

EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ricardo J. SEPÚLVEDA I.*

SUMARIO: I. Introducción. II. Los derechos humanos como ámbito de protección del derecho. III. El avance del derecho internacional de los derechos humanos. IV. Las limitaciones del derecho constitucional al abordar el tema de los derechos humanos. V. La propuesta de una nueva asignatura: el derecho constitucional de los derechos humanos.

Cuando recibí la invitación para participar en esta expresión de reconocimiento al doctor Héctor Fix-Zamudio pensé en que mi colaboración tendría que reflejar lo que pienso y siento por el maestro Fix-Zamudio. Por eso elegí como tema el de los derechos humanos, dentro de todas las aportaciones que como jurista, pero principalmente como ser humano, reconozco en su trayectoria es su contribución en el tema de los derechos humanos en México. Como digo, no sólo desde el punto de vista legal, sino lo que significa participar en mejorar las instituciones que verdaderamente cambian la vida de los seres humanos. Me enorgullece poder participar en una edición que tiene por motivo hacer este reconocimiento, y el empeño que he puesto en estas páginas lo hago como una muestra fundamentalmente de agradecimiento.

* Profesor de Derecho constitucional y derechos humanos. Se desempeñó como coordinador de Derechos Humanos del gobierno federal.

I. INTRODUCCIÓN

No obstante que en el surgimiento del Estado y, por ende, del constitucionalismo moderno estuvo presente la idea de la defensa de los derechos individuales, y se presentó inclusive como su causa final, puede afirmarse que la concepción jurídica y la protección de los derechos humanos se han distanciado fatalmente de la evolución del derecho constitucional.

Lo primero que hay que advertir al respecto es que el concepto de derechos humanos tiene una categoría propia, y no se puede, ni lo estamos pretendiendo, identificar con los derechos fundamentales o las garantías individuales. A pesar de que el ser humano es uno e indivisible, y sus derechos no deben tener más que una única connotación, en el modo como éstos se formulan encontramos importantes diferencias, que deben ser tomadas en cuenta.

Resulta un grave error considerar que los derechos humanos se identifican con los derechos fundamentales y que pueden ser tratados indistintamente. La justificación en ambos es sin duda el ser humano, su sustrato, pero el ámbito de aplicación y sus características resultan realmente muy alejados.

Esta situación no puede considerarse como definitiva ni mucho menos óptima; sin embargo, como una situación de facto, que obedece a razones históricas y analíticas, debe tratarse de entender en toda su dimensión, en sus antecedentes y en sus implicaciones.

El concepto de derechos humanos se forma de dos elementos —derechos y humanos— y que aunque parezca tautológico, “no hay más derechos que los humanos”. En realidad, no lo es, porque algunos derechos de los individuos no tienen la significación de los Derechos Humanos (con mayúscula), de modo que de lo que estamos hablando al referirnos a ellos no es a todos y cualquiera de los derechos del ser humano, sino a algunos específicos, cuyas características los hacen ser estrictamente derechos humanos.

Esto nos podría llevar a decir, en la misma línea de argumentación, que no todos los derechos fundamentales son Derechos Humanos, y viceversa, pero que en algunos casos sí coinciden. Esta afirmación, a pesar de los inconvenientes que sin duda ofrece, se ajusta a la realidad jurídica actual.

La diferencia de conceptos que estamos señalando tiene su reflejo en el ámbito de las disciplinas jurídicas, ya que el concepto de derechos hu-

manos tiene cabida y plena aceptación en el derecho internacional. Tan es así, que existe como nombre propio la disciplina del derecho internacional de los derechos humanos, la cual se distingue, por ejemplo, del derecho internacional humanitario (*human rights law and humanitarian law*).

En cambio, en el ámbito del derecho constitucional los derechos humanos tienen cabida y aplicación de muy diversas maneras; en algunos sitios se habla de derechos humanos, efectivamente, pero en otras Constituciones se adopta el término derechos fundamentales, garantías individuales (como en México) o *bill of rights*, etcétera. El problema es que esta diferencia terminológica no es solamente una divergencia de términos, sino, muchas veces, de contenido.

Aunque hasta ahora no pretendemos ahondar en las diferencias que existen entre un concepto y otro (ya lo haremos más adelante), es claro que en el derecho constitucional se utiliza un concepto distinto al que es adoptado en el derecho internacional, para hablar de los derechos de los individuos. Hasta aquí va nuestra argumentación. Lo que interesa saber es si esta diferencia implica consecuencias negativas para las personas, además de por qué y cuál sería el camino de solución.

