) número 15 ha detallado con mucha precisión el contenido esencial de dicho derecho, así como las obligaciones que adquieren los Estados al firmar el instrumento.

En la OG 15 el Comité DESC ha establecido que “El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”.⁹ Considera el Comité que este

7 La vulneración se concreta con lo señalado en el artículo 104 de la Ley del Agua del Estado de Aguascalientes, que faculta al concesionario para suspender el suministro de agua potable, por falta de pago.

8 Cfr. Reforma publicada en el DOF del 08 de febrero de 2012.

9 El artículo 4° párrafo sexto señala: “Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modali-

derecho se encuadra con toda claridad en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado porque es una condición necesaria para la supervivencia. Y aunque en la Observación se señala que en la asignación del agua debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos, también los Estados deben reconocer que se trata de un bien que es indispensable para el ejercicio de otros derechos como el de alimentación adecuada, higiene ambiental, salud, derecho a ganarse la vida mediante un trabajo, derecho a disfrutar determinadas prácticas culturales.

Asimismo, la Observación señala que los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas. Expresamente establece que lo adecuado del agua no debe interpretarse de forma restrictiva, simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnológicas. El agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras.

Ahora bien, debido a que lo adecuado para el ejercicio del derecho puede variar en función de distintas condiciones que existan en cada región, existen cinco factores que se deben aplicar en cualesquiera circunstancias.

- Disponibilidad. Esto significa que el suministro de agua para cada persona debe ser continuo y suficiente para el uso personal y doméstico.
- Calidad. El Comité, además de señalar que el agua debe ser suficiente, establece que debe estar libre de agentes que puedan ser dañinos para la salud: microorganismos y sustancias químicas o radioactivas. Debido a que, en el mundo, y especialmente en los países menos desarrollados, un porcentaje alto de las enfermedades se transmiten a través del agua, el Comité se ha preocupado por establecer que el recurso al que puedan tener acceso las personas debe ser salubre con un color, olor y sabor aceptables. Para la elaboración de normas nacionales que aseguren la inocuidad del agua, el Comité remite a las Guías para la Calidad del Agua Potable emitidas por la Organización Mundial de la Salud.

dades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.” Como puede observarse adopta lo señalado en la Observación General núm. 15.

- Accesibilidad física. En tercer lugar, tener derecho al agua supone que las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. En cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo debe haber un suministro de agua o, por lo menos, la posibilidad de tener acceso a alguno que esté en sus cercanías inmediatas.
- Asequibilidad o accesibilidad económica. Esto significa que el agua y los servicios e instalaciones que permitan acceder a ella deben ser asequibles en relación con el ingreso de las personas. El Comité establece que los costos asociados con el abastecimiento del agua no deben comprometer la capacidad de las personas para acceder a otros bienes esenciales como salud, educación, vivienda u otros derechos.
- No discriminación. Con base en el concepto de no discriminación, el Comité establece que el agua salubre y los servicios deben estar al alcance físico y económico de todas las personas y especialmente de aquellas que históricamente no han podido ejercer este derecho por motivos de raza, religión, origen nacional, o cualquier otro de los motivos que están prohibidos.¹⁰

En diversos foros mundiales se ha proclamado el derecho al agua como un derecho humano, tal es el caso del celebrado en Ginebra en 2005, donde se señaló al respecto lo siguiente:

- El acceso al agua es un derecho humano fundamental.
- El agua es un bien común que pertenece a todos los seres humanos del que nadie puede apropiarse.
- La gestión del agua debe ser democrática a todos los niveles.
- La financiación necesaria del agua debe ser garantizada colectivamente.¹¹

Además, a lo anterior, la Organización de las Naciones Unidas, desde 2003, ha proclamado los principios del derecho al agua potable destacando:

- Es derecho de todo ser humano a disponer de una cantidad suficiente para consumir agua potable.
- El agua debe cumplir con los estándares máximos para ser consumida.

10 Cfr. Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “El derecho fundamental al agua en México; un instrumento de protección para las personas y ecosistemas”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 18, enero – junio 2008, p. 11.

11 Cfr. Herren, Pascal, Joerchel, Abstiene, *Derecho al Agua – Derecho Humano*, Berna/Lausana, Fame, 2005, p. 2.

- El centro de abastecimiento debe estar próximo a la residencia y ser de fácil acceso.
- Acceder al consumo del agua no puede significar renunciar al consumo de otros bienes vitales.¹²

Con frecuencia, en los debates internacionales se ha señalado que el reconocimiento del agua como derecho humano, podría constituir el paso más importante para abordar el desafío de brindar a la población el elemento más básico de la vida. Un tema recurrente en el debate sobre el agua como derecho humano, ha sido el reconocimiento de que contar con ésta, es una precondition indispensable para alcanzar todos los demás derechos humanos. Se sostiene que, sin el acceso equitativo a un requerimiento mínimo de agua potable, serían inalcanzables otros derechos establecidos, como el derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y para el bienestar, así como los derechos civiles y políticos.

Se considera que el lenguaje de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que constituye el cimiento de las declaraciones posteriores, no estuvo destinado a incluir todos los derechos, sino más bien a reflejar los componentes de un nivel de vida adecuado. La exclusión del acceso al agua como un derecho explícito se debió sobre todo a su naturaleza; al igual que el aire, el agua fue considerada un elemento tan fundamental que se creyó innecesario mencionarla explícitamente.

Muchas de las organizaciones que diseñan las políticas públicas, así como los defensores de los derechos humanos, han hecho un llamado a que se establezca que el acceso al agua potable es un derecho humano, porque consideran que este reconocimiento, es un paso esencial para asegurar que se realicen acciones en nombre de aquellos que carecen de dicho acceso. Estas personas piensan que la obligación legal proveniente de dicho reconocimiento, motivaría a los gobiernos de los países en vías de desarrollo y de los países donantes a realizar cambios efectivos en las políticas internas y de ayuda, a asignar recursos, así como a brindar a los grupos de ciudadanos bases sólidas a partir de las cuales puedan ejercer presión sobre los gobiernos.

Cuando en noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), de la Organización de las Naciones Unidas, en la Observación general no. 15 sobre el cumplimiento de los artículos 11 y 12 del Pacto Inter-

12 Cfr. UNESCO, Informe Agua y cambio climático, 2020, <https://es.unesco.org/themes/water-security/wwap/wwdr/2020>

nacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales (PIDESC), establecieron que “el derecho humano al agua segura es un derecho humano fundamental”, además de señalar que es un “pre-requisito para la realización de otros derechos humanos”. La observación fue ratificada por 146 países donde se comprometieron a velar porque la población tenga progresivamente acceso al agua potable segura y a instalaciones de saneamiento, de forma equitativa y sin discriminación, adoptando estrategias y planes de acción nacionales que les permitan “aproximarse de forma rápida y eficaz a la realización total del derecho a tener agua”.

