

LA ESTRUCTURA JURÍDICA DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

Carla HUERTA OCHOA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Delimitación del contenido.* III. *Estructura normativa.* IV. *Igualdad como fundamento del derecho a la no discriminación.* V. *Distinción entre derechos humanos y fundamentales.* VI. *El origen de los derechos humanos.* VII. *La transformación del derecho humano en derecho interno.*

I. INTRODUCCIÓN

Para poder abordar el problema de la discriminación es preciso conocer el objeto al que se refiere, pero más que ocuparme de la discriminación como fenómeno o situación, intentaré delimitar el sentido y función de este derecho, así como de la estructura normativa del derecho a la no discriminación haciendo una comparación con la de los derechos fundamentales.

El concepto de derechos humanos es tanto vago como ambiguo. A lo largo de la historia de los derechos de las personas ha sido utilizado de manera diversa, y designado con distintos términos de conformidad con las influencias culturales e históricas de cada país. Su primer antecedente como derecho positivo ha sido identificado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.¹ Desde entonces se ha transformado sustancialmente su significado, en aquel tiempo era completamente distinto al actual, ya que más que un simple reconocimiento de la naturaleza humana, pretendía fundar la obligación del Estado de

¹ Un estudio clásico sobre esta Declaración es el de Georg Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

proteger y garantizar un determinado catálogo de derechos en el orden jurídico. Con ello se pretendía impedir la posibilidad de retroceder una vez más, a un Estado absolutista, puesto que se consideraba que su regulación se configuraría como un límite al ejercicio del poder.²

II. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO

Una primera pregunta para determinar el contenido u objeto de este derecho sería: ¿qué es discriminación? De manera general y sin intentar proponer una definición, se podría decir que como hecho o situación se refiere al acto u omisión por el cual, sin un motivo o causa que sea racionalmente justificable, una persona recibe un trato desigual que le produce un perjuicio en la esfera de sus derechos o forma de vida.³

Este derecho se integra por tres elementos: la vulneración del principio de igualdad, un efecto negativo directo y la ausencia de una razón aceptable que sustente la distinción, por lo cual la discriminación produce una desigualdad no justificada. Existen dos formas genéricas de discriminación: la activa, que es consecuencia de la regulación o de las políticas o acciones de las autoridades, y la pasiva, que resulta de la falta de realización o implementación de las reformas o políticas necesarias para superar un determinado problema de desigualdad. Ambas formas son imputables al Estado, una por acción, la otra por omisión.

El derecho que se puede inferir de este tipo de conductas discriminatorias, ya sean activas o pasivas, es un derecho a una abstención, en el sentido de no intervención en el ámbito de acción del particular, puesto que su objeto es impedir que otros produzcan un daño o perjuicio a una persona en la esfera de su dignidad.

En general se entiende por discriminación en sentido amplio, toda infracción al principio general de igualdad motivado en una razón de clase o por la pertenencia a un grupo, y en sentido estricto, cuando concurre un criterio de diferenciación no permitido o prohibido expresamente por

² “La formación del Estado de derecho no puede ser observada desde una perspectiva unidimensional” como bien apunta José Antonio Caballero Juárez, quien incluye el reconocimiento de los derechos individuales como un elemento fundamental para la “transición del absolutismo al Estado de derecho” como se titula el primer capítulo de *Transiciones y diseños institucionales*, González y López, (eds.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 19-47.

³ Sobre el concepto de discriminación véase Rodríguez Cepeda, Jesús, *El concepto de la discriminación*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005.

la ley. El derecho a la igualdad se manifiesta en el momento de establecer una diferenciación legal, mientras que el derecho a la no discriminación puede ejercitarse cuando se produce una diferenciación o inequidad no justificable.⁴

De modo que al vulnerar el derecho a la no discriminación necesariamente también se atenta contra el principio de igualdad general,⁵ el cual se dirige principalmente al legislador y a la autoridad ejecutora, mientras que al derecho a la no discriminación se le debe reconocer un espectro más amplio, incluso frente a terceros, no solamente individuos sino también personas morales como pueden ser agrupaciones civiles, escuelas particulares, asociaciones de familia, por ejemplo.

La discriminación se puede producir de manera directa o indirecta. Es directa cuando se fundamenta expresamente en las características distintivas o definitorias de las personas que pertenecen a un grupo. Es indirecta cuando se produce a través de las normas, las políticas o de ciertas prácticas que aun cuando no constituyen actos discriminatorios, tienen por efecto causar un perjuicio o una cierta desventaja para un grupo de personas.

Diferenciar no es sin embargo una acción negativa necesariamente, en virtud de lo cual es preciso distinguir las razones por las cuales se produce la diferenciación. Para ello es necesario distinguir los motivos que pueden justificar una diferenciación válida, de las acciones que la llevan a cabo (distinciones, preferencias, privilegios, exclusión, restricciones), de los resultados de la discriminación (el detrimento, un impedimento, el menoscabo, el hecho de negar el derecho o su ejercicio, o la marginación, por ejemplo). Ya que cuando las acciones que producen una distinción se fundan correctamente, no deben producir un efecto discriminatorio. La regulación de la discriminación tiene por objeto combatirla.

