

# UNA VUELTA A LOS PRINCIPIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA. ALGUNAS PISTAS DE REFLEXIÓN A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO

José Luis CABALLERO OCHOA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las premisas básicas: el reconocimiento de los derechos y su tutela*. III. *El caso de los derechos de fuente internacional, más allá de la jerarquía*. IV. *Los pasos en el fortalecimiento de la igualdad*. V. *Conclusión*.

## I. INTRODUCCIÓN

Nuestro país requiere simplificar y actualizar los temas de su agenda pública, los diseños institucionales en general, y especialmente lo propio de sus contenidos constitucionales. *Back to basics*, diría el anglicismo para expresar la necesidad de retomar las cuestiones fundamentales cuando un cúmulo de complejidades ha envuelto un proyecto, una relación, una planeación estratégica, para regresar a lo que ha dado sentido inicialmente a la conjunción de acuerdos grandes o pequeños. Me parece que también puede aplicarse a los fundamentos de la organización jurídico-política de un país.

En México es necesario volver también a lo esencial en el entramado constitucional que —entre otras cuestiones—, el presidencialismo exacerbado y un régimen de gobierno autoritario atrofiaron, que se refleja en la estructura jurídica y en la inercia ante los cambios en el entorno social.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> “Si el régimen mexicano se caracterizó, en principio, por la hegemonía de un partido político y por un exacerbado presidencialismo, resulta posible estimar el sentido de los supuestos y de las normas constitucionales a partir de las expresiones de esas formas de

Especialmente complicado ha sido hacer frente a las demandas de una sociedad que ha rebasado la capacidad de respuesta institucional y la posibilidad de asumir con eficiencia y dinamismo los retos del entorno internacional. Buena parte de los contenidos constitucionales van resultando desactualizados por decir lo menos, y constatamos cotidianamente la necesidad de situar nuestro texto fundamental a la altura de las circunstancias actuales; para botón de muestra, el debate sobre si es necesaria o no una reforma constitucional ante los graves y crecientes problemas en materia de política energética, y que ameritan la apertura a la inversión privada en el sector, o la discusión sobre la necesidad de reestablecer la reelección continua de los legisladores. La actualización se vuelve imperiosa a efecto de consolidar la democracia, y evitar consecuentemente la vuelta al autoritarismo.

Siguiendo a Peter Häberle, puede afirmarse que el avance democrático es la consecuencia organizativa de la dignidad del hombre,<sup>2</sup> y que éste pasa necesariamente por la vivencia de los derechos humanos. En este sentido, es primordial atender a la urgencia de poner al día un desarrollo constitucional pobre y anquilosado en este tema, cuya atención ha sido mucho menor que lo que ha correspondido a la “parte orgánica”,<sup>3</sup> especialmente en relación con los diseños institucionales.

No obstante, en los últimos años, y especialmente a partir de que el derecho internacional de los derechos humanos ha ido tomando carta de naturalización en nuestro ámbito jurídico, no han sido pocos los intentos de introducir viento fresco en este tema. Así, se ha trabajado en diferentes proyectos de reforma al artículo 133, tendientes a clarificar en el texto constitucional el lugar que ocupan los tratados con respecto a las leyes, e incluso con relación a la propia Constitución, tratándose de aquellos que contienen normas protectoras de la persona; en la introducción de ciertos principios de importancia capital ya contenidos en cartas fundamentales de reciente factura, como las cláusulas materiales y formales de igualdad; o bien, en la actualización del propio catálogo de derechos, o la relevancia de

dominio político”, Cossío, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, p. 21.

<sup>2</sup> Häberle, Peter, “El Estado constitucional europeo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 2, 2000, p. 93.

<sup>3</sup> *Cfr.* Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 48.

las sentencias dictadas por tribunales internacionales y los mecanismos para su ejecución.<sup>4</sup>

4 Las propuestas de esta naturaleza se han recogido en numerosos foros académicos y congresos nacionales e internacionales en años recientes, desde los organizados por escuelas y facultades de derecho, institutos de investigación, hasta aquellos acuñados en el seno de organismos públicos, en trabajos individuales y colectivos. Una de las más relevantes, se ha dado en el marco de la Comisión de Estudios para la Reforma del Estado bajo la coordinación de Porfirio Muñoz Ledo, como una alternativa en favor de una revisión integral a la Constitución y de las instituciones nacionales, a raíz del triunfo electoral en la Presidencia de la República de un candidato distinto al del PRI en los comicios federales de 2000. Se hicieron propuestas atinentes, entre las que destacaron el establecimiento de la supremacía de los tratados internacionales de derechos humanos frente al derecho interno y el reordenamiento del capítulo constitucional relativo al tema. Estos trabajos han sido recogidos en Muñoz Ledo, Porfirio (cord.), *Comisión de Estudios para la Reforma del Estado. Conclusiones y propuestas*, México, UNAM. Otros importantes ejercicios académicos, han sido los organizados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Uno, el que tuvo lugar en febrero de 1999, “Hacia una nueva constitucionalidad”, en el que si bien, el tema de los derechos se aborda de manera tangencial como uno de los ejes de la estructura constitucional, proporciona elementos importantes para su reestructuración en el texto fundamental ante la discusión en torno a la conveniencia o no de elaborar una nueva Constitución. Véase varios autores, *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999. Además, propiamente sobre los derechos, es importante rescatar la reflexión en la mesa 1. *Los derechos fundamentales y el Estado* y mesa 3. *Derecho internacional de los derechos humanos*, en el marco del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, en febrero de 2002, y del que han visto la luz sendas publicaciones bajo el título de las mesas de trabajo.

En el ámbito de los organismos gubernamentales, primero de la Secretaría de Relaciones Exteriores y posteriormente de la Secretaría de Gobernación se ha generado un mecanismo de diálogo intersecretarial para la atención de los compromisos internacionales de México, a través de una Comisión de Política Gubernamental en materia de derechos humanos. Por su parte, durante 2003, algunos senadores de la República, de forma individual, o a través de comisiones han elaborado algunos proyectos de reforma al marco constitucional en materia de política exterior, en donde el tema de los derechos humanos ha cobrado especial relevancia. Particularmente importante ha sido el trabajo coordinado por el senador Fernando Margáin Berlanga, presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores, quien convocó a un grupo de académicos provenientes de la Escuela Libre de Derecho, la Universidad Nacional Autónoma de México a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Facultad de Derecho, el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, campus ciudad de México y la Universidad Iberoamericana, ciudad de México, con el fin de elaborar un documento, concretado en una Propuesta de Reforma Constitucional en Materia de Política Exterior y Derechos Humanos.

Un último ejercicio, seguramente el de mayor relevancia en cuanto al tema, ha sido el coordinado y publicado a finales de 2003 por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*

En este trabajo me he propuesto dedicarme a algunos de los principios sobre derechos humanos que, a mi juicio, deberían incluirse en la Constitución mexicana, desde una perspectiva comparada, atendiendo a los que ya han sido asumidos en textos constitucionales de Iberoamérica especialmente el de España a través de 25 años de su vigencia, o en otros ejercicios relevantes como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prácticamente se ha integrado al proyecto de Constitución para Europa que actualmente se discute.<sup>5</sup>

Me parece que el contexto idóneo para una modificación constitucional relativa a los principios sobre derechos humanos sería el de una reforma integral, de la que soy partidario, aunque por el derrotero que ha seguido nuestro país en los últimos años, y la dificultad que han tenido los actores políticos para generar una agenda común de reformas, quizá lo más conveniente sea apostar por un cambio paulatino, abarcando ciertos temas, como ha ocurrido con la llamada “reforma indígena”, que llevó a la carta magna contenidos fundamentales en esta materia y en lo referente a la igualdad, mediante una cláusula de prohibición de discriminar.

Los principios a los que haré alusión se encuentran vinculados, en una secuencia lógica, a tres cuestiones primordiales que deben ser claramente explícitas y estar aseguradas en la norma fundamental.<sup>6</sup> En primer lugar, la postura del Estado ante los derechos, las implicaciones de su reconocimiento y la inclusión de garantías para su tutela; en segundo término, la ubicación en el marco de los derechos ya reconocidos, de aquellos de fuente internacional, su incorporación al ámbito interno. El tercer aspecto es el referente a la cláusula de igualdad formal, como la manera de definir

<sup>5</sup> El artículo 7.1 del proyecto señala: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enumerados en la Carta de Derechos Fundamentales que constituye la Parte II de la Constitución”. Tomado del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, adoptado por la Convención Europea de 13 de junio y 10 de julio de 2003 y que ha sido presentado al presidente del Consejo Europeo en Roma, el 18 de julio de 2003.

Una aproximación al tema, se encuentra en: Gros Espiell, Héctor, “La futura Constitución de Europa y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad de Sevilla, diciembre de 2003, véase <http://www.us.es/cidc/ponencias>

<sup>6</sup> Los temas de la agenda constitucional que es menester abordar no son pocos, por ejemplo, ni más ni menos que la revisión integral del catálogo de derechos y garantías. En este sentido, mi propósito es apuntar solamente a tres cuestiones torales que dan sentido al ulterior desarrollo de los derechos y que han sido motivo de amplios debates y bandera de posturas ideológicas (vgr. el concepto de soberanía del Estado) y a lo que el derecho comparado puede aportar al caso mexicano.

claramente el carácter universal de los derechos, y consecuentemente, el compromiso del propio Estado para asegurar su goce a todas las personas y en todos los niveles. Me parece que este desarrollo es imprescindible y debe constituir el marco general que proporcione estructura al capítulo de derechos en la carta de Querétaro.

No es ocioso insistir en que nuestro país mantiene un déficit hacia la protección y promoción de los derechos humanos, a pesar de los enormes esfuerzos de todo tipo realizados en los últimos años, y en buena medida para revertir nuestras carencias legales; tampoco es trivial acentuar la necesidad de su adecuado tratamiento constitucional, aunque es verdad que un cambio de tipo legislativo no basta, sino que debe acompañarse de una transformación social que elimine la tensión entre la disposición normativa y la realidad en la que se aplica.