Lo anterior nos da una clara idea de cómo un “derecho”, aun cuando se proclama y reconoce como “fundamental”, si no tiene un medio de defensa es un bello poema, un ideal, más nunca un verdadero derecho.

2. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE A TERCEROS

La construcción de la sociedad contemporánea se enfrenta a diversos dilemas entre los que se destaca el planteamiento que cuestiona el alcance de los derechos humanos ¿frente o contra quién? Preguntarse por los derechos del hombre “frente” o “contra” quién, es muy similar a preguntarse “ante” quién son oponibles, ante quién pueden hacerse valer o, en otros términos, cuál es el sujeto pasivo que se personaliza en ese quién. Y por supuesto, si lo encontramos, cuál es la obligación a su cargo.¹³

En general el “quién” es doble: el Estado, y los demás hombres. En cada derecho, el sujeto pasivo se personalizará en uno o en otro, o en ambos. Y ese “quién” podrá tener, según los casos una clase de obligación u omisión.¹⁴

En la historia constitucional encontramos una clara evolución de los derechos humanos, en particular de los derechos personales, donde el “frente” o “contra” quién, fue como lo señaló Hauriou, motivo de gran desigualdad, primero se dio frente a los señores feudales, al rey o al emperador. Habría que repasar el caso de los fueros y las Cartas Puebla en España, o la Carta Magna inglesa. Cuando se inicia la era del constitucionalismo moderno, el “frente” o “contra” quién recibe una apertura, que es la que hoy se ensancha en la doctrina de los derechos humanos. Se comienza con la generalización de los derechos frente al Estado, en

13 Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, 2ª reimp., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 25.

14 Cfr. *Idem*.

la embestida contra el absolutismo político, al feudalismo, a todo aquello que evoque el antiguo régimen. Y se llega al *erga omnes* contemporáneo, con el que el “frente” o “contra” quién significa “ante todos” –Estado y demás hombres-.¹⁵

El uso de los vocablos “frente” o “contra” proviene, conceptual e idiomáticamente, del sentido de reivindicación con que las valoraciones sociales pretendieron los derechos, que, con el tiempo, no les eran reconocidos, o les eran violados.

3. UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Desde la declaración del 26 de agosto de 1789 se ha invocado a los derechos del hombre, naturales a su persona, innatos o primarios o fundamentales. De inmediato se dijo, para imprimirles su estatus supremo, que son inmutables, eternos, supra temporales, universales. Se les llamó dogmáticos para sustraerlos de toda discusión futura, y resguardarlos para siempre a favor de todos, en todas partes, y nada más que por el solo hecho de pertenecer al hombre.

Así el constitucionalismo moderno, entendido como técnica específica de limitación del poder con la finalidad de garantía, nace con la Constitución federal americana de 1787¹⁶ que recibe el antecedente de las constituciones de las colonias creadas una vez declarada la independencia en 1776, particularmente con la de Virginia y su declaración de derechos. De lo anterior se desprende que:

- a) en la doctrina de los derechos humanos subyace una exigencia ideal; b) la formulación de los derechos humanos se postula como universalmente válida; c) los derechos humanos son superiores y anteriores al Estado y, por eso mismo, inalienables e imprescriptibles; y d) los derechos humanos significan una estimativa axiológica en virtud del valor justicia, que se impone al Estado y al derecho positivo.¹⁷

La universalidad de los derechos humanos quiere significar que le son debidos al hombre –a cada uno y a todos, en todas partes–, es decir, en todos los Estados, pero conforme a la situación histórica, temporal, y espacial que rodea a la convivencia de esos hombres en ese Estado. La exigencia del valor no traza límites sectoriales, ni en cuanto a espacios territoriales, ni en cuanto a ámbitos humanos; pero se acomoda a los ambientes históricos que se circunscriben geográfica y demográficamente. El modo de realización de los derechos exigido por el valor

15 Cfr. *Idem*.

16 Cfr. Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2003, p. 77.

17 Bidart Campos, Germán, J., *op. cit.*, pp. 29-30.

es, por propia naturaleza y vocación de encarnadura histórica del mismo valor, variable y dependiente de las situaciones político – jurídicas. La universalidad se une con la igualdad de todos los hombres en cualquier tiempo y lugar, pero salvada idéntica conexión del valor con las circunstancias históricas.¹⁸

Queda claro que el concepto de derechos humanos y su reformulación se da en torno a sus valores, a su evolución y apertura, de ahí que entre en crisis con la concepción del constitucionalismo liberal burgués.

4. LA CRISIS DE LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL CLÁSICA Y LA INEFECTIVIDAD DEL JUICIO DE AMPARO

La globalización ha planteado la necesidad de homologar los esquemas normativos mundiales, ampliar el sistema universal de los derechos humanos y la armonización constitucional. Al concluir la Segunda Guerra Mundial las naciones del bloque occidental reorganizaron su arquitectura constitucional al modelo norteamericano, con las singularidades que su desarrollo jurídico-cultural requería, partiendo de establecer un conjunto de garantías constitucionales que ejercieran el control de la constitución cuando se produjera una violación de la norma fundamental en perjuicio de sus gobernados y del propio funcionamiento de los órganos del Estado. Así el resto del mundo ante el fenómeno de la globalización va reorientando su arquitectura constitucional para establecer un conjunto de principios que reconozca, otorgue libertades y derechos y se organice bajo un sistema de frenos y contrapesos para mantenerse insertado en la comunidad internacional, tal es el caso de la República Popular de China que, para participar en el comercio mundial en 1982, estructuró su Estado a través de una nueva carta constitucional de corte occidental.

Lo anterior ha permitido la construcción de esquemas globales donde los textos constitucionales responden a similares criterios, en los ámbitos de aplicación de las normas, que se enfrentan a similares problemas, destacando el caso de la violación de derechos humanos efectuada por terceros que ejercen funciones públicas, donde el sistema de garantías constitucionales es ineficiente, ya que la protección de los medios de tradicionales son ineficientes frente a violaciones producidas por grupos o corporaciones que realizan funciones de poder y que el Estado se ve incapaz de regular o contener.