El derecho a la no discriminación se puede configurar de distintas maneras, a partir del otorgamiento de ciertos derechos fundamentales correlativos, de derechos derivados de la no discriminación como por ejemplo la tolerancia, o de protección especial, o bien, estableciendo distinciones

⁴ Véase Ruiz Miguel, Alfonso, "Sobre el concepto de Igualdad", en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad; Lecturas de introducción*, México, CNDH, 2003.

⁵ Sobre la relación entre el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación véase Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, México, Conapred, 2005.

permitidas que no constituyen discriminación. Estas formas de establecer una limitación a la discriminación pueden ser previas al otorgamiento del derecho a la no discriminación, o pueden ser coexistentes, pero también pueden ser derivados de dicho derecho. En todo caso, la presencia de estas instituciones que tienden a proteger y preservar la igualdad en un sistema jurídico, indican una tendencia a evitar e impedir normatividad y acciones discriminatorias.

III. ESTRUCTURA NORMATIVA

El objetivo de un derecho a la no discriminación, un derecho negativo (a una abstención), es evitar la distinción legal que produzca diferencias de trato que afecte a la persona en sus derechos, pero sobre todo en su dignidad, y proteger a los grupos desfavorecidos y discriminados para procurarles una igualdad efectiva. Es una forma de procurar una protección adicional que el sistema jurídico confiere, en virtud de ciertas circunstancias específicas que se consideran que lo ameritan.

Si el contenido es el derecho a no ser discriminado en el goce y ejercicio de sus derechos y libertades, a la protección contra la discriminación o incitación a la discriminación, entonces resulta necesario revisar cual es la estructura normativa del mismo.

Los derechos se constituyen en general, en una relación bilateral entre dos personas, frente a todo derecho existe una obligación según la teoría clásica.⁶ Considerar que para poder ejercer una potestad o reclamar una expectativa basta con decir que tenemos el derecho, y que los derechos humanos no requieren de una obligación correlativa para su ejercicio, es un tanto ingenuo. La relación bilateral que se establece entre el titular del derecho y el sujeto obligado se encuentra vinculada a uno de los aspectos más relevantes del derecho que es la coercibilidad.⁷

El contenido de la obligación es no discriminar, no distinguir cuando la ley no lo prevé, así como de proteger al individuo frente a los actos de discriminación, combatir y erradicar la discriminación. Como obligación

⁶ Esta se refiere a la teoría de los derechos subjetivos, que se puede consultar en la obra ya clásica de García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1977, capítulo XIV.

⁷ Bidart Campos considera que existe una prelación del derecho frente a la obligación correlativa mediante la cual se fortalece la estimativa axiológica en la que se sostienen los derechos humanos. Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 12.

tiene un carácter activo y uno pasivo, en el primer caso se trata de que las autoridades emprendan acciones que procuren la igualdad, en el sentido pasivo, implica la abstención de realizar distinciones mediante las leyes, programas políticos o acciones que no se encuentren justificadas.

El contenido del derecho es entonces, a ser tratado igual, aun cuando algunas formas de diferenciación pueden configurarse como un derecho, como por ejemplo, para las minorías, siempre que se evite producir un efecto secundario de discriminación respecto de otros grupos. La idea subyacente es la de protección de grupos vulnerables, por lo que hay distinciones válidas que no solamente pueden, sino que deben ser incluidas en ciertos sistemas jurídicos para reconstruir una forma de igualdad.

Como derecho se ejerce en primera instancia frente a la autoridad, y en este sentido se parece mucho a la concepción tradicional de los derechos fundamentales, pero los derechos humanos, como derechos de la persona, deben considerarse exigibles también frente a los particulares. Pero, ¿qué es un derecho? Como derecho subjetivo constituye una facultad, o posibilidad; se puede entender como la autorización otorgada por una norma a un sujeto para exigir la realización de una conducta o su abstención. No puede entenderse como un simple permiso, pues está asociado a la obligación de un tercero.

Los sujetos de la relación jurídica son dos, el titular de los derechos que siempre es un individuo (en el caso de ciertos derechos puede ser una colectividad como se verá más adelante), y el titular de la obligación que es el Estado o autoridad específica que se obliga en el instrumento jurídico sea de derecho interno o internacional, tanto el legislador, como los órganos aplicadores, sean administrativos o judiciales.

Para efectos del análisis de la estructura de los derechos fundamentales, y de los derechos humanos también (aun cuando desde la perspectiva iusnaturalista no sea considerado así), resulta importante recordar que para la ciencia jurídica al derecho le corresponden ciertas características derivadas de su naturaleza, como son la exterioridad, la bilateralidad, la coercibilidad y la heteronomía.⁸ Estas últimas tres fundamentan la obligatoriedad del derecho y se encuentran interrelacionadas en función de la propia estructura del derecho como sistema normativo, dado que la fuente de la obligatoriedad de las normas jurídicas, así como la posibilidad de su ejecución se encuentran fuera del sujeto regulado. La bilateralidad de-

⁸ García Máynez, *op. cit.*, nota 6, pp. 15-24.

be ser entendida, como la correlatividad de todo derecho con una obligación, esta correspondencia se traduce en una garantía del ejercicio del derecho, ya que en caso de interferencia se podrá exigir su respeto incluso de manera coactiva.