Sin embargo, un marco legal —específicamente constitucional— coherente, que sitúe claramente los contenidos fundamentales, que ayude a trascender el desfase esquizofrénico entre lo que se desea, se piensa y se hace, y donde, en consecuencia, se deriven conductas evaluables y sancionables —una Constitución efectivamente normativa— permitirá revertir la grave tendencia social que Sergio González Rodríguez identifica, a propósito de los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, y que se puede aplicar de forma general, como reacción ante las violaciones de derechos humanos en México: “la inadvertencia o amnesia global ante un fenómeno extremo de signo anárquico, y el impulso de normalizar la barbarie en las sociedades contemporáneas”.<sup>7</sup> A esto debe contribuir también la experiencia comparada y las directrices del discurso contemporáneo del derecho internacional de los derechos humanos.

## II. LAS PREMISAS BÁSICAS: EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS Y SU TUTELA

A lo largo de la vigencia de la Constitución de 1917, el marco regulatorio de los derechos fundamentales ha respondido a ciertos paradigmas, algunos de los cuales van quedando ya superados, pero en cierta forma han impedido un despliegue jurídico y social de la protección de los derechos de la persona, y han jugado en contra de la apertura de

<sup>7</sup> González Rodríguez, Sergio, *Huesos en el desierto*, 2a. ed., Barcelona, Anagrama, 2003, p. 12.

nuestro país a la riqueza del derecho internacional, y que el Estado asuma una posición activa en su tutela. Ahí está la concepción de la soberanía estatal a ultranza, en aras de la cual hemos diferido el escrutinio exterior, y ha impedido que nos beneficiemos de instituciones y figuras jurídicas de matriz internacional. La idea de los derechos como límites a la actuación de la autoridad, de donde surge la noción de derecho subjetivo público, como facultad que desde luego tiene efectos *erga omnes*, pero cuyo beneficiario en el deber jurídico correlativo es la propia entidad estatal. Concepción clásica, pero incompleta, por cuanto no ha permitido ahondar en otras expresiones de los derechos distintas a las reivindicaciones de corte individualista y liberal, como las de tipo social o cultural, o las que se sustentan en intereses colectivos o difusos. Aunado a lo anterior, ha habido un tratamiento reductivo de las garantías, de acuerdo con los intereses del aparato gobernante, y se ha omitido una verdadera responsabilidad en la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos, que incluya, desde luego, a las violaciones por omisión.<sup>8</sup>

En la vuelta a lo fundamental cabe redefinir y aclarar —como primer principio ineludible— cuál es la participación del Estado en este tema; su responsabilidad ante los derechos, es decir, qué implica el reconocimiento efectivo de los mismos y su asunción constitucional; de alguna forma, cuál es la conducta exigible para el propio Estado, la que se debe reflejar en un amplio abanico de posibilidades, cumplimiento de expectativas de abstención o acción en todo tipo de derechos.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Un buen referente para el análisis es Carbonell, Miguel ( coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre constitucionalidad por omisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003; especialmente para el caso que nos ocupa, el ensayo de Javier Tajadura Tejada, *La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales*.

<sup>9</sup> Al respecto, Ferrajoli apunta: “...la diferencia entre el carácter de expectativas negativas de los derechos de libertad clásicos y aquél de expectativas positivas de los derechos sociales es sólo de grado, dado que tanto unos como otros incluyen expectativas de ambos tipos. Ciertamente, aun los derechos sociales a la salud, a la protección del medio ambiente o a la educación imponen al Estado prohibiciones de lesión de los bienes que constituyen su objeto. Y también los clásicos derechos civiles y políticos —desde la libertad de expresión del pensamiento al derecho al voto— requieren, por parte de la esfera pública, no sólo prohibiciones de interferencia o de impedimentos, sino también obligaciones de proveer las numerosas y complejas condiciones institucionales de su ejercicio y de su tutela”, Ferrajoli, Luigi, “Prólogo”, Abramovich, y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 10.

Me parece que, concretamente, habría que asumir en la Constitución, la temática siguiente:

1. *La universalidad de los derechos y su importancia en la estructura social y legal*

Paulatinamente en la doctrina y en los instrumentos internacionales de derechos humanos se ha ido reconociendo la universalidad como la pertenencia de estos bienes superiores a cada una de las personas, sin distinción alguna derivada de los factores que componen la diversidad del género humano (raza, nacionalidad, condición social, ciudadanía, sexo, etcétera). Esta afirmación a nivel constitucional, de alguna suerte explícita lo que es propio de los derechos y aborda su contenido esencial en cuanto bienes inherentes a todos los seres humanos; un reconocimiento de este talante en la norma fundamental alcanza la médula de la naturaleza jurídica de los derechos humanos en su concepción contemporánea. Por otro lado, permite concretamente que el Estado los asuma como inalienables y supraordenados por encima de cualquier postulado, y en la certeza de que su cumplimiento obliga de forma principal a los poderes públicos.

El paradigma fundamental ha sido la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que encabeza la base normativa de la universalidad de los derechos;<sup>10</sup> especialmente relevante es el artículo 1o. que a la letra señala: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

En el contexto de una influencia recíproca entre los países de nuestra región y la tradición internacional de los derechos humanos,<sup>11</sup> es posible advertir cómo los ejercicios constitucionales han ido asumiendo este principio en un desarrollo paulatino sobre la temática. Así, la Constitución de Argentina señala: “Todos los habitantes de la nación gozan de los

<sup>10</sup> Véase Carbonell, Miguel, “Los derechos humanos en la actualidad: temas y problemas”, *Cuaderno de Trabajo* núm. 13, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, abril de 2001, p. 3.

<sup>11</sup> Una perspectiva interesante sobre la influencia de América Latina en la conformación del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se encuentra en: Glandon, Mary Ann, “The forgotten crucible: The Latin American influence on the universal human rights idea”, *The Harvard Human Rights Journal*, primavera de 2003, <http://web.lexis-nexis.com/universe/doc>

siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio...”,<sup>12</sup> de alguna forma, la Constitución de Bolivia al precisar: “Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídicas, con arreglo a las leyes”.<sup>13</sup> La Constitución guatemalteca: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos;”<sup>14</sup> la de Colombia: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley”,<sup>15</sup> la Constitución bolivariana de Venezuela de 1999, precisa: “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos”.<sup>16</sup>

Este desarrollo, ofrece un marco de actualización sobre lo que de alguna suerte ya el artículo primero de nuestro texto fundamental prevé, al extender el alcance en el goce de las garantías a todos los individuos en territorio nacional, aunque de forma ambigua e incompleta por cuanto no hace una distinción entre los derechos y las propias garantías, y no incorpora el reconocimiento de los primeros.<sup>17</sup> La universalidad constituye el punto de partida en la identificación de los derechos, incluso en su especificidad y en el papel que juega el Estado en su tutela, no solamente como responsable ante la actuación de instancias de autoridad, sino también respecto de la actuación de los particulares entre sí; se trata de una protección “no sólo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social”, como expresa Pérez Luño.<sup>18</sup>

El carácter universal de los derechos se presenta de forma especial en la igualdad, en ella se hace tangible y —paradójicamente— también relativo, especialmente con respecto a las diferentes culturas,<sup>19</sup> es decir, la

12 Artículo 14.

13 Artículo 6o.

14 Artículo 4o.

15 Artículo 13.

16 Artículo 19.

17 En este sentido se pronuncia, por ejemplo, Santiago Corcuera al señalar: “El capítulo primero debería llamarse De los derechos fundamentales, y el artículo 1o. debería decir que en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de de los derechos que la Constitución reconoce, y por tanto, garantiza”, Corcuera, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, México, Oxford University Press, 2002, p. 39.

18 Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, 7a. ed., Madrid, Tecnos, 1998, p. 22.

19 Esta relativización se encuentra también asociada en cierta forma al punto de vista de corte occidental desde donde surge el discurso internacional de los derechos humanos, es



universalidad a la postre, se predica de sujetos concretos, con particularidades propias, con nombre y rostro, en el ejercicio cotidiano de la aplicación de una normativa específica y en la singularidad de las diversas identidades personales y grupales, que deben ser tuteladas por igual.<sup>20</sup>

Por lo que corresponde a su importancia, me parece que habría que situar el papel de los derechos como el basamento del andamiaje social del Estado, ya que en su fundamentación primordialmente axiológica, estos constituyen la garantía principal de que todo el sistema jurídico y político se orientará en favor de la persona y su dignidad.<sup>21</sup>

Así lo señala, por ejemplo, la Constitución española al establecer en el artículo 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social”.

De igual forma, se pronuncian por ejemplo la de Brasil, al señalar como uno de los fundamentos del Estado democrático de derecho la dignidad de la persona humana,<sup>22</sup> la de Ecuador que declara como el más alto deber del Estado el de “respetar y hacer respetar los derechos humanos” garantizados

decir, finalmente la óptica de estos instrumentos se genera en la cultura de Occidente, eurocéntrica, inclusive derivada *ab initio* de una matriz judeocristiana, que amerita una seria reflexión sobre su adaptación a otros modelos culturales. En este sentido, Danilo Zolo apunta certeramente: “El respecto a los derechos y la subordinación del poder a reglas democráticas son un bien delicadísimo y precioso que sólo el desarrollo civil, la conquista de un nivel mínimo de bienestar económico, y sobre todo, la lucha política puede producir localmente y ello siguiendo los tiempos y modos propios de culturas con frecuencia alejadísimas de la tradición europea del Estado de derecho y de la doctrina de los derechos del hombre. Todo lo demás, corre el riesgo de no ser otra cosa que un intento de forzar las normas, de sobrevalorar la capacidad reguladora del derecho, una generosa utopía política o, en el peor de los casos, una forma de imperialismo cultural”, Zolo, Danilo, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (coords.) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 103.