18 Cfr. *Ibidem*, p. 34.

Testimonio fehaciente de esa impotencia y del distanciamiento cada vez más palpable entre la realidad jurídico – normativa y la realidad político – social, lo representaba el juicio de amparo y uno de sus elementos esenciales: “la relatividad de las sentencias”. ¿De qué sirve el juicio de amparo, si para ejercitarlo no todos los derechos recogidos en el texto constitucional entran en su órbita de actuación, ni el juicio procede contra actos que, aun conculcando derechos susceptibles de amparo, no procedan de la actuación de los poderes públicos? Respecto al primer supuesto, el artículo 103 de la Constitución señalaba antes de la reforma constitucional de 2011 y la de la ley de amparo de 2013, “serán susceptibles de amparo las garantías individuales”. En relación al segundo, la Ley de Amparo se encargaba de señalar que el juicio procedía “por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales”, es decir el amparo solo protegía frente a violaciones de derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado.

De este modo, surgían dos interrogantes: 1. ¿Qué sentido tenía y cómo se explicaba que se protegiera con el juicio de amparo unos derechos y se relegaran otros al olvido? 2. ¿Cómo se justificaba que los derechos acogidos al amparo sólo fueran defendibles cuando sus violaciones procedieran de actos de los poderes públicos, y no se pudieran ejercitar si la lesión de los mismos bienes jurídicos la realizaba un particular?

La respuesta a la primer interrogante la encontramos en la teoría del Estado liberal de derecho clásico en los postulados de Kant, que señaló: “El estado civil como Estado jurídico está fundado en los siguientes principios a priori: 1) la libertad de todo miembro de la sociedad como ser humano; 2) la igualdad del mismo respecto a todos los demás como súbdito; 3) la independencia de todo miembro de una comunidad como ciudadano”.¹⁹

Sobre los mismos valores kantianos los constructores del Estado Constitucional moderno consagraron la premisa de reconocer los derechos del hombre concretados a la abstracta idea de libertad, misma que en ningún caso y bajo ninguna circunstancia podían ser erosionados por el pacto social. Se comprende de este modo que, al concebirse los derechos fundamentales como un *a priori* his-

19 Vega García, Pedro de, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales”. *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 690.

tórico y conceptual a la Constitución, reconfiguran igualmente como un bloque de valores absolutos no susceptibles de limitación alguna.

Cada derecho tiene valor en la medida en que otro derecho jerárquicamente superior, o más especial, permite su existencia, con lo cual, las viejas formulaciones de la concepción clásica de los derechos, perdidas en la abstracción y en el idealismo, dejaban de tener sentido. Ni los derechos fundamentales pueden considerarse como valores absolutos, ni puede procederse tampoco al tratamiento unitario y en bloque de los mismos. Cuando las Constituciones hablan actualmente de derechos y libertades, la expresión se refiere ya a entidades heterogéneas, no reducibles a un mismo orden conceptual y, por lo tanto, susceptibles de consideraciones jurídicas diferentes.

Una muestra de esas diferencias las elaboraron los constitucionalistas alemanes encabezados por Carl Schmitt cuando refería a la garantía constitucional que distinguía entre: a) situaciones jurídicas recomendadas; b) situaciones directamente garantizadas no accionables y c) situaciones directamente garantizadas no accionables.²⁰

El constitucionalismo moderno, impone en la cúspide de la pirámide jerárquica de los derechos lo que se conoce como derechos de posición o derechos inviolables o inherentes a la persona, es decir particularmente aquellos que protegen las libertades. Es precisamente a estos derechos a los que la Constitución otorga en el artículo 103 sin contradicciones, la protección a través del juicio de amparo. Es por ello, que la falta de protección ante la violación de derechos ocasionada por particulares en el ejercicio de las potestades públicas se corrige en la reforma de junio de 2011 y en la reglamentaria del artículo 103 y 107, al contemplar la procedencia del juicio de amparo por violación a normas generales, actos u omisiones que transgredan los derechos humanos y garantías reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado, protegiendo a las personas por actos de los poderes públicos o de los particulares en los términos que determina la ley. Es decir, se incorpora la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* (efecto frente a terceros de los derechos fundamentales).²¹

La confrontación entre el Estado liberal de derecho y el Estado social, surge por la imposibilidad de restituir mediante las garantías constitucionales su

20 Cfr. *Ibidem*, p. 691.

21 Cfr. Cárdenas, Jaime, La nueva ley de amparo, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 29, julio-diciembre 2013, p. 289.

vulneración, debido a que éstas fueron desarrolladas para reparar las libertades conculcadas, de ahí que la amplitud de alcance de las garantías constitucionales evolucionara al igual que los derechos. Afirmar que el juicio de amparo sólo procede contra actos de autoridad emanados de los agentes del Estado, implica dar por bueno el presupuesto de que las lesiones de los derechos fundamentales sólo pueden motivarlas los poderes públicos a través de la emisión de actos de autoridad. Para sostener y justificar esa ficción recurrió el Estado liberal a la separación entre la sociedad y el Estado, sobre la que estableció su ordenación política y su organización jurídica del mundo.²²

Partió la concepción liberal de la separación radical entre sociedad y el Estado, asignando a cada uno los términos del binomio de un estatuto jurídico diferente. De forma que, como correlato de la Constitución, concebida como estatuto jurídico del Estado, se proyectó en el ámbito de lo privado el Código Civil, al que se configuró como el estatuto jurídico más representativo de la sociedad.²³

Asentada la legislación en la sacrosanta trilogía de la generalidad de la ley, la igualdad ante la ley y la autonomía de la voluntad, nada tiene de extraño que fuera a través de la satisfacción y el cumplimiento de esos tres principios, como se pensaba que se podía realizar y garantizar jurídicamente la libertad del hombre sobre la tierra. Tieacker iusprivativista notable, hablaba del contenido materialmente constitucional de la codificación privada, en la medida en que el Código Civil daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres. Los únicos peligros que cabía imaginar para los derechos fundamentales quedaban reducidos a los derivados de las relaciones entre el individuo y el Estado.²⁴

Se planteó de este modo la teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiendo que era sólo el poder estatal el que podía conculcarlos. Hablar desde esas perspectivas de un juicio de amparo frente a posibles lesiones de los derechos fundamentales producidas por los particulares sujetos de derecho privado no pasaría, por lo tanto, de constituir una fantasía.²⁵

22 Cfr. Vega García, Pedro de, *op. cit.*, p. 692.

23 Cfr. *Ibidem*, p. 693.

24 Cfr. *Idem*.

25 Cfr. *Ibidem*, p. 694.

Hoy queda claro que la construcción jurídica liberal fue destrozada por la historia, ya que no se puede dejar de lado que asistimos a la quiebra de los principios de generalidad de la ley y de igualdad ante la ley, al tiempo que se produce un deterioro inevitable y progresivo del axioma privatista de la autonomía de la voluntad. En las sociedades actuales, a las que sociólogos como Jessup no dudan en calificar de corporativistas donde la descomposición del individualismo social burgués está viviendo su ocaso definitivo. Obligados los hombres, por un lado, a desarrollar su existencia en los ámbitos de las corporaciones y los grupos que conforman el tejido social, y constreñidos, por otro, a aceptar la disciplina que esas corporaciones les imponen, la relación poder – libertad no podrá ser ya interpretada en los términos en que restrictivamente lo hacía el constitucionalismo clásico. La aparición en el seno de la sociedad corporativista de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y su *dominium* con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado, determina un nuevo y más amplio entendimiento de la dialéctica poder – libertad.²⁶