La coercibilidad, como posibilidad lícita de ejercer la coacción para el cumplimiento de una obligación, es un elemento característico propio del derecho positivo. La coacción se legitima a través de su regulación y cumplimiento con los parámetros establecidos, lo que se conoce como legalidad. Kelsen⁹ era de la opinión que la sanción coactiva era distintiva del derecho,¹⁰ para él, la coacción significa la posibilidad del uso de la fuerza física para exigir el cumplimiento de una obligación. No obstante, vale la pena aclarar que la coacción no es una propiedad de las normas, sino del sistema jurídico.

La obligatoriedad del derecho que deriva de la coercibilidad, se encuentra estrechamente vinculada a la unidad del sistema jurídico, ya que concebir así al sistema, hace posible la relación entre las normas. Es por ello que en un sistema jurídico cada norma se encuentra vinculada, de un modo más o menos directo a un acto coactivo.

La eficacia de las normas jurídicas y de los derechos, sean fundamentales o humanos, específicamente, depende en gran medida de que en un sistema normativo se incluyan normas que prescriban actos coactivos, ya que la ausencia de la coerción y de un sistema de aplicación y de ejecución de la sanción, así como del establecimiento de un monopolio de la fuerza, reduciría la seguridad jurídica que el derecho como normatividad debe proporcionar.

Estas notas consideradas como propias del derecho, refuerzan su carácter obligatorio, ya que las razones para su cumplimiento no radican exclusivamente en la voluntad de las personas. Si fuese así entonces, o bien suponemos que vivimos en una “comunidad de ángeles”,¹¹ o resulta

⁹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1a. ed., Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1934 (1985), *passim*, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 2000, pp. 70 y ss.; *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988, capítulo II, *passim*.

¹⁰ También Raz considera que la sanción y el uso de la fuerza son característicos del derecho, y que incluso en una sociedad de ángeles pueden ser necesarios para asegurar la coordinación. *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 184 y 185.

¹¹ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 242.

superfluo establecer catálogos de derechos y regular conductas que son cumplidas de manera voluntaria.¹² Como sería el caso de suponer que los derechos humanos no establecen una relación bilateral, por lo que no requieren de un obligado que debe respetar el ejercicio del derecho, porque poseen una naturaleza superior e intangible.

IV. IGUALDAD COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

Cabe plantear la pregunta sobre si el derecho a la no discriminación contiene un núcleo autónomo que lo caracteriza, o si simplemente se fundamenta en la igualdad y parte de ella, constituyendo este derecho el núcleo del derecho a la no discriminación.

Normalmente es aceptado que como derecho se sustenta en la igualdad, esto es, igualdad ante la ley cuando la ley no distingue. La igualdad a su vez, se sustenta en la dignidad de la persona, misma que es considerada como fundamento de los derechos humanos. En general, la dignidad es considerada como un valor superior, y calificada como inviolable, pero esto no indica qué es. Resulta evidente que se refiere a algo que es valioso, y que constituye un reconocimiento del valor de la persona como ser humano. Que incluye elementos que se refieren al respeto y la consideración, así como la protección de una persona por el hecho de ser. La persona no es un medio, sino un fin, un ente con la capacidad de autodeterminarse, salvo en casos excepcionales. La dignidad está asociada a la vida y a la forma en que ésta se verifica. Por lo tanto, discriminar sería tanto como degradar a la persona, disminuir su valor.

Fundar los derechos humanos en la dignidad de la persona resulta impreciso, pues necesitamos una idea de dignidad para poder justificar o no una determinada acción, valorándola conforme al contenido que se le de al concepto relativo a lo digno. Lo mismo sucede con la igualdad, tenemos que saber, que se ha de entender como igual, pero también debemos preguntarnos si la igualdad tiene el carácter de un principio, un valor o constituye simplemente un derecho.

¹² Raz se expresa en este mismo sentido en *Razón práctica y normas*, op. cit., nota 10, pp.184-187, y sobre la obligatoriedad del derecho en *La autoridad del derecho; ensayos sobre moral y derecho*, 2a. ed., trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1985, capítulos XII y XIII.

Jurídicamente hablando, la diferencia entre principios y valores radica en su función, y en que los principios tienen un carácter deóntico, mientras que los valores no establecen conductas debidas. En la doctrina se han realizado diversos intentos para distinguirlos, pero la dificultad radica principalmente en que ambos pueden ser caracterizados como cláusulas generales. Así, se podría decir que los principios son cláusulas genéricas que enuncian “modos de ser del derecho”, Dworkin considera que en ese sentido reflejaría la dimensión jurídica de la moralidad.¹³

Los valores en cambio, tienen como función orientar y limitar la interpretación y aplicación de otras normas, por lo tanto, son cláusulas genéricas de tipo directivo y operan como metanormas respecto de los principios. Dicen como deben ser aplicados o interpretados los principios, y en general se refieren a lo que es bueno, más que a un deber ser. Su estructura no es la de una norma, constituyen más bien, un criterio, en consecuencia, sirven para comparar dos o más estados de cosas. Distinguir entre principios y valores no es ocioso, ya que ambos cumplen con fines distintos y pueden ser utilizados en el proceso de justificación de las decisiones, así como en la argumentación de la solución a un problema jurídico.