Probablemente con esta breve argumentación quedan sentadas las bases de lo que pretendemos sea el planteamiento de este breve ensayo; sin embargo, aún cabe hacer un apuntamiento más: los derechos humanos tienen una característica fundamental, que los hace ser lo que son: superiores a cualquier estructura estatal, y de esta naturaleza o categoría deriva su universalidad; el derecho constitucional, como regla general, no dota de esta característica a los derechos fundamentales, y en algunos casos se afirma que no lo puede hacer porque el Estado no puede crear algo que esté por encima de la estructura estatal. Sin embargo, si aceptara esto, tendríamos que claudicar a una defensa de los derechos humanos en la Constitución con las consiguientes consecuencias negativas para la efectiva protección de los individuos.¹

¹ Acudiendo a la más difundida definición de derechos fundamentales que da Luigi Ferrajoli recordemos que “los derechos fundamentales son todos aquellos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, p. 37. Esta definición, que corresponde, como lo analiza M. Carbonell (*Derechos fundamentales*, México, Porrúa) a la teoría del derecho, trata de recoger los datos propios de los derechos fundamentales, en donde uno de ellos es

Finalmente, como última palabra de esta introducción, conviene remarcar el objetivo que nos proponemos al analizar la situación planteada, y que es precisamente la de proponer el surgimiento o la identificación como tal de un nuevo enfoque, si no una nueva disciplina, que lleve a reforzar la adopción de los derechos humanos en el constitucionalismo actual.

II. LOS DERECHOS HUMANOS COMO ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO

Si bien el concepto de derechos humanos es multidimensional y multívoco² esto no significa que carezca de contenido o que realmente sea de tal manera general que sólo pueda tener utilidad en la teoría, pero que difícilmente se pueda aplicar en la práctica.

Más allá de los enfoques con que pueda ser entendido este término, fundamentalmente por sus implicaciones antropológicas, lo que nos interesa recalcar es su connotación jurídica. La utilización del término derechos tiene toda la intencionalidad de subrayar su carácter jurídico, y con ello atribuirle todas las notas propias del derecho subjetivo.³

Efectivamente, los derechos humanos tienen una multiplicidad de enfoques posibles, pero dentro de ellos se encuentra el jurídico, lo cual, en contra del intento, del cual somos conscientes, de privar de sustancia jurídica al concepto y volverlo primordialmente un conjunto de valores o aspiraciones inexigibles y no traducibles en fórmulas jurídicas. Esas tendencias existen.

Hay también otro enfoque desde el cual se afirma que en realidad los derechos humanos se entretajan con otra serie de valores, fines y principios a favor de la persona humana, a lo que no oponemos objeción, siempre y cuando no despojemos de su fuerza jurídica a los derechos huma-

la universalidad, pero se trata de una universalidad más parecida a la generalidad o la igualdad que a la verdadera universalidad. La universalidad es, en cambio, un concepto que tiene mucho más cabida en el derecho internacional, como ha sido recogido por ejemplo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

² Álvarez Ledesma, Mario, *Acerca del concepto derechos humanos*, México, McGraw-Hill, 1998, p. 6.

³ Derecho subjetivo, entendido, como lo señala Riccardo Guastini (*Estudios de teoría constitucional*, UNAM-Fontamara, 2001, p. 215), en su sentido más amplio es una pretensión justificada, donde se da una combinación entre el elemento subjetivo (*claim*) y el objetivo (norma).

nos.⁴ Quizá valga la pena subrayar, antes de proseguir, a favor de esta concepción, su acierto, al realzar la finalidad y el contenido sustancial constitucional a favor de la persona. En las palabras del propio Bidart, coincidimos en que “Si no hacemos una sumatoria integrada y armónica en forma indivisible entre la letra y lo implícito empobrecemos el contenido de la Constitución y extraviamos un material provechoso y útil, que es imprescindible para pensar y elaborar las sociedades justas”.⁵

Pero nuestro propósito ahora no es elaborar sobre el aspecto axiológico de los derechos humanos, sino sobre su intrínseca naturaleza jurídica. Los derechos humanos gozan de toda la fuerza, de toda la imperatividad, de la exigibilidad y de la bilateralidad propia de los derechos subjetivos.

Para poder encuadrar debidamente este aspecto es necesario que identifiquemos el punto de partida. Los derechos humanos tienen un carácter jurídico, pero lo tienen de una manera especial, con una particular relevancia, y ésta procede de su relación con el fin del Estado. Entendiendo que los derechos humanos son aquellos derechos universales que derivan de la íntima dignidad del ser humano, existe una especial importancia respecto a la estructura estatal, ya que ésta se encuentra totalmente definida y determinada como un instrumento al servicio del individuo, del ser humano. Como bien lo decía A. de la Pradelle: “En definitiva el hombre es el denominador común de todas las instituciones jurídicas; es la razón de ser del Estado”.⁶

Es importante recalcar esto, porque con frecuencia se pierde de vista esta relación, y los derechos humanos adquieren a lo más el carácter de límite a la actividad estatal. Entendemos la lógica de establecer una relación dialéctica en estos términos y sus ventajas en el orden práctico, pero de ninguna manera corresponden al orden de los conceptos; pongámoslo de esta manera: el ser humano (sus derechos) no es un límite a la actividad estatal, es mucho más, su razón de ser, su fin, su último objetivo.