Por otro lado, los procesos de privatización de las empresas públicas y el crecimiento de las empresas privadas han creado grandes corporaciones que se hacen gestoras y protagonistas de las normas sociales, poniendo de manifiesto que ni todo el derecho procede ya de la Constitución ni, lo que es más grave todavía, el derecho emanado en consonancia con la normatividad constitucional, es considerado como el más eficaz para resolver los problemas de la vida cotidiana. Si nos fijamos en el mundo laboral y sindical, constituye una evidencia palpable, en la mayoría de los países, que las normas reguladoras de la disciplina sindical se producen al margen, y muchas veces en contra, de la legalidad estatal. Lo que no tendría mayor trascendencia, si no fuera porque esos sectores privados, y jurídicamente autónomos, se convierten en los verdaderos centros de referencia para los individuos aisladamente considerados,²⁷ como los casos que se presentaron ante la Suprema Corte de Justicia que a continuación citaremos.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia durante el primer año de vigencia de la Constitución de 1917 emitió una sentencia donde estableció “que es obligación estricta, tanto para los particulares como para las autoridades, guardar respeto a la manifestación del pensamiento, y no coartar la circulación de los impresos en que aquél se consigne”. La sentencia esboza el primer intento por reconocer los

26 Cfr. *Idem*.

27 Cfr. *Ibidem*, pp. 694-695.

derechos humanos frente a terceros, cuando considera que la libertad de pensamiento no es considerada como un límite oponible únicamente al Estado, sino como un precepto que vincula a todos los posibles destinatarios de la norma.²⁸

La tesis no se repetiría sino hasta la década de los sesenta donde la Cuarta Sala de la anterior Suprema Corte conoció en amparo la exigencia de un trabajador, que pedía que el sindicato del cual formaba parte, le concediera a su hijo una beca para realizar sus estudios de Ingeniería; en virtud de que el contrato colectivo de trabajo que regía entre empresa y sindicato, obligaba a la primera a conceder una beca a los trabajadores sindicalizados y a los hijos de éstos para que pudieran realizar los mencionados estudios. La beca fue otorgada a uno de los hijos de los dirigentes sindicales, que ni siquiera cursaba la licenciatura; ante esta situación, el quejoso, se dirigió al sindicato solicitando que se concediera la beca a su hijo, lo que motivó que el sindicato, en represalia le impusiera una suspensión de ocho días laborales y la suspensión por un año de su derecho de voz y voto en las asambleas sindicales. En la demanda presentada ante las instancias laborales el quejoso señaló que con la imposición de las sanciones se habían conculcado en su perjuicio la garantía de audiencia y la de legalidad. La Junta de Conciliación dictó su fallo absolviendo al sindicato de las prestaciones demandadas bajo el argumento, de que en el procedimiento correspondiente, el sindicato no pudo haber violado en perjuicio del quejoso las garantías consagradas por los artículos 14 y 16 constitucionales, pues en su concepto, el respeto a las garantías debe vigilarse solamente en cuanto a los actos de autoridad y no con referencia a la aplicación de un estatuto particular como es el del sindicato.²⁹

La Suprema Corte de Justicia revoca el laudo emitido por el tribunal laboral y, una vez expuestos los argumentos, determina:

es indudable que, aún los organismos particulares como lo es un sindicato, deben respetar las garantías individuales consagradas en la Constitución en aquellos actos que afecten intereses de sus agremiados como son los castigos o sanciones que los impongan, ya que tales principios consagrados en la Ley Fundamental que nos rige, atañen directamente a la protección del individuo y de sus bienes.³⁰

28 Cfr. Amparo penal, Revisión del auto de suspensión. Cisneros Peña Arturo. 18 de octubre de 1917. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, t. I, p. 473, Mijangos y González, Javier, "El amparo en revisión 2/2000; una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 14, 2003, p. 89.

29 Cfr. *Ibidem*, p. 90.

30 *Ibidem*, p. 91.

De lo anterior se desprende que pretender en estas circunstancias, recurriendo a los principios de generalidad de la ley, de igualdad ante la ley y de autonomía de la voluntad, establecer las condiciones para que los hombres realicen y garanticen su libertad en la tierra, cuando es la propia lógica de la sociedad corporativista la que se encarga, por su cuenta, de transformarlos en fórmulas inservibles.

En cuanto al principio de generalidad de la ley, es preciso señalar que son los grupos y los intereses corporativos los que determinan en múltiples ocasiones, que las normas, concebidas abstractamente según el sistema liberal como normas generales para todos los individuos, se conviertan en normas *ad hoc*, de las que sus impulsores resultan luego sus más directos beneficiarios.³¹ Bordeau con razón ha señalado que la ley “ha dejado de ser la regla abstracta del comportamiento humano, para transformarse en medida concreta, en acto de confirmación política y, a menudo, en puro convenio entre los mismos grupos de intereses privados”.

En sociedades estructuradas en grupos, a los que los individuos se acogen voluntariamente, será el poder de esos grupos y corporaciones el que acabe siempre prevaleciendo sobre los ciudadanos aisladamente considerados. Las relaciones formales de igualdad entre los particulares se transforman entonces en relaciones de preeminencia en las que los grupos hacen valer su *dominium* en una doble perspectiva. Por un lado, el principio de igualdad ante la ley queda definitivamente conculcado, en la medida en que las disposiciones sancionadoras establecidas por los grupos contra las conductas de los sujetos aislados que se insertan en ellos, se hacen inevitablemente prevalecer sobre la voluntad de la ley; por otro lado, en cuanto a la actuación externa, la supremacía de unos grupos sobre otros,