Los principios generales del derecho tienen una naturaleza distinta a la de los principios mencionados, dado que sirven como guías de aplicación de las normas en aquellas áreas en donde existe un exceso de legislación, o bien una mutabilidad extrema. Los principios generales del derecho tienen como función, auxiliar en la resolución de casos en que se presenta una laguna, o para resolver conflictos entre normas. Operan como normas integradoras o supletorias y se encuentran de manera explícita o implícita en el sistema jurídico.¹⁴ Es por ello que no deben ser confundidos con los valores que sustentan un determinado sistema jurídico, pues éstos tienen un origen de tipo societario, ya sea en el discurso político o en el social. A pesar de la similitud en su estructura o en su utilización, los principios generales del derecho se aplican en el ámbito jurídico

¹³ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge/Mass., Harvard University Press, 1978, pp. 22-90.

¹⁴ Aarnio considera que a pesar de los principios generales pueden no encontrarse escritos en el derecho positivo, son parte de la tradición jurídica que a través de las decisiones y su justificación pasan de una generación a otra como parte del derecho, Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 131.

exclusivamente, en tanto que los valores tienen un ámbito de aplicación más amplio.

El término principio puede referirse también a la distinción doctrinal que se ha hecho relativa a su forma de aplicación entre dos tipos de normas jurídicas, las reglas cuya aplicación es estricta, y los principios que pueden ser aplicados en grados diferenciados.¹⁵ Los principios como normas jurídicas se distinguen de las reglas por su particular operatividad, la cual no implica vulneración alguna al principio de legalidad. En realidad la diferencia entre un principio y una regla no puede percibirse antes de su aplicación, y se hace notoria en los casos de conflicto. Ambos tipos son normas jurídicas, establecen un deber ser, tienen la misma estructura lógica,¹⁶ no obstante, su formulación puede ser distinta, o pueden ser tipificados como derechos o libertades (como el derecho a la igualdad o a la no discriminación, por ejemplo). La ventaja de esta distinción es que en caso de conflicto entre normas, la oportunidad de la aplicación de los principios puede ser valorada sin perjuicio de su validez. Para evitar el abuso de autoridad, es que Alexy los califica como “mandatos de optimización”,¹⁷ en consecuencia, la autoridad debe ponderar los principios en conflicto para conciliarlos de la mejor manera posible.

Esta distinción ha querido ser atraída al ámbito de los derechos humanos, no obstante, éstos no pueden ser considerados principios en ninguno de los sentidos antes mencionados, ni como normas jurídicas por contraposición a reglas, dado que los derechos humanos pueden tener tanto la estructura de un principio como el de una regla en el sentido de la teoría de Robert Alexy, ni en el de principio como guía o directriz del derecho y su aplicación. Tampoco pueden ser concebidos como valores, ya que

¹⁵ Esta distinción se atribuye principalmente a Dworkin y a Alexy, Dworkin, *op. cit.*, nota 13, pp. 22 y ss., y Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 81 y ss.

¹⁶ Para Juan Ruiz Manero la diferencia no radica en la mayor generalidad de los principios, como sostienen muchos otros autores, sino en que “las reglas se configuran de forma cerrada tanto en el supuesto de hecho como en la conducta calificada deónticamente en la solución”, lo cual coincide con la fórmula relativa a su aplicación como de “todo o nada” de Dworkin, mientras que los principios se “configuran de forma abierta su supuesto de hecho y, de forma cerrada, la conducta calificada deónticamente”, lo cual como se puede ver, no implica como a muchos les gusta afirmar, que los principios carecen de sanción. “Principios jurídicos”, en Garzón Valdés y Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, Trotta, 1995, p. 153.

¹⁷ Alexy, *op. cit.*, nota 15, p. 87.

no constituyen lineamientos interpretativos sino derechos. Son derechos ejercitables frente a terceros que permiten exigir su respeto, ya sea una abstención, o una contraprestación.

Finalmente, si el núcleo del derecho a la no discriminación es el derecho a la igualdad, es posible cuestionarse si tiene sentido proteger específicamente un derecho a la no discriminación o si basta con asegurar el derecho a la igualdad. En última instancia, la pregunta que hay que plantear es si el derecho a la no discriminación tiene realmente un ámbito de referencia distinto e independiente al del derecho a la igualdad.

V. DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES

El objeto del presente apartado es preguntarse qué tanto constituyen categorías diversas, los derechos fundamentales y los derechos humanos, si la conceptualización diferenciada de ambos se justifica, o si en realidad, desde el punto de vista histórico y científico, los derechos fundamentales constituyen los precedentes de los humanos, o son efectivamente dos cosas distintas, que comenzamos a confundir.¹⁸

Los antecedentes de los derechos fundamentales se encuentran en las declaraciones de derechos americanas del siglo XVIII, la primera en 1776, las cuales a su vez tienen los suyos en la carta magna de Juan sin Tierra de 1215, el Acta de Habeas Corpus de 1679 y el Bill of Rights de 1688, que se refieren a regulación contractual y legal de los derechos burgueses. La relevancia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano radica en ser el primer documento al que se puede atribuir el carácter material de Constitución, no solamente por ser expresión de la voluntad general, sino principalmente por el establecimiento de una lista de derechos individuales y la división de poderes, por lo que puede ser calificada como una “ley fundamental”. Con este documento se jurifica el reclamo del reconocimiento de los derechos del individuo frente al Estado. En México, ya desde 1857, la Constitución reconoce derechos

¹⁸ Con anterioridad intenté ya esbozar la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos, ya que no solamente considero que constituyen dos categorías distintas, sino que es importante que sus esferas de acción sean independientes. Véase “Derechos Humanos y Constitución”, “Derechos humanos y pueblos indígenas”, en *Los derechos humanos frente al nuevo milenio*, Comisión Estatal de Derechos Humanos, Tuxtla-Gutiérrez, 1998, pp. 37-56.

a los individuos y les atribuye un medio jurídico especial de protección, el juicio de amparo, por lo cual son consideradas como garantías individuales. La Constitución vigente retoma el modelo de protección y amplía el catálogo de derechos considerados como fundamentales por el sistema jurídico.