20 Para decirlo con palabras de Ferrajoli: “De otra parte, es claro que esta universalidad no es absoluta, sino relativa a los argumentos con fundamento en los cuales se predica. En efecto, el todos de quien tales derechos permiten predicar la igualdad es lógicamente relativo a las clases de los sujetos a quienes su titularidad está normativamente reconocida”, Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 39.

21 Cfr. Pérez Luño, *op. cit.*, p. 20.

22 Artículo 1o., III.

en la Constitución;<sup>23</sup> la de Perú, que manifiesta que la defensa de la persona y su dignidad constituyen el fin supremo del Estado;<sup>24</sup> la de República Dominicana, al reconocer como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos.<sup>25</sup>

Este tipo de afirmaciones sitúa el tema de los derechos de las personas como el objeto principal de la organización estatal y el fin al que orienta su quehacer; de igual suerte, la sujeción de las leyes y la actuación de las *autoritas* a los principios constitucionales de derechos humanos, se retoma también en la Constitución española, cuyo artículo 53 precisa: “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos, los que en todo caso deberán respetar su contenido esencial...”.

La reflexión se amplía, si consideramos que la normativa internacional exige de los Estados partes, el compromiso de adoptar medidas internas, a fin de orientar todas sus disposiciones normativas a los derechos reconocidos en los tratados. Así, por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sintonía con lo establecido también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, contemplado en el artículo segundo:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Resulta interesante observar cómo la Constitución de 1857 recogió en cierta forma estos principios: el reconocimiento de los derechos y su importancia capital como soporte de la estructura social y fundamento de la legalidad. Específicamente, el artículo 1o. señalaba a la letra: “El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución”.

23 Artículo 16.

24 Artículo 1o.

25 Artículo 8o.

Así pues, había una clara alusión por separado a derechos y garantías —los primeros, reconocidos; las segundas, otorgadas— que no deja lugar a duda sobre la distinción entre el binomio de los derechos derivados de la dignidad humana y las garantías para su pleno ejercicio, y que por otro lado, confronta la falta de claridad del texto de 1917 en este tema, como precisaré más adelante.

Si bien es cierto, no es posible sostener ingenuamente que la sola proclamación de derechos en una declaración, alcanza *per se* su protección, me parece que la inclusión de estos principios en nuestra actual Constitución —universalidad de los derechos, y su importancia radical como fundamento de la estructura social y legal, así como de la actuación de la autoridad— como premisas básicas del contenido relativo a los derechos fundamentales, puede incidir plausiblemente en la ampliación del marco jurídico de algunos temas, de los cuales señalo de forma breve los siguientes:

Ante la universalidad de los derechos humanos, el fortalecimiento de la igualdad *vs.* discriminación y la posibilidad de ampliar el margen de responsabilidad de los particulares en la violación de estas prerrogativas, concretamente a través de acciones u omisiones que resultaran discriminatorias.<sup>26</sup>

La sujeción de la ley al respeto de los derechos y, concretamente la posibilidad de señalar la inconstitucionalidad por omisión<sup>27</sup> de una norma que produzca su violación por ausencia o insuficiencia.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> A propósito, Balaguer Callejón afirma: “Es evidente que la prohibición de discriminaciones, en particular las más odiosas por aparecer fundadas en cláusulas especialmente sospechosas: sexo, raza, religión, creencias, origen social, alcanza las relaciones jurídico–privadas en términos de orden público constitucional”, Balaguer Callejón, Francisco (coord.), *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, vol. II, 1999, p. 72.

<sup>27</sup> “La inconstitucionalidad por omisión, comporta una modalidad de control de constitucionalidad, que tiene por finalidad lograr la efectiva actuación de la conducta de alguno de los poderes públicos constituidos con competencia para producir normas delegadas a ellos por la ley máxima, toda vez que por su inacción generen una situación contraria con sus mandatos”, Luján López, María, “Derechos fundamentales y posibilidades de realización efectiva frente a la inacción de los poderes públicos”, *VIII Congreso... cit.*, p.12.

<sup>28</sup> En relación con la violación de derechos por omisión legislativa, y atendiendo a una concreta y severa problemática, me permito citar un párrafo del informe presentado por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. (CMDPDH) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “El problema de mujeres y niñas en ciudad Juárez y en Chihuahua continúa. Como ya se ha mencionado en informes

Como ejemplo de una previsión de esta naturaleza, se encuentra el artículo 10 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que sobre este punto establece:

Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos.

La sujeción de la autoridad al respeto de los derechos, y así, la oportuna rendición de cuentas en ejercicio de las atribuciones que le han sido encomendadas, como un aspecto que aún reviste enormes carencias en el abanico democrático de nuestro país, especialmente en materia de derechos humanos. Los crímenes en Ciudad Juárez, son ejemplo de una situación lamentable también en este rubro.<sup>29</sup>

anteriores gran parte del problema se debe a que, de acuerdo con la ley local, la desaparición de una persona no se considera delito, por lo cual las autoridades de la Procuraduría del Estado no están obligadas a iniciar investigaciones al respecto.

Aunado a lo anterior, la actitud discriminatoria y negligente por parte de algunas autoridades frente a este problema, no ha cambiado”, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. (CMDPDH), “La violación de los derechos humanos de las mujeres en ciudad Juárez y en la ciudad de Chihuahua”, documento presentado en el 118 periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la Audiencia Situación de las Mujeres Asesinadas en Ciudad Juárez, p. 3.

<sup>29</sup> “El informe especial de la CNDH se refiere a 263 casos documentados de asesinato y 4 mil 587 reportes de desaparecidas. Es un documento de aproximadamente 1,600 páginas que confirma denuncias y evidencias sobre la negligencia, manipulación, falsedades y abiertas fabricaciones en las que han incurrido los responsables de las investigaciones. Por menos de lo descrito en este informe deberían estar ya las propias autoridades, tras las rejas. Es inconcebible que frente a tantos agravios y comportamientos retorcidos no exista un solo funcionario llamado a cuentas de manera formal”, Aristegui, Carmen, “¿Quién las mató?”, *Reforma*, ciudad de México, viernes 28 de noviembre de 2003, p. 18 “A”.

Por su parte el diagnóstico del Alto Comisionado de Naciones Unidas, refiere: “Entre enero de 1993 y julio de 2003 asesinaron en ciudad Juárez, Chihuahua, a 321 mujeres de bajos recursos. De 90 a 128 de esas muertes fueron crímenes seriales que involucraron abusos sexuales antes, durante y/o después de la muerte. Aunque se incluye como un caso paradigmático de discriminación, en el tema confluyen otros derechos. Estarían los derechos de la mujer, porque en esa ciudad tiene lugar la violencia sistémica de género. También podría ser abordado desde la óptica de los derechos civiles, por la discriminación en el acceso a la justicia, por la falta de debida diligencia y por la inoperancia de los órganos encargados de impartir justicia. En suma, por la ausencia del Estado de derecho”,

Este aspecto se vincula con la responsabilidad directa y objetiva del Estado, figura que se ha ido afinando en el derecho contemporáneo, y en la que, como afirma don Héctor Fix-Zamudio, “...el propio Estado resulta directamente responsable por su actividad, aun cuando tiene la posibilidad de repetir contra el servidor público que cause el daño, cuando éste provenga de una falta grave”.<sup>30</sup>

La rendición de cuentas se encuentra de alguna forma vinculada a esta figura, especialmente mediante la responsabilidad patrimonial, a la que el desarrollo de la protección a los derechos ha abonado en buena medida.<sup>31</sup> En este tema, reviste la forma de una efectiva reparación del daño causado por los agentes del Estado, tratándose de un instrumento complementario, “cuando no son posibles o muy difíciles las reparaciones dirigidas al restablecimiento de los derechos humanos de los afectados”.<sup>32</sup> En México se ha iniciado ya un trabajo en el tema, concretamente mediante la adición de un segundo párrafo al artículo 113 constitucional y en la propuesta de su respectiva ley reglamentaria.<sup>33</sup>

*Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*, México, OACNUDH, 2003, p. 162.

<sup>30</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Prólogo”, Castro Estrada, Álvaro, *Nueva garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2002, p. X.

<sup>31</sup> Héctor Fix señala que un estudio realizado por la CNDH inspiró una reforma de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, al adicionar el artículo 77-bis, “en el cual se dispuso que cuando, después de seguir un procedimiento administrativo disciplinario a un servidor público por denuncia de particulares, se le hallará responsable y se le acreditarán daños patrimoniales, el afectado podía acudir a la dependencia, entidad o la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, para que la entidad respectiva estableciera directamente la obligación de indemnizar y realizara, en su caso, la liquidación correspondiente”, *ibidem.*, p. XI.

<sup>32</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos”, en Becerra, Manuel (dir.), *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. II, 2002, p. 45.

<sup>33</sup> Según el artículo transitorio único, la reforma entrará en vigor el 1o. de enero del segundo año siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, esto es, el 1o. de enero de 2004, así como la ley reglamentaria respectiva que actualmente se discute en la Cámara de Diputados como cámara revisora, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

## 2. *¿Qué derechos?, ¿qué garantías? (esbozo de un debate en México)*

De los derechos reconocidos universalmente, de forma lógica se sigue el establecimiento en el orden constitucional, de garantías para su tutela. En el caso de nuestro país esta relación, derechos – garantías, ha sido objeto de un acre debate académico, vinculado por mucho tiempo a la cuestión de si nuestro texto incorpora el *iusnaturalismo* o el *iuspositivismo*.<sup>34</sup> Más allá de esta disquisición, es necesario precisar estos puntos, porque proporcionan la estructura sobre la que descansan las acciones concretas que realiza el Estado en la tutela de los derechos.