31 Organizaciones civiles, las 49 integrantes de la red de Radiodifusoras y Televisoras Educativas y Culturales, así como más de 200 intelectuales, académicos y especialistas exigieron a los candidatos a la Presidencia y al Congreso manifestarse en contra de la llamada ley Televisa por significar el “más duro golpe a la soberanía del Estado” en materia de telecomunicaciones, violar la Constitución y pretender un “sobrecontrol” de las instituciones mexicanas. De no deslindarse de este proyecto y pedir su revisión, advirtieron, quedará en entredicho su respeto por el estado de derecho, la democracia y la soberanía. Al alertar sobre algunos de los riesgos de esta minuta, indicaron que el próximo presidente quedaría “maniatado” por los poderes fácticos de los grandes consorcios televisivos y, por otro lado, implicaría una “acta de defunción” para las radios educativas y culturales. En conferencia de prensa en la que convocaron a una movilización que se efectuará hoy a las 8 de la mañana frente a la torre de El Caballito, en Paseo de la Reforma, Aleida Calleja, de la Asociación Mundial de Radios Comunitarias, expresó que esta ley responde a una “visión electorera” y vulnera los derechos fundamentales de todos los mexicanos, al no garantizar el servicio y la función social de los medios electrónicos. Por ello expresaron su condena a esta iniciativa. Avilés, Karina, La nueva ley de radio y tv, el más duro golpe a la soberanía del Estado, La Jornada, martes 28 de marzo de 2006.

y en todo caso sobre los individuos aisladamente considerados, se traducirá en la imposición de condiciones que los más débiles forzosamente deberán aceptar.³² Seguir afirmando en estas condiciones la validez del principio de igualdad ante la ley, no pasaría de ser la consagración de una gran ironía.

Como consecuencia, precisamente de la ruptura de los principios de la generalidad de la ley y de la igualdad ante la ley y del dogma de la autonomía de la voluntad, en el que asentó su grandeza toda la construcción del derecho privado del Estado liberal, sufriría su conmoción más notable. Ante las situaciones de superioridad y preeminencia de unos sujetos sobre otros, que representan sin duda una de las características más significativas de la sociedad corporativista, difícilmente puede seguirse proclamando como dogma rector de las relaciones sociales la autonomía de la voluntad. Desde el momento en que comienzan a definirse y resolverse esas relaciones, tanto las contractuales como las extracontractuales, desde posiciones de supremacía y de poder, se establecerá la inevitable ruptura con los esquemas justificadores del dogma de la autonomía de la voluntad privada, cuyo fundamento último descansaba precisamente en el entendimiento de las relaciones entre particulares en términos de igualdad.³³

Condicionadas las sociedades modernas por la emergencia histórica de los múltiples poderes privados que operan en su seno, sólo ficticiamente cabe seguir manteniendo la tesis de que su estatuto jurídico continúa siendo el mismo que el de la sociedad liberal clásica. Máxime cuando esos poderes privados pasan no solo a ocupar un lugar relevante en el campo de las relaciones entre particulares, sino que además inciden en las decisiones políticas, asumiendo en muchas ocasiones con su actuación, un carácter público evidente. Al respecto señalaba Habermas:

la norma jurídica liberal, que errantes fundamentos de la existencia burguesa, en la actual fase de estrecha independencia de todos los sectores de la sociedad, no sólo impide llevar a cabo las realizaciones propias del Estado social, sino que bajo su protección los intereses privados organizados consiguen, a la inversa, ejercer su influencia sobre los órganos del Estado y condicionar su actuación. El poder social es hoy *eo ipso* poder político.³⁴

En estas circunstancias en las que el problema de la libertad del individuo cambia radicalmente de sesgo, Norberto Bobbio, ha captado la situación expresando:

32 Cfr. Vega García, Pedro de, *op. cit.*, pp. 695-696.

33 Cfr. *Ibidem*, p. 696.

34 *Idem*.

no importa que el individuo sea libre políticamente si después no es libre socialmente. Por debajo de la no libertad, como sujeción al poder del príncipe, hay una no libertad más profunda... y más difícilmente extirpable: la no libertad como sumisión al aparato productivo y a las grandes organizaciones del consenso y del disenso que la sociedad corporativa inevitablemente genera en su seno. El problema actual de la libertad, no puede restringirse ya al problema de la libertad del Estado y en el Estado, sino que afecta a la misma organización de la sociedad civil, afecta no al ciudadano en cuanto tal, esto es, al hombre entero en cuanto ser social.³⁵

Lo que significa que, procediendo con una elemental coherencia, la protección de los derechos fundamentales y la actuación de sus sistemas de garantías, no deberá reducirse a contemplar solamente las hipotéticas violaciones de los mismos procedentes de la acción de los poderes públicos, sino que habrá que tener en cuenta también las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares que, operando desde posiciones de privilegio y configurándose como auténticos poderes privados emulan, en ocasiones con ventaja, al propio poder público en su capacidad destructora de la libertad,³⁶ como es el caso de la empresa concesionaria del servicio de agua potable y alcantarillado en la ciudad de Aguascalientes.

Es por ello, que resultó indispensable la evolución jurisprudencial y los criterios de los tribunales constitucionales en México sobre todo en lo que se refiere al interés jurídico para acudir al amparo, de ahí lo importante de la reforma de 2011 y 2013 la primera constitucional y la segunda a la Ley de Amparo, para que, los alcances de la protección de los derechos humanos constitucionalizados y los derivados del derecho internacional fueran restaurados por violaciones cometidas por particulares, ya que como hemos señalado, la formulación clásica de los derechos fundamentales como límites frente al poder público, ha resultado insuficientes para dar respuesta a las violaciones de dichos derechos provenientes de los actos de los particulares. Fiorini al respecto señala:

hay interés jurídico simple en los jóvenes que desean ingresar a una casa universitaria de estudio; este interés jurídico simple se transforma en interés legítimo para aquellos jóvenes que han cumplido con los recaudos de los estudios secundarios para poderse inscribir como alumnos; y este interés legítimo se transforma en derecho subjetivo cuando se han cumplido todas las pruebas de suficiencia necesarias para poder obtener el título universitario.³⁷

35 *Ibidem*, pp. 696-697.

36 Cfr. *Idem*.

37 Iturbide Rivas, Arturo, "Se debe modificar la jurisprudencia tradicional sobre el interés jurídico para acudir al amparo", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 13, 2003, p. 21.

En suma, el interés legítimo es el reflejo de una utilidad que al gobernado le proporciona la actuación legal de la administración pública; aunque es necesario exigir al actor o recurrente la presencia de un factor especial que lo distinga de la generalidad de las personas.³⁸

5. LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS PRESTADOS POR PARTICULARES EN EL ESTADO DE AGUASCALIENTES

Hay autores que han señalado que:

dar una definición precisa que cubra todos los aspectos de manera tan amplia y compleja como la administración no es un asunto fácil, ya que puede no satisfacer todos los criterios y puede ofrecer el peligro de que por ese solo hecho se llegue a restar su importancia, o bien a destacar aquellos aspectos que probablemente quedaron sin incluir dentro de la definición.³⁹ En tal sentido, Brook Adams define a la administración como “la capacidad de coordinar hábilmente muchas energías sociales con frecuencia conflictivas, en un solo organismo, para que ellos puedan operar como una sola unidad.”⁴⁰

De la composición del concepto de administración, es necesario hacer una clara diferenciación, entre lo que entendemos por administración privada y pública, atendiendo a su naturaleza jurídica.