⁴ Así, por ejemplo, Germán Bidart afirma que los derechos humanos se instalan en un espacio constitucional donde los principios, los valores y los fines tejen una red solidaria a favor de la persona, lo cual no empobrece, sino al contrario, robustece la capacidad del bloque constitucional a favor de los derechos fundamentales. *Cf.* Bidart, Germán, “El enjambre axiológico que da inserción constitucional de los derechos humanos”, *Estudios sobre federalismo, justicia democracia y derechos humanos*, México, UNAM, 2003.

⁵ *Idem.*

⁶ A. de la Pradelle, citado por Luis le Fur, *Los fines del derechos*, México, Imprenta Universitaria, 1958.

Lo anterior, que se encontraba tan nítido en el origen del Estado constitucional, ha tomado un rumbo desconocido y contrario en la historia, hasta volver al Estado contra el ser humano. Por más paradójico que suene y todos los matices que se quieran hacer, así ha sido. Este punto de vista lo expusimos en un artículo publicado en la *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, sobre el apartamiento del Estado y los derechos humanos y la necesidad de su reencuentro.⁷

Es cierto, como lo afirma Fix-Zamudio, que la materia de derechos humanos inició como un tema exclusivamente de la competencia interna de los Estados, y solamente después se volvió un asunto internacional,⁸ lo que nos habla de una incapacidad del Estado por salvaguardar los derechos humanos y la necesidad de que la comunidad internacional entrara en términos de complementariedad a suplir lo que el Estado no estaba haciendo. Este movimiento revolucionario no puede considerarse, sin embargo, permanente; el respeto y promoción de los derechos humanos debe convertirse no en un problema para la organización estatal, sino en su tarea más cotidiana, su principal preocupación y su criterio orientador. Claro está que la verdadera pregunta que hay que hacerse es, primero, si el Estado constitucional moderno tiene la potencialidad de respetar y hacer respetar los derechos humanos y, segundo, cómo debe hacerlo.

El desfase entre el dinámico avance internacional de los derechos humanos y su desatención —o, peor aún, los atropellos y violaciones— por parte de los Estados, ha llevado consigo a que la preocupación prioritaria de los mecanismos internacionales de derechos humanos sea precisamente la implementación de los instrumentos internacionales a nivel interno (*implementation of international treaties of human rights*), y para muestra un botón: en la Conferencia Mundial de Viena en 1993, ésta fue la principal preocupación a resolver,⁹ y los compromisos que asumieron los

⁷ Cfr. Sepúlveda Iguíniz, Ricardo J., *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, núm. 27, 2003.

⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, 2005, p. 431.

⁹ De hecho, el documento emanado de esta Declaración se titula “Viena Declaration and Programm of Action”, aludiendo a la necesidad de tomar acciones a favor de la aplicación de los tratados. El contenido en lo general es sobre la implementación, aunque en algunos de sus párrafos se es más explícito al respecto. Al inicio de la parte dispositiva señala: “The World Conference on Human Rights reaffirms the solemn commitment of all States to fulfil their obligations to promote universal respect for, and observance and protection of, all human rights and fundamental freedoms for all in accordance with the Char-

Estados iban orientados en este sentido, haciendo un especial hincapié en los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales han tenido un desenvolvimiento menos dinámico.

Podríamos seguir discutiendo sobre las vertientes de este proceso o movimiento internacional de derechos humanos que ha unido pueblos, regiones y países, pero precisamente lo que queremos es mantener nuestra atención en el ámbito doméstico, donde, creemos, se libra la verdadera batalla por el respeto de los derechos humanos; por ello retomamos el punto sobre los derechos como ámbito de protección del derecho.

“El derecho es el objeto de la justicia”, decía Aristóteles.¹⁰ Esta correlación es precisamente la razón última del porqué el ordenamiento jurídico, en su sentido más amplio, que tiene como fin la justicia, debe proteger fundamentalmente derechos. Siguiendo con Aristóteles, recordaríamos aquello de que “llamamos justo a lo que es de índole para producir y preservar la felicidad y sus elementos para la comunidad política”,¹¹ que viene a puntualizar la sentencia del Digesto de “dar a cada quien lo suyo”. Existe una relación directísima entre justicia y derechos humanos, ya que lo primero que el hombre debe recibir es respeto a sus derechos más íntimos y esenciales.