El tema amerita claridad, con mayor razón aun en estos tiempos en que el Estado contemporáneo abreva el contenido de los derechos mayormente de fuente internacional, en los tratados multilaterales en la materia y se vincula ante organismos *ad hoc* derivados de esos instrumentos, comprometiéndose al cumplimiento de sus resoluciones.

El modelo de redacción del artículo 1o. de la Constitución de 1857 fue claro en advertir este binomio y en adjetivar tanto a los derechos —reconocidos y base de las instituciones sociales— como a las garantías

34 Así, Raymundo Gil Rendón sostiene que la Constitución de 1857 incorporó el *iusnaturalismo*, mientras que la de 1917 el *iuspositivismo*. Gil Rendón señala: “De esta manera, podemos decir que en la Constitución de 1857 se reconocen los derechos del hombre, por lo que tiene una fuerte carga de *iusnaturalismo*, a diferencia de la Constitución de 1917, donde no se hace mención de los derechos del hombre, debido a su enfoque netamente positivista”, Gil, Raymundo, *El ombudsman en el derecho constitucional comparado*, México, Mc GrawHill, 2002, p. 355. Por otro lado, Héctor Fix Fierro argumenta que en realidad no hubo una tendencia clara hacia una postura u otra en el Constituyente de 1917. Afirma: “Hay indicios para suponer que el Constituyente de 1916–1917 no tenía una idea precisa de los que implicaban ambas concepciones (y, por lo tanto, tampoco pretendió zanjar la discusión), pero sí consideraba que los derechos debían quedar claramente establecidos y definidos en la Constitución, lo que se puso sobre todo de manifiesto al discutirse los derechos sociales”, Fix Fierro, Héctor, “Comentario al artículo 1o.”, Carbonell, Miguel (coord.) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 16a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 3. En contraste, Jorge Carpizo sostiene la postura *iusnaturalista* del texto constitucional: “El constitucionalismo mexicano —incluida la Constitución actual— casi siempre ha aceptado la concepción de los derechos humanos derivada del derecho natural lo que es congruente con el pensamiento humanista que ha impregnado toda nuestra evolución constitucional”, Carpizo, Jorge, “La reforma constitucional de 1999 a los organismos protectores de los derechos humanos”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 3, julio-diciembre, 2000, p. 32.

otorgadas, y a cuyo cumplimiento se obligan todas las autoridades del país.<sup>35</sup>

A partir de la Constitución de 1917, el artículo 1o. omitió el reconocimiento de derechos e incluyó a las garantías otorgadas por la Constitución, en un concepto único y ambiguo que parece comprender los derechos individuales y sociales, así como los mecanismos para asegurar su ejercicio aun en caso de su vulneración, como el juicio de amparo.

Esta tendencia se ha advertido en la propia Constitución, en las siguientes disposiciones.

La redacción del artículo 29, que se refiere a la suspensión de las garantías, tratándose de los derechos contenidos en la Constitución, así como de los mecanismos indispensables para la protección de los mismos. El precepto resulta anacrónico, no sólo en este punto que sigue la lógica del artículo 1o., sino por cuanto no distingue categorías de derechos no susceptibles de ser suspendidos, en razón de su propia naturaleza, como es el derecho a la vida, la integridad personal, la libertad de conciencia, etcétera. Esta falta de claridad contrasta con los principales instrumentos sobre derechos humanos de los que México es parte, concretamente el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen la prohibición de suspender algunos derechos contenidos en tales instrumentos, así como las garantías judiciales para su tutela, como un *minimum* que cualquier Estado debe asegurar siempre, aun en los casos más graves de emergencia que amenacen su seguridad.<sup>36</sup>

El apartado “B” del artículo 102, cuya redacción a partir de su adición en 1992, y hasta 1999, se refirió a los derechos humanos que

35 “La tradición constitucional mexicana del siglo XIX siguió la idea de que los derechos del hombre son derechos naturales, anteriores y superiores al Estado, el cual solamente los reconoce y garantiza”, Fix Fierro Héctor, *op. cit.*, pp. 2 y 3.

36 El artículo 4.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece: “La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6o., 7o., y 8o. (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18”. A su vez el artículo 27. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisa: “La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3o. (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4o. (derecho a la vida); 5o. (derecho a la integridad personal); 6o. (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9o. (principio de legalidad y retroactividad); 12 (libertad de conciencia y religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad); y 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

“otorga” el orden jurídico mexicano, lo que obviamente, en una lectura transversal del texto constitucional, reflejaba una equiparación de términos entre derechos y garantías (también “otorgadas” por la Constitución), amén de la desproporcionalidad de tal afirmación.

Afortunadamente, en la reforma constitucional de septiembre de 1999, se substituyó el verbo “otorgar”, por “amparar”. Esta nueva redacción —como afirma Jorge Carpizo— “es la correcta y no implica un simple cambio gramatical, sino dos diversas concepciones sobre la naturaleza de los derechos humanos”.<sup>37</sup>

El propio artículo 1o. al señalar la posibilidad de restringir y suspender las garantías “únicamente en los casos y con las condiciones que ella misma establece”; se refiere en realidad a la suspensión de los derechos y a los candados para su limitación, considerando que el catálogo constitucional de derechos humanos es un *minimum* que si bien puede ampliarse a través de tratados y legislación secundaria, no es susceptible de restricción, a menos que la propia Constitución así lo indique o derive a la ley.

Desde luego que ya se han ido dando pasos en este punto. Me parece que en la actualidad, al menos en el medio jurídico nadie toma estrictamente por sinónimos a los conceptos de “derechos humanos” y “garantías individuales”, aunque de forma inexacta se hayan equiparado, y son cada vez más las voces que coinciden en que resulta insoslayable la incorporación constitucional de este binomio como principio fundamental.<sup>38</sup> Sin embargo, todavía existen algunos puntos de discusión, y tomas de postura diferenciadas, a los que haré alusión muy brevemente.

Un primer planteamiento se encuentra vinculado con un discurso en tres planos diferentes: el de los derechos “inherentes al ser humano, anteriores y superiores al Estado, el que no los crea sino que solamente los reconoce y garantiza”,<sup>39</sup> el de los propios derechos recogidos en el texto fundamental, que implica su aseguramiento en el ordenamiento positivo, y que sirve como principio y punto de referencia para la actuación del

<sup>37</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 32.

<sup>38</sup> “En México, a diferencia de otros países, se ha utilizado de manera inexacta la expresión garantías individuales para referirse a los derechos humanos. Conviene adoptar explícitamente este concepto en el artículo 1o. de la Constitución, a fin de armonizar el lenguaje que ya emplea nuestra carta magna en el artículo 102, apartado B y propiciar una mejor integración entre los derechos constitucionalmente reconocidos y el derecho internacional de los derechos humanos.”, *Diagnóstico... cit.*, p. 1.

<sup>39</sup> Fix Fierro, Héctor, *op. cit.*, p. 1.



legislador y demás autoridades públicas”;<sup>40</sup> y, finalmente, un conjunto de mecanismos de tipo procesal que los protegen y restituyen en caso de su vulneración.

Se trata de una concepción que elabora una distinción epistemológica —no esencial— entre los derechos inherentes a la persona y reconocidos de forma especial a través de fuente internacional, y estos mismos con posterioridad al proceso de positivización, mediante su asunción constitucional en un catálogo que reviste las formas y particularidades —incluso mediante limitaciones— con que el Estado actúa en favor de los derechos de terceros y del beneficio social.<sup>41</sup>

La distinción, de alguna forma se hace presente con la actual redacción del apartado “B” del artículo 102 que se refiere, como ya se precisó, a los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, y el artículo 1o. que postula a las garantías que otorga la Constitución, y permite sostener que nuestro texto en esta disposición, no se refiere a los derechos *per se*, sino a la forma con que posteriormente se han revestido en la carta fundamental. En este sentido, Jorge Carpizo señala que “nuestra Constitución no habla de derechos humanos, sino de garantías individuales. La garantía individual es la medida en que la Constitución protege el derecho humano”<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> En un trabajo anterior, me he referido a esta categorización: ... el discurso jurídico actual sobre los derechos humanos, además de ser una elaboración *ius-filosófica* o una propuesta de tipo internacional, es uno eminentemente constitucional en una triple vertiente:

a) Mediante el reconocimiento de derechos de carácter universal, es decir, a tribuidos al género humano en conjunto y a cada persona en lo particular, y contenidos fundamentalmente en instrumentos internacionales, ratificados por los Estados, y que constituyen orden jurídico de primer rango.

<sup>42</sup> Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa- UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 485. De la misma forma, abonan en relación con esta concepción, por ejemplo, Héctor Fix Fierro al señalar: “En términos actuales podríamos decir que mientras los derechos del hombre constituyen una categoría abstracta y genérica, la garantía define la medida individualizada y concreta en que la Constitución protege cada uno de estos derechos”, *op. cit.*, p. 2; o bien, Álvarez, Mario I., “Más aún, puede decirse que las garantías individuales o del gobernado tal y como las regula la Constitución mexicana, son garantías jurídicas *sui generis*. Si bien el contenido de éstas es generalmente un derecho humano (con forma o traducido en el estatuto técnico instrumental de derecho subjetivo público, en este caso), no siempre lo es ni necesariamente tiene que serlo. El signo distintivo de tales garantías está dado por la relación jurídica de *supra* a subordinación que se establece entre el gobernado y el Estado. Esta relación jurídica tienen un ámbito protector muy amplio y no se circunscribe a la defensa de los derechos humanos, sino que

Esta lectura da luz sobre el sentido del artículo 29 al que me referido al establecer la suspensión de garantías, como los derechos establecidos en la Constitución; de igual forma, al artículo 1o., cuando condiciona la restricción de los derechos establecidos en la Constitución a los casos y condiciones que ella misma establece. Así, puede establecerse una línea hermenéutica entre el artículo 1o., 29 y 102, “B”, pero también respecto del artículo 2o., “A”, fr. II, que establece que las comunidades indígenas tienen autonomía para “aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos...”;<sup>43</sup> o bien, del 15, que no ausente de ambigüedad e imprecisión, establece la prohibición de celebrar “convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano”.