La administración privada se distingue de la administración pública en dos máximas de naturaleza jurídica:

- El particular puede hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley.
- La autoridad sólo puede hacer aquello que la ley le permite.

Además, debemos atender al fin de ambas instituciones, recordemos que la administración pública tiene *per se* el deber de prestar un servicio fundamental público sin perseguir lucro, aspecto éste último, que distingue a la administración privada.

Las diferencias de forma radican en:

- El tamaño de la administración pública, que suele ser superior con mucho a cualquier administración privada.

38 *Idem.*

39 Paulín, Carlos, *El Proceso Administrativo Público*, México, Porrúa, 1999, p. 1.

40 *Idem.*

- La complejidad de la administración pública, que tanto estructural como en los procedimientos es en consecuencia mayor, lo que dificulta la coordinación de sus partes y la correspondiente toma de decisiones.
- La administración pública tiene una integración de sus recursos humanos heterogénea, lo que deriva en un *mare magnum* carente de uniformidad y claridad en el sentido teleológico de la institución.⁴¹

Por mandato del artículo 16 constitucional “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandato escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento”. En complemento a lo anterior, la propia norma fundamental obliga a que los servidores públicos respeten el principio de legalidad o en caso contrario serán sujetos de responsabilidad.

El principio de legalidad, entendido como el deber de las autoridades y servidores públicos de actuar conforme a la norma jurídica, representa un presupuesto del Estado de Derecho, en tanto que el “Estado de Derecho significa que la regulación social es de este tipo: que se ha desterrado el arbitrio, los apetitos subjetivos, la casualidad, el capricho, la instancia del antojo individual del gobernante”.⁴²

Por ello, la fiscalización o vigilancia, verificación, comprobación y evaluación de las actividades de los órganos, dependencias y servidores públicos a cuyo cargo está el manejo de los fondos, los valores, los recursos, los bienes y los derechos del propio Estado, tiene como propósito determinar si su actuación se realizó con apego a las normas jurídicas vigentes. Actualmente, no queda a discusión lo indispensable que resulta para toda organización política o social contar con órganos de control y vigilancia que hagan posible descubrir las desviaciones de su actuación respecto de las disposiciones establecidas en la normativa que regula su desempeño y, en consecuencia, poder corregir tales desviaciones, a efecto de alcanzar los fines, objetivos y metas previstos. Todos ellos buscando el bienestar de la comunidad, a la que, en principio, tutela y protege. El control y la vigilancia de la administración pública se da desde fuera y desde dentro de la misma; administración en el primer caso, por medio de los órganos jurisdiccionales, del órgano legislativo, del órgano de fiscalización superior y del *ombudsman*; desde dentro, nuestra administración pública ejerce la función de fiscalización a través de la Contraloría del Estado, la Secretaría de Finanzas, de las contralorías inter-

41 Cfr. *Ibidem*, pp. 2-3.

42 *Ibidem.*, p. 23.

nas de cada una de las dependencias y entidades, así como por medio del recurso administrativo. El control se da de arriba hacia abajo y de abajo hacia arriba, de dentro hacia fuera de la administración pública y de fuera hacia dentro de la misma administración. Joan Sibirats al respecto señala:

No podemos aceptar una única perspectiva de control, de arriba abajo, existen, además otras perspectivas tanto o más decisivas: de abajo a arriba (en flujos de información, por ejemplo), de dentro de la administración hacia fuera (en el control de los recursos o servicios que se distribuyen), o de fuera a dentro (en las presiones de grupos de clientes o de interés en conseguir más recursos a cambio de ciertas concesiones o respaldos políticos o de otro tipo).⁴³

El ejercicio de la función pública de fiscalización tiene entre sus objetivos el control de la administración pública, con la pretensión de que sus operaciones se efectúen de conformidad con los planes, programas y presupuestos aprobados previamente, con la normativa en vigor y con las instrucciones impartidas. En opinión de José Trinidad Lanz Cárdenas, “en el campo de la función pública, por control debe entenderse el acto contable o técnico que realiza un poder, un órgano o un funcionario que tiene atribuida por la ley, la función de examinar la conveniencia o la legalidad de un acto o una serie de actos y la obligación de pronunciarse sobre ellos”.⁴⁴

El control externo de la administración pública se da a través de órganos jurisdiccionales, legislativos o por medio del órgano de fiscalización superior y el ombudsman.

El control de los órganos referidos tiene como propósito la acotación del poder y el aseguramiento de la racionalidad de su ejercicio, lo que predica la sujeción de la administración pública a un régimen de control que conviva con su autonomía. Existen dos sujetos en el control externo de la administración pública: el sujeto activo o controlador y el sujeto pasivo, que es la administración pública controlada.⁴⁵

5.1 El Control por medio de órganos jurisdiccionales

El control de la administración por medio de órganos jurisdiccionales, se da a través de ciertas instituciones judiciales o jurisdiccionales, caracterizados: I. Por

43 Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 298.

44 Lanz Cárdenas, José Trinidad, *La contraloría y el control interno en México*, México, FCE, 1987, p. 32.

45 Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo de Aguascalientes*, p. 299.

ser independientes de la administración pública; II. Porque su control versa sobre la posible inconstitucionalidad o ilegalidad del acto impugnado de la administración pública; III. Porque actúan en razón de una acción procesal ejercida por un demandante que lo mismo puede ser una autoridad o un administrado; y IV. Porque sus resoluciones pueden anular o dejar insubsistente el acto administrativo viciado.

A este respecto, el doctor Daniel Márquez Gómez hace notar que, desde el punto de vista material, el control judicial o jurisdiccional de la administración es el que realizan los órganos dotados de facultades materialmente jurisdiccionales, sin importar si son órganos formalmente integrados al poder judicial o se encuentran encuadrados formalmente en la administración. La característica fundamental es que puedan aplicar el derecho en el caso concreto, en ejercicio de sus funciones legales; esto es, que el orden jurídico faculte a estos órganos con la potestad de resolver controversias entre partes emitiendo una resolución o sentencia.⁴⁶

En lo que concierne al control externo de la administración pública por medio de los órganos jurisdiccionales, puede ser de dos tipos: el control de constitucionalidad, el amparo administrativo, y el contencioso administrativo; los dos primeros se dilucidan en el ámbito federal, en tanto que el contencioso administrativo, en el ámbito local del Estado.⁴⁷

5.2 El contencioso administrativo

El diccionario jurídico mexicano del contencioso administrativo señala: “entiéndase por contencioso administrativo el procedimiento que se sigue ante un tribunal u organismo jurisdiccional situado dentro del Poder Ejecutivo o Judicial, con el objeto de resolver, de manera imparcial e imperativa, las controversias entre particulares y la administración pública”.⁴⁸

Referir al contencioso administrativo, genera la idea de controversia, derivada de la actividad de la administración pública puesta en juicio ante un órgano jurisdiccional en virtud de la pretensión de su contraparte, habida cuenta que la

46 Cfr. Márquez, Daniel, *Función jurídica de control de la administración pública*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 102.