Si como se exponía en la filosofía clásica, se debe y se puede ser justo con el escarabajo, permitiéndole llegar a lo que realmente es, en el caso del ser humano esto se tiene especial aplicación en lo que se refiere al respeto de sus derechos humanos.

Continuando con esta línea de argumentación, diríamos que el respeto a los derechos humanos, “como aquellos derechos inherentes e inexcusables a la condición humana, o al modo de ser propio del hombre, que deben ser reconocidos, garantizados y protegidos por las leyes positivas”,¹² es una exigencia de la justicia más estricta, lo que significa que se comete injusticia cuando no se reconocen o no se garantizan.

ter of the United Nations, other instruments relating to human rights, and international law. The universal nature of these rights and freedoms is beyond question; y abundando más adelante reitera: Human rights and fundamental freedoms are the birthright of all human beings; their protection and promotion is the first responsibility of the government”.

¹⁰ Aristóteles, *Política*, trad. de M. García Valdés, Madrid, Gredos, 1988.

¹¹ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, México, Porrúa, 1980, 1129b 17.

¹² Rus, S., *Sobre la fundamentación de los derechos humanos*, citado por Yepes Stork, Ricardo, *Violencia, ley y derecho, fundamentos de antropología*, Navarra, EUNSA, 1996, p. 311.

Ésta es además la razón por la cual se entiende que estos derechos se declaran o reconocen por el Estado, y nunca, que se otorgan o se conceden.

Es consabida la formulación que al respecto hacía la Constitución federalista y liberal de 1857, que planteó la cúspide en la concepción de los derechos individuales en México, al decir que “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”.

En ese sentido, la formulación hecha por la Constitución de 1917 fue un franco retroceso, no obstante que, como se reconoce universalmente, se situó a la vanguardia de la regulación de los derechos sociales. Su problema en realidad no fueron los contenidos sobre la regulación de derechos, sino su enfoque. El *bill of rights* de la Constitución de 1917 es detallado y garantista, avanzado en su momento, pero su perspectiva fue absolutamente errónea. Lo que se venía a decir con el artículo 1o., y en general con toda su sistematización, era que una Constitución no podía meterse en el ultramundo de los derechos humanos, y que, modestamente, sólo era su papel el regular los aspectos concretos de garantía, y, aunque esto pueda tener visos de verdad parcial, termina siendo falso, porque, como lo hemos argumentado, los derechos humanos son derechos en su sentido más estricto, que pueden por tanto contenerse en normas jurídicas específicas.

El contraste, le hemos llamado lamentable retroceso, entre la concepción de la Constitución de 1857 y la de 1917 nos sirve para remarcar nuestro punto. Los derechos humanos son objeto de protección del derecho, y, por ende, de las normas jurídicas, pero más aún lo son —así lo consideramos—, del derecho constitucional.

Este aspecto es especialmente desarrollado y reconocido por la doctrina constitucional alemana, donde sus antecedentes negativos respecto a violaciones a los derechos humanos más inmediatos le dan especial, si cabe, fuerza a sus conclusiones.

Tomamos, para este respecto, a Hesse, en su planteamiento sobre el aspecto subjetivo y objetivo que tienen los derechos humanos en el ordenamiento jurídico.

Lo primero, según el autor, ha sido el reconocimiento de los derechos humanos como derechos subjetivos que tienen que contenerse en el orde-

namiento jurídico y hacerse exigibles, por ende. Sin embargo, este *status* ha crecido, pasando a un reconocimiento de los derechos humanos como principios objetivos, que permean en todo el ordenamiento jurídico definiéndolo y determinándolo: “Pertenece desde los orígenes a la tradición de los derechos fundamentales la idea de que estos no son solo derechos subjetivos sino al mismo tiempo principios objetivos del orden constitucional”.¹³

Abundando sobre este punto, el autor señala que en su aspecto subjetivo los derechos se oponen como barrera o límite a la actividad estatal, obligándolo a un no hacer. Hesse los llama “preceptos negativos de competencia”.¹⁴ Desde este enfoque, los derechos que se suelen comprender son los derechos llamados civiles y políticos.

Habría que añadir, en cambio, que tratándose de los derechos económicos, sociales y culturales, éstos también tienen un carácter subjetivo, y desempeñan la misma función de limitación o barrera. Para este punto volvamos sobre la Conferencia Mundial de Viena de 1993, en la que se señala que todos los principios de universalidad les corresponden por igual a todos los derechos: “All human rights are universal, indivisible and interdependant and interrelated”.¹⁵

De manera que no puede establecerse ni jerarquía entre ellos, ni tampoco distintas naturalezas o funciones.

Por otro lado, si miramos desde la perspectiva de los derechos económicos, sociales y culturales, a los cuales se les suele aplicar el principio de progresividad en su cumplimiento, debemos admitir que esta característica es igualmente aplicable a los derechos civiles y políticos. Un ejemplo de ello, en el que los Estados y el propio derecho internacional han ido reconociendo esos derechos, al señalar que cabe una cierta gradualidad en la aplicación positiva de la libertad de expresión, que es uno de los derechos civiles y políticos más reconocidos.