La mayoría de los autores quieren encontrar la diferencia entre estas dos categorías en su estructura, por lo que asimilan los derechos humanos a los principios y los derechos fundamentales a las normas jurídicas. Esto trae consigo más confusiones que respuestas, ya que en principio como ambos establecen una forma de deber ser, tienen la misma estructura lógica, esto es, un supuesto de hecho, una cópula y una sanción, esto es, derechos y obligaciones.¹⁹ La diferencia radica más bien en la posibilidad de exigir el respeto de la consecuencia jurídica, lo que hace notorio que la diferencia más que referirse a la estructura de la norma, se encuentra en su efectividad y eficacia, cuestiones dependientes más bien de los medios de protección y defensa de los derechos que de su estructura.

Para poder intentar desentrañar la naturaleza de los derechos humanos, es preciso hacer una distinción entre éstos y los derechos fundamentales, la cual radica principalmente en sus efectos jurídicos. A continuación se hará una comparación relativa a su origen, fundamento, efectos jurídicos, características, propiedades y formulación:

	<i>Derechos humanos</i>	<i>Derechos fundamentales</i>
Fuente:	Pertencen al ámbito de la axiología, proceden de la naturaleza del hombre.	Están positivados en el sistema jurídico, son creados por el hombre.
Fundamento:	La naturaleza humana.	La norma jurídica.
Efectos jurídicos:	Carecen de consecuencias jurídicas, a menos que sean positivados.	Tienen todas las consecuencias jurídicas que el sistema jurídico les atribuya.

¹⁹ Esta es la estructura comúnmente aceptada en la cual, la cópula es una forma de deber ser y la sanción no es necesariamente un acto coactivo, sino simplemente alguna consecuencia jurídica. Véase Rupert Schreiber, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlín-Heidelberg-Nueva York, Springer Verlag, 1966, pp. 9 y ss., Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 4a. ed. (1979), trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, p. 243, Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1967, pp. 46-52, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 1a. ed., México, Editora Nacional, 1981, p. 48, entre otros.

	<i>Derechos humanos</i>	<i>Derechos fundamentales</i>
Características:	Son innatos, individuales, propios de la persona, imprescriptibles, irrenunciables, inviolables e inalienables.	Son creados, existen a partir de su otorgamiento por el sistema jurídico, y son asegurados por los medios de control de su ejercicio que el mismo establece como garantía frente a los abusos por parte de la autoridad. Se encuentran limitados por el propio derecho.
Propiedades:	De interdependencia y complementariedad entre sí debido a que son considerados como derechos universales, en el sentido de que pertenecen a todos los individuos.	Se configuran como derechos subjetivos públicos, oponibles <i>erga omnes</i> . Son ante todo, obligaciones de abstención por parte del Estado; pueden ser individuales o colectivos.
Formulación:	Se distinguen por su vaguedad, su formulación es muy general, lo que dificulta su protección.	La generalidad de los derechos fundamentales es menor, pues está referida a libertades o derechos específicos.
Medios de protección:	La protección de los derechos humanos frente a los Estados está encargada en principio a organismos internacionales regidos por el derecho internacional.	El derecho constitucional confiere la protección de los derechos fundamentales a órganos creados por la propia Constitución y establece mecanismos de protección.
Coercibilidad:	Estos derechos funcionan de manera intimidatoria, ya que normalmente los organismos internacionales carecen de medios coactivos para hacer eficaces sus resoluciones, su fuerza radica en la opinión internacional.	La posibilidad del uso legítimo de la fuerza física para obligar al cumplimiento, así como la institucionalización del aparato coactivo es correlativo a la estructura del Estado y forma parte de la estructura del sistema jurídico.

Los derechos humanos, conforme a la tradición iusnaturalista son aquellos que las personas tienen y deben poder ejercitar por el simple he-

cho de serlo, es decir, son correlativos a su ser.²⁰ Por lo mismo, se presume un derecho que emana de la naturaleza humana, por eso se califican de inherentes. Se podría decir, que son los derechos que todo individuo debe reconocer para sí o para otro, para permitir un desarrollo digno del ser humano como tal.

Si se admite esta postura, entonces debe considerarse que los derechos humanos han existido siempre y los derechos fundamentales son solamente el resultado del reconocimiento de su relevancia y positivización, un producto histórico y cultural. Lo cual explicaría que su protección por los sistemas jurídicos ha variado tanto en sus contenidos, como en sus formas.