Un segundo punto de vista, postula una distinción entre derechos reconocidos, incluso con limitaciones, excepciones y diversas formas de aseguramiento constitucional, y los mecanismos (en este caso, garantías) para su tutela, y considera erróneo equiparar el término “garantías” a los derechos establecidos en la Constitución.<sup>44</sup> No concibe tampoco que exista

ampara en contra de cualquier acción gubernamental que pudiera afectar la esfera jurídica del gobernado, la cual, obviamente, no está sólo constituida por los referidos derechos”, Álvarez, Mario, *Acerca del concepto de derechos humanos*, México, McGraw Hill, 1998, p. 119.

<sup>43</sup> Sobre este punto concreto, Fix Fierro precisa: “Más que redundante, la redacción citada parece reconocer la distinción que se comenta, y menciona ambos conceptos a fin de reforzarlos mutuamente y darles el más amplio significado posible”, *op. cit.*, p. 4.

<sup>44</sup> En este sentido, Santiago Corcuera, precisa: “Por ello, a nuestro juicio el uso del concepto garantía en el capítulo primero de la Constitución es incorrecto, pues los preceptos respectivos a veces se redactan como claras proclamaciones de derechos subjetivos, y en otras ocasiones como obligaciones de no hacer o de hacer por parte del Estado, para asegurar el goce de los derechos, lo que en ninguno de los dos casos constituye una garantía propiamente”, Corcuera, Santiago, *op. cit.*, p. 48.

El propio Fix Fierro apunta: “Aunque la incorporación de un derecho o una declaración constituye, sin duda, una garantía o protección, en vista de las graves violaciones a los derechos del hombre que las guerras y las dictaduras han causado, se ha llegado a considerar que mucho más importante que su proclamación son los medios jurídicos para hacerlos realmente efectivos. Por ello, en el uso contemporáneo el significado tradicional de garantía se ha desplazado para indicar los medios e instrumentos jurídicos, particularmente de naturaleza procesal, para la protección de los derechos”, *op. cit.*, p. 2.

un matiz relevante que distinga a los derechos antes y después de su asunción constitucional.<sup>45</sup>

En otros modelos constitucionales también se aplican distinciones. La Constitución española establece en el título primero el catálogo de los derechos fundamentales (artículos 10-55), y específicamente sobre el núcleo de derechos consagrados en el capítulo segundo de ese título, el artículo 53.1 señala que estos “vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”. Por derechos fundamentales, se ha entendido —como apunta Pérez Luño—“los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es a más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales”.<sup>46</sup>

Se ha identificado a este tipo de derechos como “creado por la Constitución y vinculante para todo poder público, incluido, muy en primer lugar, el Poder Legislativo”.<sup>47</sup> Así, se considera un estatuto especial para los derechos consagrados en el capítulo segundo del texto constitucional, y protegidos por una triplicidad de garantías, precisamente al tenor del ya citado artículo 53.1: garantías de contenido general, por las cuales, todos los poderes públicos les están sujetos; de alcance legislativo, porque sólo por ley puede regularse su ejercicio; y, de respeto a su contenido esencial de acuerdo con lo que se establece en la propia Constitución.<sup>48</sup>

El ejemplo español da cuenta de una caracterización propia del núcleo de los derechos que se asumen en el catálogo constitucional, con ciertas características que en un discurso de tipo doctrinal tampoco está exento de

45 “Los reconoce (a los derechos), por un lado, mediante la expedición y aplicación de leyes que fomenten y mantengan el bien común y, por otro, los garantiza por medio de los recursos en ella previstos, que están al alcance de quienes sufran una violación a sus derechos, como es el caso específico del amparo, verdadera garantía de los derechos fundamentales”, Corchera, Santiago, *op. cit.*, p. 39.

46 Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 6a ed., Madrid, Tecnos, 1999, p. 31.

47 Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 15. Al hablar de su creación constitucional, el mismo Jiménez Campo señala que esto no significa sino la “preexistencia del derecho mismo al momento de su configuración o delimitación legislativa”, *ibidem*, p. 24.

48 *Ibidem*. p. 29.

posiciones diferenciadas<sup>49</sup> y con una diversidad de garantías para su aseguramiento, no sólo de tipo procesal.<sup>50</sup>

Comparto el criterio de que “garantía” no es el término apropiado para referirse al catálogo de derechos en el texto fundamental, pero también considero que se puede hacer convivir una distinción en el plano epistemológico entre su reconocimiento y la forma específica en que el Estado los asegura, y que en esos términos es posible asumir el principio fundamental: derechos reconocidos y tutelados por la Constitución, así como la inclusión de un conjunto de medios de protección *lato sensu* (garantías) que el Estado ofrece a la persona en su calidad de sujeto universal de los derechos.

De cualquier forma, lo que me parece importante es clarificar que en la Constitución se incluye un núcleo de derechos inherentes a la dignidad humana, considerando los provenientes de fuente internacional, a través de las declaraciones, tratados y decisiones, así como el catálogo de derechos consagrados en el texto constitucional, mismos que se interpretan de conformidad con los primeros, y que cuentan con las garantías ofrecidas por el Estado para su tutela y debida reparación en caso de ser vulnerados.

### III. EL CASO DE LOS DERECHOS DE FUENTE INTERNACIONAL, MÁS ALLÁ DE LA JERARQUÍA

Del reconocimiento y protección de los derechos, se deriva, en consecuencia, la necesidad de precisar claramente en la Constitución el lugar que corresponde a aquellos de fuente internacional en el entramado de

49 Así, Gross Espiell apunta: “Sin entrar ahora al debate doctrinario respecto del sentido, naturaleza y alcance de las expresiones derechos humanos y derechos fundamentales, no puedo ocultar mi preferencia por la denominación derechos humanos. Si al decir derechos fundamentales quiere señalarse el carácter fundamental o esencial de todos los derechos humanos, nada encontraríamos de negativo o contraproducente en su empleo. En cambio, si al referirse a los derechos fundamentales se está insinuando que hay otros derechos humanos que no son fundamentales, y que por tanto están al margen, o discriminados, respecto de su protección internacional, e incluso de su protección constitucional interna, no me es posible disimular mi preocupación”, Gross Espiell, Héctor, “La futura Constitución de Europa y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *VIII Congreso Iberoamericano... cit.*, p. 17.

50 Ferrajoli inclusive distingue dos tipos de garantías en la tutela de los derechos, una en relación con el deber jurídico del sujeto obligado, y que puede asemejarse al aseguramiento que contempla nuestro actual artículo 1o., y otra, en relación con la protección jurídica del derecho. *Cfr.* Ferrajoli, *op. cit.*, p. 61.

todo el desarrollo relativo a la protección de la persona. Muchos países de Iberoamérica, en una tendencia que inicia con las constituciones de Portugal y España de 1976 y 1978 respectivamente, han ido incorporando cláusulas especiales para el tratamiento constitucional de los tratados en materia de derechos humanos.

La doctrina ha sido profusa en relación con este tema de la jerarquía de los tratados de derechos humanos, y el trabajo en América Latina ha alcanzado ya una altura considerable. Dos países, cuyos modelos pueden ser ilustrativos con respecto a este desarrollo son Argentina y Venezuela.

El primero, a partir de su reforma constitucional de 1994, incorporó en el artículo 75, relativo a las atribuciones del Congreso, la jerarquía constitucional que corresponde a los tratados en materia de derechos humanos. La nota característica de este modelo, a diferencia de otras formulas que refieren en general al derecho internacional de los derechos humanos, ha sido el haber optado por enunciar de manera taxativa los instrumentos que adquieren tal relevancia (artículo 75.22),<sup>51</sup> señalando además, que los derechos consagrados en esta normatividad internacional son complementarios de los reconocidos en el propio texto constitucional.

Venezuela, por su parte, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, incorporó también la jerarquía constitucional, acompañada de una cláusula *pro homine*, que marca el

51 A la letra: (corresponde al Congreso) “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la santa sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

“Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

criterio de prevalencia en la aplicación de los tratados respecto de la Constitución (artículo 23).<sup>52</sup>

En México, no sin reticencias y ambigüedades, en los últimos años se ha formado una conciencia más clara, por parte de diferentes actores jurídicos y políticos sobre la necesidad de establecer criterios definidos en el tema, y no han sido pocas las reflexiones en torno a dilucidar el lugar que ocupan los tratados internacionales en materia de derechos en nuestro orden jurídico, así como las relativas a la ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales internacionales derivados de los instrumentos de los que nuestro país es parte.

El artículo 133 es un precepto que ha sido calificado de “oscuro, incongruente y dislocador de nuestro sistema”,<sup>53</sup> entre otras cuestiones, por cuanto no establece con claridad los ordenes jerárquicos. Las discusiones académicas a este respecto, han sido abundantes, pero la verdad es que a la fecha esa disposición espera una gran reforma que zanje de una buena vez el problema de los distintos ordenamientos en nuestro orden jurídico supremo. La Suprema Corte de la Nación, en los últimos años ha emitido una tesis jurisprudencial<sup>54</sup> que ubica a los tratados internacionales por encima de la legislación y por debajo de la Constitución (rango supralegal), pero la argumentación por la que llega a sus conclusiones ha sido sumamente criticada por buena parte de los juristas.<sup>55</sup> Todo esto refleja el gran problema que tenemos en México ante la falta de una verdadera reforma, clara y congruente, especialmente con el tema de los derechos humanos y los tratados suscritos por nuestro país.

52 “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público”.

53 Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 24 ed., México Porrúa, 1990, p. 548.

54 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo X, noviembre de 1999, Tesis P. LXXVII/99, Página 46. Tesis Aislada.