Retomando el hilo de la argumentación, es pertinente señalar que en su carácter de principios jurídicos —objetivos— los derechos humanos trascienden el concepto estricto de derechos subjetivos. Como lo dice Hesse:

¹³ Hesse, Conrado, *Significado de los derechos fundamentales. Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 85.

¹⁴ *Ibidem*, p. 91.

¹⁵ Vienna Declaration and Program of Action, 1993, núm. 5: “The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, in the same footing and with the same emphasis... regardless of their political and economical systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms”.

“Los derechos fundamentales influyen en todo el ordenamiento jurídico —incluido el Derecho Administrativo y el Derecho Procesal— no solo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regula las relaciones jurídicas entre particulares”.¹⁶

Es sin duda muy pertinente detenerse y descubrir este carácter informador que tienen los derechos humanos, generando por ello obligaciones positivas a cargo del Estado de realizar determinadas tareas para hacerlos plenamente vigentes;¹⁷ sin embargo, es también necesario precisar que el hecho no obstante de su carácter de principios no le quita su naturaleza intrínseca de derechos, y como tales de erigirse como facultades directas de exigir determinadas obligaciones.

Aunque la discusión resulte en sí misma de poca entidad, vale la pena salir al paso de los temores —fatuos— de quienes consideran que si se reconoce a los derechos humanos el carácter de derechos subjetivos se colapsaría la capacidad económica y material del Estado al querer soportar unas exigencias ilimitadas. Al respecto, basta con leer el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales para percatarse de que la obligación de cumplir con tales derechos está signada por el principio de progresividad,¹⁸ y por lo tanto el cumplimiento de las obligaciones del Estado debe partir de los recursos y capacidades que tenga. Por eso nos parece que esta argumentación, además de reflejar ignorancia, es una excusa para seguir faltando a la obligación de evaluar bajo el matiz de la efectividad las acciones del Estado a favor de los individuos concretos.

Ahora bien, la progresividad no significa que el Estado tiene simplemente que hacer algo, algo bueno inclusive, intentarlo, digamos, sino que

¹⁶ *Ibidem*, p. 93.

¹⁷ Ese es el término que utiliza Hesse al hablar de obligaciones positivas: “Además de estos efectos, la concepción de los derechos fundamentales como normas objetivas supremas del ordenamiento jurídico tiene una importancia capital, no solo teórica, para las tareas del Estado. Partiendo de esta premisa de la vinculación con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a los derechos fundamentales surge no solo una obligación (negativa) del Estado de abstenerse de injerencias en el ámbito que aquellos protegen, sino también una obligación positiva de llevar a cabo todo aquello que sirva a la realización positiva de los derechos fundamentales, incluso cuando no conste una pretensión subjetiva de los ciudadanos”, *ibidem*, p. 94.

¹⁸ Artículo 2o. del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

su obligación es la de cumplir con obligaciones estrictas bajo parámetros de responsabilidad. No hay pues fundamento alguno para esta discusión, y lo hay, en cambio, todo para hacer titulares a los individuos de verdaderos derechos económicos, sociales y culturales.

A este respecto, entendemos, por supuesto, la vinculación que hay con el tema de la exigibilidad. Nos sumamos a la preocupación que existe de que los derechos no se queden en mera retórica, y que en cambio se vuelvan realidades exigibles. El “problema” de la exigibilidad, particularmente en los derechos económicos, sociales y culturales, es sin duda una prioridad en la agenda universal de derechos humanos, pero precisamente se debe partir de la premisa de que los derechos son verdaderos derechos, lo que quiere decir es que ya no se discute más el qué, sino el cómo hacerlos exigibles y justiciables.

Líneas arriba mencionamos, dentro de la convicción de que los derechos humanos son un ámbito de protección del derecho, que lo son particularmente del derecho constitucional. Esto puede entenderse de manera clara si se tiene presente la naturaleza del documento constitucional y el carácter de principios que les corresponden a los derechos humanos, lo que implica que deben estar en la cúspide del ordenamiento jurídico para desde ahí influir a la actividad legislativa, administrativa y judicial.

Máximo rango, máxima fuerza jurídica, máxima importancia del objeto y máxima indeterminación son las notas que subraya Alexy al considerar los derechos fundamentales dentro del sistema jurídico alemán.¹⁹ De estas notas casi todas se entienden por sí mismas. Si acaso sobre el tema de la máxima indeterminación cabe precisar que se refiere a la posibilidad de ampliar los alcances de protección de los derechos a través de la interpretación de los tribunales constitucionales. Refiriéndonos a los conceptos de máxima fuerza jurídica y máxima importancia en su objeto, creo que son formulaciones muy acordes con la tangibilidad de los derechos fundamentales como derechos *stricto sensu*.