Pero si se toma en consideración que su protección deriva de su positivización, ya sea en el derecho internacional o en el nacional vale la pena preguntarse ¿cuál es la fuente en la que deben ser regulados? ¿la ley o la Constitución? En principio sabemos, que los derechos humanos tienen su origen en los tratados internacionales, y los derechos fundamentales en la Constitución. El proceso de reconocimiento de los derechos humanos ha llevado a muchos sistemas jurídicos a incluir los derechos humanos en sus Constituciones o a elevar a rango de ley fundamental los tratados celebrados una vez que éstos pasan a formar parte del derecho interno.

La relevancia del cambio de fuente radica en la posibilidad de regular con mayor precisión estos derechos y conferirles una mayor protección a través del sistema local de impartición de justicia. Pero si un sistema jurídico prevé ya en su Constitución derechos fundamentales, solamente tiene que agregar a esta lista los derechos humanos que no se encuentran ya previstos.²¹ Incluirlos dos veces con el mismo rango y eficacia podría traducirse en una duplicación de la instancia. Esto puede acarrear más problemas que soluciones, ya que no sólo no puede incrementar la protección de los derechos de los individuos, sino por el contrario, tendrá

²⁰ Según Beuchot y Saldaña, la corriente del derecho natural que mejor desarrolla el concepto de naturaleza humana es la del derecho natural clásico con sus antecedentes en Aristóteles y Tomás de Aquino. En su artículo "Derechos humanos y derecho natural" se explicita claramente la naturaleza de los derechos humanos y su carácter inmanente. *Derechos humanos y naturaleza humana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 2000, pp. 49-75.

²¹ Víctor Martínez hace un análisis de los artículos constitucionales que se modificaron para incluir derechos humanos o complementar los derechos fundamentales existentes en función de otros derechos humanos en "Los derechos humanos en las reformas a la Constitución mexicana de 1917", *Ochenta años de vida constitucional en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cámara de Diputados, México, 1998, pp. 11-30.

como consecuencia mayor incertidumbre jurídica. Mientras que si se mantienen y preservan como ley, formando parte del tratado que los prevé, permanecen inalterables y se encontrarían fuera del alcance del legislador, a diferencia de aquellos que se encuentran previstos en la Constitución y pueden ser modificados por el órgano reformador.

Desde esta perspectiva, es posible preguntarse, si el cambio de fuente vale la pena tan sólo para proporcionar a los derechos humanos otras formas legales de protección, como sería el amparo, en el caso del derecho mexicano, o si más bien, lo relevante sería actualizar el catálogo de derechos fundamentales para ampliarlos e incluir los derechos humanos no previstos, preservando a la vez los tratados internacionales celebrados en plena forma y vigor.

VI. EL ORIGEN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para realizar la siguiente clasificación relativa al origen de los derechos humanos se parte del supuesto que éstos son conquistas históricas o culturales, al igual que los derechos fundamentales, lo cual impide poder afirmar que constituyen dos categorías distintas de protección de la esfera de acción de las personas.²²

La concepción y relevancia de los derechos humanos ha evolucionado con el tiempo, en virtud de lo cual la lista de derechos del individuo se ha modificado históricamente, por lo que es difícil conferirles una dimensión permanente y absoluta a esta categoría de derechos que ha mostrado ser variable.²³ De esta mutabilidad deriva la ruptura con la fundamentación naturalista y su sustitución por una fundamentación positivista y posteriormente, historicista basada en la razonabilidad de los derechos del hombre.²⁴

²² Hay autores que utilizan los términos como equivalentes, para quienes se trata de una misma cosa, como por ejemplo para Humberto Nogueira Alcalá, que en su libro *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales* se ocupa de los derechos humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 2003.

²³ Sobre el desarrollo del valor de la persona humana y su afirmación política y jurídica en la historia, véase Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, pp. 136 y ss.

²⁴ En la obra *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, es posible encontrar opiniones diversas sobre el problema de la fundamentación de los derechos humanos. Saldaña, Javier (coord.), México, UNAM, 1997.

De conformidad con la protección o tutela que confieren han sido clasificados²⁵ por generaciones de conformidad con su período de gestación y consolidación:

1. La primera generación: en este grupo se encuentran los derechos que surgen de las primeras declaraciones de derechos tras la Revolución francesa en el siglo XVIII, de la separación entre Estado y sociedad, y tienen como fundamento el individualismo y las teorías contractualistas. Su origen es un reclamo ante la autoridad, por lo que son considerados parte de la naturaleza humana, inherentes a la persona, y en consecuencia, se configuran como derechos individuales tanto en el modo de su ejercicio, como en relación al titular del derecho y al sujeto pasivo del mismo, ya que se puede afirmar en relación a otros individuos. Esta generación se complementa posteriormente en un segundo periodo con los derechos ejercidos colectivamente, como la libertad de asociación, por ejemplo. Se pueden calificar de absolutos, en el sentido de que son oponibles *erga omnes*, puesto que respecto del Estado significan un deber de abstención.

Los derechos de la primera generación surgen como reacción frente al absolutismo es por ello que son considerados como inalienables, la idea de la delimitación de la soberanía, de la limitación del ejercicio del poder en función del respeto de la dignidad humana está asociada al liberalismo, a una economía capitalista, a la expansión y a la migración, por ello es relevante que exista un reconocimiento general de los derechos del hombre.