55 Véase Ortiz Ahlf, Loretta, “Jerarquía entre leyes federales y tratados”, *Propuestas de reformas constitucionales*, México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, colección Foro de la Barra Mexicana-Themis, t. II, 2000, pp. 1039-1052; Cossío, José Ramón, “La nueva jerarquía de los tratados internacionales”, *Este País*, México, núm. 107, febrero de 2000, pp. 34-36.

No obstante, me parece que más allá de la jerarquía normativa, en el ámbito específico de los derechos humanos, lo atingente sería avanzar en otro tipo de discurso, que atienda precisamente a criterios interpretativos y a la aplicación de las normas internacionales que, en su carácter subsidiario, amplíen con mayor eficacia la protección de la persona.

La Unión Europea va siendo punta de lanza en el diseño de figuras e instituciones que respondan a las necesidades concretas en aras de una mayor y efectiva integración. En este sentido, es cada vez más frecuente hablar de cesión de parcelas de soberanía en favor de instituciones comunitarias y constatar la tendencia de privilegiar criterios de distribución de competencias, transferencia de atribuciones y subsidiaridad, a los de jerarquía.<sup>56</sup>

Me parece que este desarrollo puede incidir en la conformación de otro paradigma para abordar la cuestión del lugar que ocupan los tratados en el orden jurídico interno. Se evitarían conflictos derivados de la aplicación de la normativa internacional, si se privilegian los criterios de ámbitos de validez de la norma diferenciados, a los de tipo jerárquico, considerando al tratado como una norma especial que se aplica al caso concreto,<sup>57</sup> de tal suerte que la convivencia de los órdenes jurídicos diversos no atendiese estrictamente a criterios de supra o subordinación o a la estructura jerárquica piramidal

56 “...los poderes de la Comunidad Europea tienen su origen en una limitación de la competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados de la Comunidad, de modo que los estados han limitado aunque en ámbitos restringidos sus derechos soberanos, creando una comunidad cuya duración es ilimitada, dotándola de instituciones, personalidad jurídica propia y capacidad de representación internacional, en virtud de lo cual la Comunidad ha creado un cuerpo de derecho aplicable a sus súbditos y a ellos mismos”, Linde, Enrique, “Sistema de fuentes del derecho en la Unión Europea”, Linde *et al.*, *Principios de derecho de la Unión Europea*, Madrid, COLEX, 2000, p. 395.

57 Sobre este punto, rescato una reflexión sobre la relación tratado-ley federal que puede aplicarse análogicamente a esta argumentación: “Dado que los tratados internacionales pueden referirse a materias que, desde el punto de vista de distribución interna de competencias legislativas, caen en la esfera competencial del Congreso de la Unión, puede darse el supuesto de que las disposiciones del tratado no sean compatibles con las de alguna ley federal. Problema ante el cual debe adoptarse un criterio de solución”.

Considero que el problema anterior tiene solución sin necesidad de acudir a criterios de jerarquización, sino de relación entre una norma general —la ley federal— y una especial —el tratado— que, por lo mismo, debe resolverse aplicando la norma especial a los casos a que ésta se refiere y la norma general —la ley federal— en todos los supuestos no comprendidos por la norma especial —el tratado—”, Ortiz, Loretta *et al.*, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus acuerdos paralelos*, México, 2a ed., Themis, colección Ensayos Jurídicos, 1998, p. 27.

de corte kelseniano, sino a los de subsidiaridad y de competencias que se desplazan para dejar paso a las disposiciones internacionales cuando así se requiera. Ésta se perfila como la tendencia más evolucionada en la incorporación y aplicación de los ordenamientos de tipo internacional a los domésticos.<sup>58</sup>

Con base en esta reflexión, la propuesta sobre un principio que dilucide el lugar que ocupan los derechos reconocidos en la Constitución, provenientes de instrumentos internacionales, apunta a establecer lo siguiente:

Que estas normas, por la importancia capital de los bienes jurídicos que tutelan, efectivamente complementan y adicionan el catálogo de derechos humanos en la Constitución.<sup>59</sup>

En caso de conflicto o contradicción sobre el significado y alcance de las normas internacionales, se resolverá atendiendo a criterios de interpretación, principio que por lo demás, pone mayormente el acento en la sustancia de los derechos, que en la forma que reviste la disposición normativa. En este sentido, el artículo 10.2 de la Constitución española es un buen ejemplo de este criterio, al señalar: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

<sup>58</sup> En este sentido, Guruntz Jáuregui apunta: “Esta progresiva difuminación entre el derecho interno y el derecho internacional sitúa a los juristas en la perspectiva de un nuevo horizonte: el de la necesidad de asumir la elaboración progresiva de un constitucionalismo mundial; un constitucionalismo regulador de un ordenamiento jurídico complejo en el que sea posible la convivencia de órdenes jurídicos diversos no sustentada, necesariamente, en relaciones jerárquicas de *supra* o subordinación, sino en criterios de compartición, coordinación y subsidiaridad. Ese es, en definitiva, el gran reto del constitucionalismo ante el siglo XX”, Jáuregui, Guruntz, “Estado, soberanía y Constitución”, Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2000, p. 412.

<sup>59</sup> “En efecto, si el tratado no es contrario a la Constitución, al ser admitido a nivel constitucional en el sistema jurídico mexicano provoca dos tipos de efectos: complementa o precisa conceptos o materias previstas en la Constitución; o bien, se provoca una ampliación de la experiencia normativa de la propia Constitución, en una serie de materias y conceptos de origen internacional no previstas en el máximo ordenamiento”, Pérezniето Leonel, “Los tratados internacionales, el sistema jurídico nacional y sus repercusiones en el concepto de la soberanía”, *Revista del Senado de la República*, México, núm. 12, vol. IV, julio-septiembre de 1998, p. 175. Incluso, derivado de esta argumentación, Pérezniето propone que los tratados sean aprobados por el Congreso de la Unión y no únicamente por la Cámara de Senadores, como una vía paralela a la del Constituyente Permanente tradicional.



Así, esta disposición va de forma independiente al tratamiento de la posición de los tratados en el sistema doméstico, además porque —como anota Manili— “ en general, la doctrina constitucionalista española no ha desarrollado el concepto de jerarquía en la valoración de fuentes del derecho. El principio que rige la ordenación de sus fuentes es el de competencia”.<sup>60</sup>

En este tenor de ideas, me parece que en nuestro caso concreto, tal disposición encontraría un mejor espacio en el artículo 1o. a la par del reconocimiento derechos y el ofrecimiento de garantías y no necesariamente en el artículo 133, como han sido en general las propuestas a este respecto.

Que estos criterios de interpretación se definan en función de una cláusula *pro homine*, a semejanza de la ya citada Constitución Bolivariana de Venezuela, es decir, en la medida que los tratados internacionales sean más favorables a la persona.<sup>61</sup>

En este sentido, en México se ha avanzado en este punto a través de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, que ha rescatado principios que deberían incorporarse a la Constitución. Tal es el caso de los contenidos vertidos en los artículos 6o. y 7o., que señalan:

Artículo 6o. La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable.

Artículo 7o. Para los efectos del artículo anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias.

60 El propio Manili es enfático: “Toda la riqueza interpretativa que la jurisprudencia y la doctrina española han extraído de una norma que sólo se refiere a la interpretación de normas constitucionales, ha sido posible sin necesidad de asimilar los instrumentos de derechos humanos a la misma jerarquía que la carta magna”, Manili, Pablo Luis, “ La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano”, Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

61 Así lo establece el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al precisar que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte...”.

En un tema vinculado estrechamente, es preciso que se prevea constitucionalmente el mecanismo de incorporación de las resoluciones dictadas por los organismos derivados de estos tratados, muy especialmente en nuestro caso, de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y las sentencias en lo que corresponde a la Corte Interamericana.

Lo anterior implicaría que las autoridades correspondientes estarían sujetas al cumplimiento de estas resoluciones de forma inmediata una vez que hubiesen sido notificadas de las mismas. Desde luego que la ejecución debe comprender el alcance de todos y cada uno de los puntos resolutiveos que determinen los organismos, inclusive la indemnización patrimonial, como ya se prevé para México en el referido proyecto de ley reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 constitucional.<sup>62</sup>

#### IV. LOS PASOS EN EL FORTALECIMIENTO DE LA IGUALDAD

La universalidad de los derechos pasa necesariamente por la igualdad; de ahí la relevancia que tiene para su efectiva garantía el reconocimiento y tutela de las diferencias, del derecho de los “otros”, y así, la prohibición de discriminar por cualquier causa.<sup>63</sup> Es la trascendencia del paradigma de los siglos XVII y XVIII, de corte racionalista y localista en la asignación de los derechos: al varón, blanco y propietario; un salto cualitativo de enorme envergadura en la toma de conciencia sobre la dignidad de la persona.

<sup>62</sup> En el artículo 2o., segundo y tercer párrafos:

“Los preceptos contenidos en el capítulo II y demás disposiciones de esta ley serán aplicables, en lo conducente, para cumplir los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aceptadas estas últimas por el Estado mexicano, en cuanto se refieran al pago de indemnizaciones.

La aceptación y cumplimiento de las recomendaciones a que se refiere el párrafo anterior, en su caso, deberá llevarse a cabo por la dependencia, entidad u organismo constitucional autónomo que haya sido declarado responsable; lo mismo deberá observarse para el cumplimiento de los fallos jurisdiccionales de reparación. Será la Secretaría de Relaciones Exteriores el conducto para informar de los cumplimientos respectivos, tanto a la Comisión como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según corresponda”.

<sup>63</sup> A este respecto, Miguel Carbonell señala: “La base de la universalidad de los derechos está respaldada tanto en razones teóricas como normativas. Desde el punto de vista normativo en virtud, justamente, de la común asignación en los textos constitucionales de los estados democráticos a todos los seres humanos de los derechos, superando las visiones restrictivas y discriminatorias que hacían de los derechos estatus de privilegio más que de protección de la igual dignidad de todos”, Carbonell, *op. cit.*, p. 3.