Cabría añadir un aspecto más a esta argumentación, y es el referente a que los derechos humanos son derechos jurídicos y no solamente derechos morales, si esta distinción cabe,²⁰ ya que aunque pudiera entrarse a

¹⁹ Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional”, *Neo-constitucionalismo(s)*, México, Trotta, 2003, pp. 33-35.

²⁰ La distinción la extraemos de la línea de discusión de Riccardo Guastini en su texto sobre *Teoría constitucional*, México, UNAM-Fontamara, 2001, pp. 215 y ss.

la discusión de la fundamentación metajurídica de los derechos humanos, en realidad la naturaleza de los derechos humanos es la propia de todos los derechos jurídicos, que son aquellos que se positivizan en el orden jurídico, pero que tienen un fundamento metajurídico. De manera que podríamos decir que los derechos humanos tienen una realidad trascendente al derecho positivo, pero éste, como instrumento de protección, debe recogerlos y expresarlos (reconocerlos) de la manera más perfecta posible y, posteriormente, garantizarlos. Esto, en términos explícitos, significaría juridificarlos.

En ese sentido, es oportuno traer en este momento a colación, como último punto de este subinciso, el tema de la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales, que ya habíamos mencionado, ya que nos arroja algunas luces sobre el carácter jurídico de los derechos humanos.

La distinción en sí misma nos precipita en el riesgo de entenderlos como dos subespecies diferentes de un mismo género, una idónea para el texto constitucional y otra no, una con una cualidad jurídica y otra no; cuando en realidad se trata de la misma realidad que se manifiesta de maneras distintas. Pongámoslo, como lo dice Carbonell, en su análisis sobre los derechos fundamentales: "...la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales no debe llevarnos a pensar que se trata de categorías separadas e incomunicadas. Por el contrario. De hecho, podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados".²¹

Nos parece especialmente aprovechable a este respecto la parte de que son realidades comunicadas, y yo creo más; creo que son la misma realidad, el mismo sustrato, que al inscribirse y formularse en una Constitución adopta este término de derechos fundamentales, que tiene su origen, como nos recuerda el mismo Carbonell,²² en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Pero no habría ninguna objeción en que dentro de la Constitución se les llame derechos humanos, que eso son, como se hace en los tratados internacionales.

Estamos concientes de las dificultades que arroja a este debate el hecho de que en la Constitución se incluyen algunos otros derechos que no son estrictamente derechos humanos tal como se reconocen en los trata-

²¹ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2005, p. 9.

²² *Ibidem*, p. 7.

dos internacionales, pero que obedecen a circunstancias sociales, históricas o culturales, y que se incluyen por eso en la Constitución, como es, entre muchos otros, la libertad de portación de armas o las especificaciones sobre cada uno de los derechos, *v. gr.* el límite máximo del arresto administrativo o las limitaciones a los monopolios en las áreas estratégicas del Estado, etcétera. Sin duda alguna como tal muchos de los elementos incorporados a los derechos fundamentales en el texto constitucional rebasan el ámbito de los derechos humanos; sin embargo, esto es el resultado precisamente del modo como se logran conjugar los elementos particulares (históricos o sociales) con la sustancia de los derechos humanos y expresarse en el orden jurídico.

Otro problema que surge es el de utilizar dos terminologías: derechos humanos para el ámbito internacional y derechos fundamentales para el ámbito constitucional, lo que sin duda puede representar conflictos de aplicación de leyes sobre la misma materia, la de derechos humanos. Por eso abogamos por que en la Constitución se utilice el término de derechos humanos y se exploren las vías para hacer aplicables los medios de protección constitucionales para todos los derechos por igual, incluyendo los que se encuentran recogidos en los tratados internacionales.

Queda mucho trecho precisamente para seguir avanzando en la incorporación cada vez más diáfana de los derechos humanos en los textos constitucionales (es precisamente el tema de este ensayo), y lo que nosotros quisiéramos aportar a este respecto es precisamente la necesidad de integrarlo como objeto de estudio propio para avanzar mucho más en la constitucionalización de los derechos humanos, y no presentarlos como una realidad metaconstitucional, sino hacer de la Constitución un ámbito (medio o instrumento) de protección de los derechos humanos, sobre lo que más adelante continuaremos abundando.

III. EL AVANCE DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En este segundo apartado queremos presentar de manera muy sucinta la realidad de expansión que han tenido los derechos humanos a nivel del derecho internacional, y en este sentido recalcar las implicaciones de la apropiación de los derechos humanos como un concepto propio del derecho internacional.