47 Cfr. *Ibidem*, p. 153.

48 Fix-Zamudio, Héctor, “Contencioso administrativo”, *Diccionario jurídico mexicano. A-CH*, 10ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, t. I, p. 685.

administración goza de la prerrogativa que le permite hacerse justicia a sí misma, a condición de actuar de acuerdo con los lineamientos del procedimiento administrativo preestablecido, lo que se traduce en una actuación legítima.

Carnelutti considera que la controversia deviene en litigio como consecuencia de la actitud asumida por las partes, una de las cuales pretende, en tanto la otra resiste a la *pretensión*, entendida ésta como “la exigencia de la subordinación de un interés ajeno a un interés propio”.⁴⁹

La pretensión es un acto, una manifestación, una declaración de voluntad, más no un poder, o superioridad de su querer, y tampoco un derecho, habida cuenta que la pretensión puede ser hecha valer, tanto por quien tenga el derecho como por ser quien carezca de él, puesto que tan pretensión es la fundada como la infundada, y así como puede haber pretensión sin derecho, también es posible el derecho sin pretensión, o que da lugar tanto a la pretensión infundada como al derecho inerte.⁵⁰

Atendiendo a la reforma al artículo 116 constitucional, del 17 de marzo de 1987, primero en su fracción IV, y actualmente en la V:

Las constituciones y leyes de los Estados podrán instituir tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública estatal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

La Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo del Estado de Aguascalientes y la Constitución Local previene la existencia de un Tribunal de Justicia Administrativa como órgano constitucional autónomo, configurado como un órgano jurisdiccional de plena jurisdicción. En cuanto a su marco procesal se rige por la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo del Estado de Aguascalientes y supletoriamente por el Código de Procedimientos Civiles del Estado.

En el caso de Aguascalientes, el tribunal de justicia administrativa, ha garantizado mediante el juicio de nulidad los derechos fundamentales de los usuarios de servicios públicos prestados por particulares ejerciendo un control efectivo a terceros que prestan un servicio público concesionado, cuando se vulneran los derechos del gobernado.

49 Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, México, Oxford University Press, 1999, vol. 5, p. 130.

50 Cfr. *Ibidem*, pp. 132-133.

6. PROPUESTA DE REFORMA Y REFLEXIONES

La evolución del alcance y protección de los derechos fundamentales de las garantías constitucionales como el juicio de amparo fue impulsada la primera década del siglo XXI, por la imposibilidad de su eficacia por violaciones a los derechos humanos cometidas por particulares ejerciendo funciones que competen al Estado.

Es por ello que el Estado de Aguascalientes en una amplia discusión académica, se llegó a desarrollar la propuesta de ampliar las facultades jurisdiccionales del tribunal contencioso administrativo, hoy de justicia administrativa, para que a través del juicio de nulidad pudiera tutelar los derechos de los usuarios de servicios públicos estratégicos prestados por particulares como fue el caso hasta la redacción de este texto del servicio público de agua potable y alcantarillado del municipio capital, prestado por un particular, que ante la falta de tutela de derechos a través del amparo, vulneraba sistemáticamente con actos materialmente de autoridad a los usuarios del servicio de agua potable y alcantarillado. Es así, que casi un lustro antes de las reformas constitucional y legal que dieron amplitud de tutela al juicio de amparo, la justicia administrativa en Aguascalientes fue la primera en el país que pudo brindar una tutela efectiva en la protección y defensa de los derechos humanos frente a terceros en México.

A modo de cierre transcribimos los puntos medulares que contuvo la iniciativa de reformas y adiciones que dotaron al tribunal administrativo para tutelar los derechos de los usuarios de este servicio público estratégico.

INICIATIVA DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES, LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, LEY DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA EL ESTADO DE AGUASCALIENTES Y LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES

A manera de corolario, podemos señalar que aun cuando se proclame y reconozca el “derecho” al agua potable como “fundamental”, si carece de un medio de defensa, nunca podrá ser un verdadero derecho. Por lo que se propone una reforma a la legislación del Estado de Aguascalientes, tanto a la Constitución Política Local, como a la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley del Procedimiento

Contencioso Administrativo, y Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Aguascalientes, a efecto de atribuirle competencia al Tribunal Contencioso Administrativo del Estado para conocer de las violaciones que surgieran por la actuación u omisión del Estado, Municipios, sus entes descentralizados “y otras personas” en el ejercicio de funciones administrativas, que afecten a los ciudadanos o vulneren sus derechos. Para tal efecto, se reputarán como otras personas, a los prestadores de servicios públicos municipales considerados como áreas estratégicas, que sean concesionados.

Lo anterior en virtud de que es preciso que se renueve el concepto y el alcance del procedimiento contencioso administrativo en nuestro Estado para reconfigurar las atribuciones y competencia de los tribunales para actuar en contra de personas o entidades que realicen funciones administrativas por delegación del Estado a través de un sistema de concesión cuando se trate de la prestación de un servicio público, que por su naturaleza implique un área considerada relevante o cuya prestación no permita la concurrencia en el mercado, como en el caso del agua potable.

Dichas modificaciones a los diversos ordenamientos legales no atentarán contra el marco normativo constitucional federal, que por el contrario lo complementa, y además puede tener como marco de referencia los artículos 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagran como derechos fundamentales el debido proceso y la tutela jurídica efectiva, respectivamente; así como la Observación General No. 15 sobre el cumplimiento de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificada por nuestro país, en la cual como se mencionó anteriormente, se establece la obligación del Estado de proteger el derecho al agua potable.

En virtud de las consideraciones anteriormente expuestas, los diputados integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, tenemos a bien, someter ante esta Honorable Representación Popular como parte del Poder Constituyente Permanente, que en el caso de ser aprobadas las reformas que se proponen, deberá turnarse a los Ayuntamientos para los efectos del artículo 94 de la Constitución Política Local, el siguiente proyecto de REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES, LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, LEY DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA EL ESTADO DE AGUASCALIENTES Y LEY DEL PROCEDIMIENTO AD-

MINISTRATIVO DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES, mismo que se hace en los siguientes términos:

PROYECTO DE DECRETO

ARTÍCULO PRIMERO. Se reforma el artículo 68, párrafo segundo, de la Constitución Política del Estado de Aguascalientes, para quedar en los términos siguientes:

ARTÍCULO 68.-...