El reconocimiento de las diferencias se identifica en la actualidad como el modelo más acabado para garantizar la igualdad en el ámbito de los Estados democráticos de derecho, al atender a las circunstancias específicas que determinan la vida de las personas. Estas expresiones se han incorporado en las constituciones a través de cláusulas de prohibición de discriminar o de igualdad formal,<sup>64</sup> y de alguna suerte también mediante las de igualdad material o sustancial, con las que existe una interdependencia, sobre todo porque su asunción constitucional supone reforzar la protección de los posibles sujetos de discriminación. Se presentan como una norma que señala expresamente la obligación por parte del Estado de garantizar al máximo condiciones de igualdad política, social, económica, cultural, para todos sus habitantes.

La Constitución española contempla una cláusula de igualdad sustancial, que precede a la de igualdad formal, en el artículo 9.2 y que es del tenor siguiente: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida económica, social y cultural.”

La legislación a este respecto y con relación a la igualdad formal es amplia. Entre los países que tienen cláusula de prohibición de discriminar, o implementan las acciones de discriminación positiva en su Constitución, podemos contar a Argentina, Bolivia, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Perú, Venezuela. Trinidad Tobago tiene una ley específica contra la discriminación. En Bolivia, Colombia y Ecuador encontramos legislación específica sobre algunos grupos objeto de discriminación como discapacitados o indígenas. En este sentido, también ha sido cada vez mayor el desarrollo doctrinal y normativo en torno a las causales sobre discriminación, es decir, una identificación concreta de los sujetos, lo que ha llevado a ampliar el catálogo taxativo sobre grupos vulnerables en aras de una protección más sofisticada.

El caso europeo es representativo y paradójico, porque a pesar de los enormes esfuerzos que ha realizado para estandarizar criterios al interior de

64 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en función “del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio”, Propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica relacionada con la naturalización, OC – 4/ 84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrafo 54.

la Unión y evitar la discriminación de los ciudadanos, no ha podido hacer lo propio respecto de las migraciones provenientes de Asia, África del Norte y Europa del Este,<sup>65</sup> lo que implica un reto mayor para fortalecer el ámbito de la prohibición de discriminar en un discurso extensivo a otros espacios culturales.

A tono con lo anterior, siempre atingente, Häberle precisa:

La universalidad de los derechos humanos tiene que dejar espacio para las variantes culturales en el contexto de los países lejanos. La paz perpetua en el sentido de Kant y (aquí necesita la sociedad abierta utopías concretas) permanece como un proyecto obligado. En el Estado constitucional europeo se tiene un puntal: con propósitos cosmopolitas y con consecuencias cosmopolitas.<sup>66</sup>

En este sentido, especial relevancia reviste el artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo II – 21.1 del proyecto de Constitución europea), que a letra señala:

No discriminación.

Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

La disposición es relevante, en un primer ámbito de tipo sustantivo, porque ha ampliado las causales de discriminación, especialmente con respecto a la disposición correspondiente —el artículo 14— el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no sólo de forma numérica, sino cualitativamente, añadiendo los de características genéticas, convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, y así, se perfila como un documento modélico en la incorporación de los factores de discriminación que marcan a la sociedad contemporánea. Además, substituye vocablos en torno a ciertos factores, con la intención de clarificar los contenidos y situarlos en el contexto del derecho actual, en atención a ciertas

65 Muy probablemente el problema se revierta con respecto a esta región, a partir del 1o. de mayo de 2004, con el ingreso a la Unión de Malta, Chipre, Polonia, Hungría, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia y Lituania.

66 Häberle, Peter, *op. cit.*, p. 104.

reivindicaciones sociales o consideraciones de tipo científico surgidas con posterioridad a la vigencia del Convenio. Así, cambia fortuna por patrimonio; origen nacional por origen étnico y, al expresar el factor religioso, lo amplía y matiza incluyendo a las convicciones fundamentales, lo que permite a la postre una ampliación de la cobertura de protección a los grupos vulnerables. Por otra parte, adquiere relevancia en un ámbito de aplicación de tipo adjetivo, por cuanto favorece el trabajo judicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bastión jurisdiccional donde se residenciará la Carta, y ulteriormente la Constitución europea, y de donde éste abreviará mayormente su judicial activismo.<sup>67</sup>

Este trabajo judicial ha venido ampliando el derecho antidiscriminatorio, que prácticamente se incorporó a Europa en los años setenta a través de las normas nacionales, y cuya presencia en el propio espacio comunitario ha sido mayormente relevante en relación con las cuestiones de flujos migratorios *ad intra* de los países miembros de la Unión, en el marco del principio de la libre circulación de personas, sin incidir, por desgracia, en los graves problemas de migración proveniente allende las fronteras europeas. Se ha derivado además en la libre circulación de trabajadores y empresas, y en este contexto, a la discriminación por sexo en el desempeño laboral,<sup>68</sup> donde particularmente paradigmáticos han sido los casos Kalanke y Marschall.<sup>69</sup>

67 Sobre la vinculación entre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Tribunal Europeo, Dinah Shelton apunta: “However, the European Parliament has recommended that it be incorporated into the EU Treaty and The Commission has agreed. The Commission’s opinion is that the Charter may be regarded at present, even by the ECJ, as an important source of binding principles of fundamental rights”, Shelton, Dinah, “The boundaries of human rights jurisdiction in Europe”, *Duke Journal of Comparative & International Law* en <http://web.lexis-nexis.com/universe/doc>

68 Para profundizar en el tema del derecho antidiscriminatorio en el ámbito euro-espacial, véase García Añón, José, *El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el derecho europeo*, Universidad de Valencia, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 2, 1999, en <http://www.uv.es/CEFD/2/garcia.html>

69 Caso Eckhard Kalanke véase Freie Hansestadt Bremen, y Caso Hellmut Marschall vs. Land Nordrhein-Westfalen, ambos en [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_d](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_d). Sobre las acciones de discriminación positiva y su desarrollo en alguno de estos casos, véase Pager, Sean, *Strictness and subsidiarity: An institutional perspective on affirmative action at the European Court of Justice*, Boston College International & Comparative Law Review, Boston, 2003, <http://web.lexis-nexis.com/universe/doc>

En el caso concreto de México, en lo relativo a la incorporación constitucional del principio de igualdad en la Constitución, nos encontramos a medio camino. A partir de agosto de 2001, se ha adicionado una cláusula de prohibición de discriminar en el párrafo tercero del artículo 1o., lo que ya constituye un paso importante. Este precepto señala:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Sin embargo, me parece que para establecer un piso mínimo en la Constitución para abordar la temática, habría que acometer a lo siguiente:

### 1. *Las omisiones*

Es necesario incluir una cláusula de igualdad material en el texto constitucional, no sólo como una evocación de tipo político en la Constitución, o una norma de tipo programático que, traicionando su carácter normativo, resulte a la postre letra muerta, sino como un principio detonador de toda una política de Estado en la consecución de la igualdad, principalmente a través de la regulación efectiva de las llamadas “acciones de discriminación positiva”.<sup>70</sup>

Por otra parte, habría que situar la dimensión correcta —en términos del derecho comparado y de los instrumentos internacionales— en materia de derechos humanos de los factores de discriminación, cuya

<sup>70</sup> “La igualdad que debe perseguir el Estado social no es —y no puede ser— una igualdad puramente formal. Hay que tener en cuenta las relaciones concretas de poder y la situación real de los afectados de modo que el principio constitucional de igualdad sea entendido como igualdad material.

Esta primera consecuencia conduce a condenar toda perversión de los derechos de libertad por olvidar las relaciones concretas de poder. Ello supone reforzar la protección jurídico-constitucional de los débiles, de las minorías y consecuentemente minorar la protección excesiva de los fuertes. Eso no significa que cualquier poder sobre otra persona sea siempre antijurídico, pero sí excluye que tal poder goce de una protección constitucional a expensas de los derechos fundamentales de los demás”, Moderne, Franck, “Cuál es el futuro del constitucionalismo social?”, Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 503.

regulación en la Constitución ha resultado incompleta y en algunos casos ambigua, teniendo en consideración que éstos no solamente reflejan una realidad que en ocasiones se ha intentado soslayar, sino que presentan las causales concretas de discriminación hacia grupos vulnerables específicos.

Estas carencias constitucionales, al igual que en el caso de la cláusula *pro homine*, se han rescatado en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.<sup>71</sup> Así, se ha incorporado una cláusula de igualdad substancial en el artículo 2o. que toma elementos del ya citado artículo 9.2 de la Constitución española, así como del 3.2 de la Constitución italiana.<sup>72</sup>

La propia ley amplía las categorías de factores de discriminación y aclara algunos de los términos que han resultado ambiguos en el texto constitucional (artículo 4o.).<sup>73</sup> Se ha substituido “género” por “sexo”; “capacidades diferentes” por “discapacidad”; “preferencias” por “preferencias sexuales”, los segundos como términos más acordes con las realidades que reflejan y con el desarrollo de la normatividad internacional, y se han incluido asimismo los criterios de embarazo y lengua, además de la xenofobia y el antisemitismo.

## 2. La Constitución discriminando

Si bien es cierto, el desarrollo constitucional en favor de la igualdad ha ido cobrando mayor vigencia en México, el anacronismo de algunos postulados constitucionales, reflejan una abierta contradicción entre su ampliación en favor de los derechos y ciertas figuras sostenidas a golpes de autoritarismo.<sup>74</sup> De poco sirve establecer condiciones de igualdad si la propia Constitución discrimina.