Aunque no es necesario hacer demasiado énfasis sobre esta realidad, que es a todas luces patente, cabe recordar que a partir de 1948, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se han desarrollado instrumentos internacionales y regionales. Actualmente existen la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos (1950), que tiene 14 protocolos; la Carta Europea de los Derechos Fundamentales (2000); la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), y la Carta Africana de los Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos (1980), además de la existencia de organismos derivados de estos instrumentos, tanto internacionales como regionales que se integran como verdaderos cuerpos de vigilancia y protección inclusive jurisdiccional de los derechos humanos.

Esta evolución, que ha sido muy significativa y benéfica, ha traído consigo un efecto inmediato, que se refiere al conflicto entre el orden internacional y el orden interno. Independientemente de la teoría que se adopte al respecto, la teoría monista o la dualista, como señala Fix-Zamudio, es preciso plantearse el problema del valor jerárquico que asumen los tratados internacionales, y particularmente aquellos que tienen como objeto esencial los derechos humanos.²³

El primer tema, de carácter jurídico, derivado de esta incorporación internacional del concepto de derechos humanos es el del conflicto de órdenes o del conflicto de leyes, y esto tiene una razón de origen muy simple: la protección de los derechos humanos no es el objeto propio del orden jurídico internacional, sino del orden jurídico interno; es decir, el Estado es la organización jurídico-política creada para la protección de los derechos humanos fundamentales; la comunidad internacional no parece tener ni esa vocación ni esa capacidad.

Sin embargo, ha sido en el ámbito internacional donde se ha dado este desarrollo, de una manera mucho más creciente y propositiva. Antes de hacer referencia más directa al tema de la jerarquía quizá valga la pena mencionar un poco más las implicaciones que significa la internacionalización de los derechos humanos (que no es lo mismo que su universalización).

La asunción del tema de los derechos humanos por el derecho internacional ha tenido sin duda como una de sus más evidentes ventajas el for-

²³ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 2005, p. 513.

talecimiento de su carácter universal, y dentro de ello el surgimiento de sistemas supraestatales de control y protección de estos derechos. La razón de este mayor dinamismo se debe en parte a la flexibilidad de los métodos y perspectivas de esta rama del derecho, lo que no sucede con la normatividad interna.

Sin embargo, también pueden señalarse otra serie de consecuencias negativas que se han seguido de este apadrinamiento internacional de los derechos humanos, como es el hecho de lo que en recientes fechas se ha señalado sobre la politización del sistema universal de los derechos humanos, que no es otra cosa sino la dificultad de separar los intereses político-internacionales que están presentes por definición en las relaciones entre Estados y el ánimo de defender y hacer respetar los derechos humanos. Esto es, entre otras razones, lo que ha llevado a la Asamblea General de la ONU a buscar una reforma en el sistema de derechos humanos y a sustituir la antigua Comisión (politizada, según se dice) por un Consejo de Derechos Humanos²⁴ más efectivo, dinámico e imparcial.

El derecho internacional público es la rama del derecho que regula las relaciones entre Estados, por lo que por su naturaleza no es el campo más idóneo y efectivo para desarrollar las instituciones de protección de los derechos de los individuos.

Otra gran dificultad que se presenta por el proceso de internacionalización de los derechos humanos es el problema de la efectividad o el de la implementación. Este problema no redundante solamente en el aspecto de falta de coherencia o consecutividad entre lo que sucede a nivel internacional y su traslado a nivel interno, sino en la falta de mecanismos en el derecho internacional para poder ejecutar, concretar, exigir, desarrollar las acciones de protección y promoción de los derechos humanos internamente.

El desarrollo de los derechos humanos a nivel internacional ha sido más que diligente. No ha sucedido lo mismo a nivel doméstico en los Estados. La doctrina de los derechos humanos a nivel internacional tiene

²⁴ Esto se puede leer en múltiples documentos preparados por el secretario general al presentar la propuesta de creación del actual Consejo de Derechos Humanos: "The Commission of Human Rights in its current form has some notable strengths and a proud history, but its ability to perform its tasks has been overtaken by new needs and undermined by the politicization of its sessions and the selectivity of its work, a new Human Rights Council World help serve to overcome some growing problems...". Reporte del Secretario General, A/59/2005 Add 1, núm. 2, del 23 mayo de 2005.

un desarrollo más avanzado que la doctrina de los derechos humanos a nivel constitucional.²⁵

Refiriéndonos de manera más específica al tema del conflicto jurídico entre el orden internacional y el interno, sin ser el objeto propio de este ensayo, podemos decir, siguiendo la exposición de L. Ortiz Ahlf, que en este tema que se denomina genéricamente “de la incorporación”, se incluyen tres aspectos: uno es el procedimiento de vinculación, el segundo atiende a la forma de recepción y un tercero relativo a la jerarquía.²⁶