2. La segunda generación es producto del legado que deja el socialismo, es la complementación de los derechos individuales, al prever derechos de crédito de los individuos en relación a la colectividad, como el derecho a la salud, el trabajo, la educación, los cuales tienen como sujeto pasivo al Estado, sin embargo, el titular del derecho sigue siendo individual. El Estado es el titular del deber correlativo, de ello deriva su obligación de prestar determinados servicios públicos. Son deberes de acción positiva que corresponden a la evolución del Estado policía al Estado de bienestar.²⁶

²⁵ Aquí se presenta una clasificación general que se puede considerar como la mayormente aceptada, aun cuando hay autores que discrepan y hablan solamente de tres o incluso de cinco generaciones, pero considerando al titular del derecho y modo de ejercicio del derecho, creo que cuatro grupos son los distintivos, aunque existen discrepancias en cuanto a la forma de agruparlos.

²⁶ Este tipo de Estado corresponde al Estado social, sobre su significado e implicación véase García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2a. ed., Madrid, Alianza Universidad, 1989.

De esta concepción se derivan dos pactos que producen sistemas diferentes de tutela de los derechos humanos en la ONU: uno para derechos civiles y políticos y otro, para derechos económicos y sociales. El sistema de reclamo y de protección es distinto, en el primer caso, se puede realizar de manera individual, en el segundo, se logran de manera mediata, esto se debe a que el reconocimiento de esos derechos deriva de dos concepciones distintas de Estado.

3. La tercera generación es aquella en que el titular del derecho es una colectividad o grupo humano, como la familia, la nación o las etnias por ejemplo. Son derechos que corresponden a esta generación los relativos a la autodeterminación, la paz, etcétera, y se caracterizan porque su titularidad es colectiva. Su problema es la legitimación para reclamarlos frente al Estado, ya que es difícil individualizar a los sujetos que tienen el derecho y pueden reclamarlo. Un ejemplo es el caso de los derechos de los pueblos indígenas, ya que en México son entidades que no son inidentificables como unidad y carecen de un representante.²⁷

4. La cuarta generación, es una categoría que todavía se está delimitando, son derechos de la “humanidad”, como el derecho al medio ambiente por ejemplo. El aspecto más relevante en este caso, es el cambio en la relación tradicional entre derecho subjetivo y deber subjetivo, puesto que si los obligados son las generaciones presentes, produce algo de confusión pensar que el derecho correlativo de un deber de acción corresponde a algo intangible e improbable como son las “generaciones futuras”.²⁸

La evolución histórica de los derechos humanos refleja que no hay un contenido mínimo fijo que debe estar en la Constitución, sino que se encuentra en constante adecuación a los nuevos reclamos. De la misma ma-

²⁷ Las reformas constitucionales que establecen derechos fundamentales para los pueblos indígenas siguen teniendo eficacia exclusivamente individual, en virtud de que su único medio de acción sigue siendo el amparo, y éste solamente reconoce la legitimación individual. Sobre la evolución de la protección de los derechos de los indígenas, véase, María del Refugio Gonzáles, “Derechos humanos y pueblos indígenas”, *Los derechos humanos frente al nuevo milenio*, Tuxtla-Gutiérrez, Comisión Estatal de Derechos Humanos, 1998, pp. 240-258.

²⁸ Este es un término también bastante impreciso que se puede definir siguiendo a Leticia Bonifaz como “las que existirán en un futuro inmediato o remoto”, aun cuando no haya certeza alguna sobre su existencia efectiva, en “El artículo cuarto constitucional: ¿cajón de sastre?, *Ochenta aniversario. Homenaje. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Senado de la República, 1997, p. 53.

nera, se puede decir que no existe precepto constitucional alguno que no pueda ser eliminado de la misma, a menos que la propia norma suprema prevea su intangibilidad. En otras palabras, así como se adicionan nuevos derechos en el catálogo, de la misma manera pueden ser eliminados al cambiar la opinión general sobre su relevancia.

VII. LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO HUMANO EN DERECHO INTERNO

Uno de los aspectos más importantes de reconocer a los derechos de las personas el carácter de supremos es la posibilidad de protegerlos frente a las intervenciones o limitaciones de terceros.

El hecho de asimilar el contenido de los tratados internacionales al derecho interno tiene como principal consecuencia incrementar la eficacia de su protección con el respaldo de los sistemas de control del ejercicio del poder por parte del Estado. La jurisdicción internacional, a pesar de haberse fortalecido en los últimos decenios, sigue siendo insuficiente para asegurar de manera eficiente los derechos de las personas.

Existen distintos tipos de control, Loewenstein²⁹ los clasifica de acuerdo con su ámbito de actuación en controles verticales y horizontales. Los primeros son modos de acción entre los poderes instituidos y la sociedad, como el federalismo, los derechos fundamentales y el pluralismo entre otros, dados cuando la sociedad se enfrenta al Estado.

Los horizontales operan dentro del aparato estatal, y se subdividen en: 1. controles intraorgánicos, que son controles internos que se articulan dentro del órgano mismo, y 2. controles interorgánicos, que funcionan entre los distintos órganos estatales de manera recíproca, y a través de la cooperación se evita la concentración de facultades y el bloqueo de actuación entre poderes.

De tal forma, que los derechos fundamentales, así como los derechos humanos, gozan de por sí, de un efecto de control por parte de la sociedad respecto de la autoridad. Pero su mayor fuerza radica en constituirse como límites al ejercicio del poder, ya que las extralimitaciones pueden ser controladas, ya sea por la vía administrativa o jurisdiccional de conformidad con diversos procedimientos dependiendo de cada sistema jurídico.