<sup>71</sup> Sobre la gestación de esta ley y su contenido: “Legislar contra la discriminación”, Carbonell, Miguel, *op. cit.*, pp. 181–220.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>73</sup> “Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, el sexo, la edad, la discapacidad, la condición social o económica, las condiciones de salud, el embarazo, la lengua, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos fundamentales y la igualdad real de oportunidades de las personas. También se entenderán como formas de discriminación la xenofobia y el antisemitismo”.

<sup>74</sup> Este punto refiere a un tema que se ha discutido en México —y en general, me parece que también en sociedades que, como la mexicana, presentan proclividad a la reforma constitucional— sobre la posibilidad de introducir normas inconstitucionales en el

Para muestra, está la facultad del Ejecutivo para expulsar, sin que medie juicio previo, a los extranjeros cuya presencia juzgue inconveniente, como el único caso todavía presente en la Constitución<sup>75</sup> de una disposición que cancela la garantía de audiencia y del debido proceso, a pesar de que es casi unánime el criterio sobre la impostergable necesidad de su derogación, aunque —como apunta Raúl González Schmal— esta disposición “debe considerarse tácitamente derogada, y debe proceder el juicio de amparo contra su eventual aplicación”.<sup>76</sup>

Otro ejemplo es la pena de muerte en el ámbito de la justicia castrense, en el que el punto concreto de la discriminación, es precisamente el entramado de los artículos 22 y 14, junto con el Código de Justicia Militar, lo que configura un conjunto de disposiciones que permiten mantener un régimen de excepción con respecto a la pena de muerte, de tal suerte que, quienes optan por dedicarse al servicio de las armas, no tienen más remedio que sujetarse a un estatuto penal que va en contra de lo que México ya se ha

propio texto fundamental. Si bien, en la mayoría de los casos, la discusión se ha zanjado aludiendo al tema de la igual jerarquía de las disposiciones constitucionales, lo que ha sido enfáticamente reiterado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la práctica, el asunto no es tan sencillo. Sin pretender abrir la reflexión por esta vía, me parece que el punto de la discriminación abre una posibilidad de identificación de estas contradicciones. Para una aproximación al tema, véase González Schmal, Raúl, “¿Una reforma a la Constitución puede ser inconstitucional?”, varios autores, *El significado actual de la Constitución. Memoria del Simposio Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

<sup>75</sup> Contrariamente a lo dispuesto en el artículo 14, a lo largo de su vigencia, nuestra Constitución ha mantenido excepciones a este principio, las más de las veces por cuestiones de tipo político e ideológico y en una abierta discriminación de personas y grupos. Antes de 1992, subsistían dos casos en los que se negaba la garantía de audiencia. Uno estaba vinculado de alguna suerte, a la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica de las agrupaciones religiosas, porque negaba el recurso efectivo a los establecimientos particulares que impartiesen educación —mayoritariamente instituciones de carácter religioso— al momento de negar o revocar los permisos respectivos por parte de la Secretaría de Educación Pública. La reforma constitucional de ese año consideró suprimir este aspecto para que los particulares no fuesen discriminados en su garantía de audiencia y debido proceso, mediante la negativa para acudir ante el Poder Judicial a solicitar la revisión de la legalidad de los actos de las autoridades educativas. Otro supuesto se contenía en el artículo 27, fracción XVI, que negaba el juicio de amparo a quienes se inconformaran con una afectación de tierras y aguas para destinarlas a ejidos, a menos que ostentaran un certificado de inafectabilidad.

<sup>76</sup> González Schmall, Raúl, “La soberanía nacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista del Senado de la República*, México, núm. 13, octubre–diciembre de 1998.



comprometido internacionalmente, y que los discrimina en la igualdad de aplicación de las penas ante la comisión de delitos.

Es posible dar también cuenta de la discriminación de los indígenas que no han visto todavía reivindicados a cabalidad sus derechos, con una reforma constitucional incorporada al artículo 2o. que, “reconoce formalmente el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, pero lo encierra con candados que hacen difícil su aplicación en la práctica”.<sup>77</sup>

Igual mención se puede hacer en el caso de los derechos políticos de los ministros de culto, ya que la Constitución sigue conservando un estatuto especial, descontextualizado de los avances de la materia en la arena internacional y, a mi juicio, discriminatorio. La disposición establece que los ministros tienen el derecho al voto activo pero no pasivo, lo que se presenta como el único caso de excepción para que un ciudadano ejerza plenamente sus derechos políticos, con la salvedad de la suspensión de la ciudadanía, por ejemplo prevista ante la comisión de un delito.

No es casualidad ni asunto menor el hecho de que mantener estas disposiciones de talante discriminatorio, ha tenido un alto costo para México en el foro internacional, debido a que no ha podido suscribir algunos instrumentos —como es el caso de los protocolos relativos a la abolición de la pena de muerte, tanto en el marco del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— o ha tenido que formular reservas, a efecto de poder hacer convivir la disposición constitucional con el instrumento internacional incorporado como norma suprema de la Unión, algunas de ellas prácticamente incompatibles con el objeto y fin del tratado mismo, contraviniendo así un principio fundamental contenido en el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.<sup>78</sup>

<sup>77</sup> *Diagnóstico, op. cit.*, p. 158. En las propuestas sobre legislación constitucional se establece:

“Que el Congreso de la Unión reabra el debate sobre la reforma constitucional en materia indígena, con el objeto de establecer claramente los derechos fundamentales de los pueblos indígenas de acuerdo a la legislación internacional vigente y con apego a los principios firmados en los Acuerdos de San Andrés”, *ibidem*, p. 159.

<sup>78</sup> En un trabajo anterior, y en referencia a la reserva formulada al momento de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisamente en razón del artículo 33 constitucional, he señalado: “...la reserva en sí misma es insostenible porque perjudica a los extranjeros en uno de sus derechos fundamentales, como es la garantía de audiencia y pretende además hacer nugatorio su

## V. CONCLUSIÓN

Es preciso reconocer que México mantiene una actitud diferenciada en las luchas que encabeza en el exterior por las causas de la justicia y los derechos humanos, y lo que realiza en favor de sus propios nacionales y ciudadanos al interior de las fronteras. Ante el complicado panorama que muestra el Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México, y la contundencia de fenómenos de descomposición sistémica como el caso de los crímenes en Ciudad Juárez, algunos destellos esperanzadores se presentan en otros espacios. Tal es el caso de la lucha que nuestro país mantiene para que se garantice el respeto de los derechos humanos de los indocumentados mexicanos en los Estados Unidos.

Esta preocupación a llevado al gobierno a formular un par de consultas a la Corte Interamericana, de conformidad con lo que establece el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que ha derivado en sendas opiniones consultivas, las 16 y 18, con una jurisprudencia riquísima que amplía la cobertura del derecho internacional de los derechos humanos y contribuyen a su madurez.

La OC 16 versó sobre el cumplimiento de ciertas condiciones del debido proceso, concretamente el derecho que tienen los mexicanos condenados a pena de muerte en territorio estadounidense a recibir la asistencia legal por parte de las oficinas consulares correspondientes, así como a ser informados de tal derecho por parte de las autoridades norteamericanas.<sup>79</sup>

derecho para reclamar tal violación por parte del Estado ante las instancias internacionales. Por otra parte, la reserva en cuestión contraviene el artículo 75 de la Convención Americana y el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, por cuanto es incompatible con el objeto y fin del tratado, al vulnerar preceptos contenidos en la misma Convención Americana como los artículos 8o. y 25, referentes a la garantía de audiencia y a la protección judicial respectivamente, y al violentar incluso el artículo 1o. relativo a la no discriminación. Por tanto, esta postura no es sostenible ni en el ámbito internacional en calidad de reserva a la competencia de la Corte Interamericana, ni en el ámbito doméstico en la propia Constitución, que espera una reforma al respecto”, Caballero, José Luis, “México y el sistema interamericano de protección a los derechos humanos”, Méndez Silva, *op. cit.*, pp. 629 y 630.

Una reflexión importante, vinculada tangencialmente al tema se encuentra en: Martín, Claudia, “La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas: análisis sobre la validez de la reserva y la declaración interpretativa formulada por México al ratificar este tratado”, pendiente de publicación.

<sup>79</sup> Véase [http://www.corteidh.org.cr/serie\\_a/A\\_16\\_ESP.html](http://www.corteidh.or.cr/serie_a/A_16_ESP.html)

La OC 18, por su parte, llevó a la Corte el tema de los derechos mínimos que deben observarse en favor de los trabajadores migratorios, aun y cuando estos no ostenten la debida estancia legal en el país, en este caso, los Estados Unidos.<sup>80</sup> La Opinión Consultiva, más allá de las consideraciones sobre el caso concreto, es un verdadero tratado sobre las condiciones de igualdad de los migrantes, y en general, sobre la prohibición de discriminar por cualquier causa.

La aportación de la Corte en relación con algunos de los puntos vertidos en este trabajo, da cuenta de lo siguiente:

El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos inherentes a la dignidad humana, lo que se encuentra previsto en los instrumentos internacionales (párrafos 72 y ss.)

Ante esta obligación, el Estado debe adoptar medidas para garantizar la promoción de los derechos y evitar o suprimir aquello que los restrinja o vulnere ( párrafo 81).

“La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en favor de todas las personas son elementos constitutivos” de un principio fundamental sobre derechos humanos (párrafo 83).

Este principio pertenece al *ius cogens* internacional puesto que sobre él descansa “todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional” (párrafo 101).

Así, como una toma de conciencia del derecho internacional de derechos humanos, se ha llegado a la conclusión de que “este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no dicriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*”( párrafo 101).

En este sentido, me parece que en México es necesario superar la feria de complicidades, de prejuicios, de incoherencias, para llevar a la Constitución, y de ahí a la cotidianidad de la dinámica social, este bagaje, al que de alguna forma —aunque suene paradójico— nuestro país ha contribuido ¿habrá manera de trascender este desfase?

80 Opinión Consultiva OC – 18/03, de 17 de septiembre de 2003. En: [www.corteidh.cr](http://www.corteidh.cr)