Para cualquier tipo de concesión de los servicios públicos municipales considerados como áreas estratégicas, los Ayuntamientos deberán recabar, la autorización del Congreso del Estado, para lo cual, se requerirá la aprobación de las dos terceras partes de sus integrantes.

...

I.- a V.-...

ARTÍCULO SEGUNDO. Se reforma y adiciona un segundo párrafo al artículo 33 H y se reforma el artículo 33 L, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para quedar en los términos siguientes:

ARTÍCULO 33 H.- El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Aguascalientes, está dotado de plena autonomía para dictar sus fallos y es independiente de cualquier autoridad. Tiene a su cargo dirimir las controversias de carácter administrativo y fiscal que se susciten entre las autoridades del Estado, de los Municipios, sus organismos descentralizados y otras personas, en funciones de autoridad, con los particulares. Contará para ello con la organización y atribuciones que esta Ley establece, y estará dotado de plena jurisdicción y del imperio suficiente para hacer cumplir sus determinaciones.

Se reputarán como otras personas, a los prestadores de servicios públicos municipales considerados como áreas estratégicas, que sean concesionados.

ARTÍCULO 33 L.- El Tribunal conocerá de los juicios que se inicien contra:

I.- Las resoluciones definitivas emanadas de las autoridades dependientes del Poder Ejecutivo Estatal, de los Municipios, de los Organismos Descentralizados y otras personas, cuando éstos actúen como autoridades, que causen agravio a los particulares;

II.- a IX.-...

.....

ARTÍCULO TERCERO. Se reforman los artículos 2º, fracción I, 4º, fracción II, inciso a) y 10 de la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo para el Estado de Aguascalientes, para quedar en los términos siguientes:

ARTÍCULO 2º.- El Tribunal conocerá de los siguientes asuntos:

I.- De los juicios en contra de las resoluciones definitivas emanadas de las autoridades dependientes del Poder Ejecutivo Estatal, de los Municipios, de los Organismos Descentralizados y otras personas, cuando éstos actúen como autoridades, que causen agravio a los particulares;

II.- a VIII.-...

...

...

...

ARTÍCULO 4º.- Son partes en el juicio Contencioso Administrativo:

I.- a II.-...

a).- La autoridad estatal, municipal, organismo descentralizado u otra persona, cuando actúe como autoridad, que dicte, ordene, ejecute o trate de ejecutar la resolución administrativa o fiscal, o tramite el procedimiento impugnado o aquélla que de manera legal la sustituya;

b).-...

III.-...

ARTÍCULO 10.- Cuando las leyes o reglamentos de las distintas, dependencias administrativas estatales, municipales, de sus órganos descentralizados, o de otras personas, establezcan algún recurso o medio de defensa, será optativo para el particular agotarlo, o bien, intentar desde luego el juicio ante el Tribunal.

ARTÍCULO CUARTO. Se reforma y adiciona un segundo párrafo al artículo 1º y se reforman los artículos 3º y 16 de la Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Aguascalientes, para quedar en los términos siguientes:

ARTÍCULO 1º.- Las disposiciones de esta ley son de orden e interés públicos y se aplicarán a los actos, procedimientos y resoluciones de las Administraciones Públicas centralizadas y descentralizadas del Estado de Aguascalientes, de los Municipios que lo integran, y de otras personas, cuando éstas actúen como autoridades.

Se reputarán como otras personas, a los prestadores de servicios públicos municipales considerados como áreas estratégicas, que sean concesionados.

ARTÍCULO 3º.- Para los efectos de esta ley, se entenderá por acto administrativo, toda declaración unilateral de voluntad, externa, concreta y generalmente ejecutiva, emanada de la Administración Pública del Estado de Aguascalientes, de las de sus Municipios y de otras personas, en el ejercicio de las facultades que les son conferidas por los ordenamientos jurídicos en su carácter de potestad pública, teniendo por objeto crear, reconocer, transmitir, modificar, o extinguir derechos y obligaciones con la finalidad de satisfacer el interés general.

ARTÍCULO 16.- Para efectos de esta ley deberá entenderse por autoridad administrativa toda dependencia o entidad de las Administraciones Públicas Centralizadas y Descentralizadas del Estado y de sus Municipios, y otras personas, que estén facultadas por los ordenamientos jurídicos para dictar, ordenar o ejecutar un acto administrativo; así como los funcionarios y servidores públicos de dichas administraciones, mediante los cuales se realicen los referidos actos administrativos.

TRANSITORIO

ARTÍCULO ÚNICO. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Periódico Oficial del Estado de Aguascalientes.

ATENTAMENTE

SUFRAGIO EFECTIVO. NO REELECCIÓN

Aguascalientes, Ags., a 25 de febrero de 2008.

Finalmente, el proyecto fue aprobado en los términos de la iniciativa y fue publicado en el Periódico Oficial del Estado de fecha 6 de abril de 2009, que mediante el decreto 215 reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, que en aquel momento integraba a su estructura orgánica al Tribunal

de lo Contencioso Administrativo, la reforma constitucional se publicó mediante el decreto 214 que reforma el artículo 68 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Aguascalientes en el Periódico Oficial del Estado de fecha 25 de mayo de 2009.

7. REFERENCIAS

- BIDART Campos, Germán J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, 2a reimp., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- _____, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, vol. I, Argentina, Ediar, 1993.
- CÁRDENAS, Jaime, “La nueva ley de amparo”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 29, julio-diciembre, 2013.
- CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. 5, México, Oxford University Press, 1999.
- FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo de Aguascalientes*, México, UNAM, Porrúa, 2006.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 4a ed., España, Trotta, 2003.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Contencioso administrativo”, *Diccionario jurídico mexicano. A-CH*, 10a ed., t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2001.
- GUTIÉRREZ Rivas, Rodrigo, “El derecho fundamental al agua en México; un instrumento de protección para las personas y ecosistemas”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 18, enero – junio, 2008.
- HERREN, Pascal, Joerchel Abstiene, *Derecho al Agua – Derecho Humano*, Bernal/ Lausana, Fame, 2005.
- ITURBIDE Rivas, Arturo, “Se debe modificar la jurisprudencia tradicional sobre el interés jurídico para acudir al amparo”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 13, 2003.
- LANZ Cárdenas, José Trinidad, *La contraloría y el control interno en México*, México, FCE, 1987.
- MÁRQUEZ, Daniel, *Función jurídica de control de la administración pública*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

MIJANGOS y González, Javier, “El amparo en revisión 2/2000; una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 14, 2003.

PAULÍN, Carlos, *El Proceso Administrativo Público*, México, Porrúa, 1999.

VEGA García, Pedro de, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales”. *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