²⁹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1976, pp.149 y ss, y 353 y ss. respectivamente.

Los derechos fundamentales, gozan en virtud de su positivización en la norma suprema de una forma de protección jurídica garantizada por un sistema de control. En México, el juicio de amparo, es el medio de control de la constitucionalidad que tiene por objeto impedir el ejercicio abusivo del poder por medios jurisdiccionales que prevé procedimientos para obligar a la autoridad a cumplir con la resolución aun en contra de su voluntad (artículo 107, fracción XVI constitucional).

Las garantías individuales, que es el término que la tradición y la doctrina constitucional han utilizado para designar a los derechos contenidos en la Constitución,³⁰ han sido llamadas así, porque están relacionadas con los medios de control que garantizan el ejercicio de esas libertades y derechos. Se consideran como derechos subjetivos públicos que facultan al gobernado para reclamar una acción u abstención frente al Estado que tiene la obligación correlativa. En otras palabras, nuestro sistema jurisdiccional no ha legitimado, sino las acciones en contra de autoridades, no acciones en contra de terceros, sin embargo, la teoría moderna, por ejemplo en Alemania reconoce, la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros.³¹

Existen otros medios de protección que a pesar de estar previstos en el ordenamiento jurídico tienen efectos distintos, como es la Comisión Nacional de Derechos Humanos y las Comisiones Estatales de Derechos Humanos.³² En virtud de su carácter de órganos administrativos, la función primordial de estas comisiones es investigar y denunciar públicamente los abusos de poder por parte de funcionarios públicos, sin embargo, no pueden realizar actos tendientes a impedir dichos abusos o para sancionar a la autoridad responsable. En virtud de la estructura de los derechos humanos se considera que éstos se ejercen y protegen frente a la autoridad, por lo que ante un acto de particulares, individual o colectivo,

³⁰ Sobre las garantías individuales, su origen y el significado del concepto, véase Burgoa Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1982, capítulo segundo.

³¹ Los derechos fundamentales se refieren principalmente a pretensiones que se ejercen frente a los poderes públicos, frente a los particulares tienen eficacia solamente en función del reconocimiento que el propio sistema jurídico haga y en tanto no sea hecha por el legislador, deberá realizarse caso por caso. Normalmente la eficacia de los derechos fundamentales, o *Drittwirkung*, se encuentra mediada por las leyes frente a los tribunales ordinarios.

³² Existe un amplio estudio sobre la relación entre el derecho constitucional y la protección institucionalizada de los derechos humanos por el Estado de Héctor Fix-Zamudio, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001.

es decir frente a terceros, no existe más opción que recurrir a la vía jurisdiccional ordinaria, y esto solamente en el caso de que la conducta se encuentre tipificada en el Código Penal, lo cual reduce su eficacia.

En conclusión, el sistema jurídico reconoce los derechos humanos al celebrar tratados y convenios internacionales que los protegen, así como al crear las comisiones de derechos humanos. Éstas se convierten en instancias paralelas a la jurisdiccional que protegen los derechos de las personas con un eficacia jurídica diversa. Los tratados internacionales celebrados y los derechos humanos que prevén, adquieren el rango y fuerza que el propio sistema jurídico les confiere en la Constitución.

Los derechos previstos en tratados internacionales celebrados por México, de conformidad con el artículo 133 constitucional, se integran a nuestro derecho como “ley suprema de toda la Unión,” siendo así obligatorios como cualquier otra ley, siempre y cuando hayan cumplido con el procedimiento previsto en la Constitución para su creación. La obligatoriedad de los tratados, sin embargo, depende de las reservas establecidas en el momento de su celebración y de su adecuación al sistema jurídico nacional. Ya que, el propio artículo 133 establece la jerarquía de las normas de nuestro sistema y los tratados internacionales quedan subordinados a ella, por lo tanto, son los tratados los que para su aplicación y eficacia deben adecuarse a la Constitución y no a la inversa.

Los derechos humanos forman parte de nuestro sistema jurídico a través de su asimilación al derecho nacional mediante el procedimiento de celebración de tratados internacionales previsto en la Constitución, así tenemos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y la Convención Interamericana sobre derechos humanos de la Organización de Estados Americanos³³ de 1969. Se conoce con el nombre de Carta Internacional de Derechos Humanos al conjunto de los tres tratados básicos en materia de derechos humanos, que son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁴ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,³⁵ ambos de 1966.³⁶

³³ En vigor en México a partir del 7 de mayo de 1981.

³⁴ Entró en vigor en México el 23 de marzo de 1981.

³⁵ En vigor en nuestro país desde el 23 de junio de 1981.

³⁶ En el libro *México y las declaraciones de derechos humanos*, se encuentran los documentos básicos, así como comentarios y reflexiones en torno a estas declaraciones; Fix-Zamudio (coord.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999.

Del análisis de contenido de los principales tratados en materia de derechos humanos celebrados por México, haciendo una comparación con los derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución, así como con otros derechos previstos en legislación secundaria en el sistema jurídico mexicano, es posible concluir, que la mayoría de los “derechos humanos” se encuentran ya protegidos por nuestro derecho. Para su defensa se encuentran además previstos en el orden jurídico nacional recursos específicos.