La forma de solucionarlos en el derecho comparado ha sido la de establecer la primacía del derecho internacional respecto al orden constitucional.²⁷ Esto comenzó en la Europa continental y en el derecho comunitario, y, en cambio, se ha dado de manera más paulatina y cautelosa en América Latina, como lo señala muy atinadamente Fix-Zamudio:

En una época reciente se observa la tendencia en algunas Constituciones Latinoamericanas, tanto para superar la desconfianza tradicional hacia los instrumentos internacionales y en general hacia el Derecho Internacional, como para introducir, de manera paulatina una cierta preeminencia, así sea cautelosa, de las normas de carácter supranacional.²⁸

Comenzando por la Constitución de Portugal de 1976, el fenómeno ha ido cundiendo en nuestro continente, y con diversas fórmulas se ha ido resolviendo este conflicto, que, por otra parte, es conveniente señalar corresponde a un tema del derecho constitucional, y no del internacional.

En los textos constitucionales, las fórmulas de recepción del derecho internacional de los derechos humanos son muchas y variadas,²⁹ nos dice

²⁵ Resulta tan vigente la tensión mencionada, que bien se podría mencionar el surgimiento de dos tendencias muy identificables para afrontar el tema: la del internacionalismo de los derechos humanos y la del constitucionalismo de los derechos humanos, donde hasta ahora ha prevalecido la primera.

²⁶ Ortiz Ahlf, Loretta, “Integración de las normas internacionales en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica”, *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004.

²⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, p. 514.

²⁸ *Idem.*

²⁹ Siguiendo el esquema de análisis de Pablo Luis Manili, podemos referirnos, como lo hace él, a: a) fórmulas normativas que no contemplan jerarquías; b) normas que establecen jerarquías y jurisprudencia que la desconoce; c) normas escuetas y jurisprudencia de avanzada, y d) normas que establecen jerarquías y jurisprudencia que las reconoce.

Manili;³⁰ sin embargo, se ha dado un fenómeno muy particular, que consiste en que

En aquellos casos en el que el Constituyente se tomó el trabajo de consagrar expresamente la jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos (Perú, Colombia y Guatemala) la jurisprudencia ha sido reacia a reconocerla en la práctica, a pesar de la claridad de los textos, los cuales permanecieron como mera declamación. La única excepción a ello es el caso argentino. Pareciera que los jueces nacionales tuvieran una especie de temor o de chauvismo que los lleva a mitigar esas fórmulas constitucionales en su interpretación frente al caso concreto. Contrariamente a ello, las fórmulas constitucionales menos pretenciosas como pauta interpretativa (Portugal, España, Perú 1993) o como fuente complementaria (Brasil y Chile) han tenido buena acogida en la jurisprudencia, que les ha dado, generalmente una interpretación extensiva.³¹

Así pues nos enfrentamos a un proceso de avance sin duda dinámico, que pretende resolver el problema de los conflictos entre la ley internacional y la interna a través de establecer esta preeminencia. Con este avance sin duda se puede hablar de una incorporación de los derechos humanos de los tratados internacionales en el régimen constitucional; sin embargo, como hemos dicho líneas arriba, no es suficiente con la simple incorporación formal en el texto constitucional, sino que se requiere de un proceso integral de aplicación que llegue hasta los detalles más concretos de ejecución y, además, no se trata solamente de un asunto legislativo, sino que tiene vertientes administrativas políticas y culturales.

Es por ello que no obstante la proliferación de disposiciones constitucionales que le dan jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, nosotros sostenemos que estos mecanismos no son suficientes para generar un verdadero derecho constitucional de los derechos humanos ni para lograr una efectiva protección de éstos.³²

Cfr. Manili, Pablo Luis, “La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano”, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002.

³⁰ *Idem.*

³¹ *Ibidem*, p. 410.

³² Resulta muy interesante la reflexión que sobre este avance realiza Rodolfo Luis Vigo, desde la perspectiva de la teoría del derecho, al esquematizar y contemporizar este

IV. LAS LIMITACIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL ABORDAR EL TEMA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una vez que hemos analizado el floreciente y espectacular avance que han tenido los derechos humanos en el derecho internacional nos corresponde, por contrapartida, observar y entender por qué no ha sucedido lo mismo en el derecho constitucional.

Efectivamente, hay una clara desproporción entre ambas realidades, una diferencia que no es solamente cuantitativa, sino que tiene aspectos cualitativos, es decir, que no solamente se refiere al número de derechos reconocidos, sino al grado y a la fuerza con que se reconocen éstos.

Como lo dijimos al principio de este ensayo, existe una clara dificultad para el reconocimiento de los derechos humanos que son universales en un texto jurídico (la Constitución), que en su versión clásica se apoya el principio de soberanía, que parece ser contrario en sí mismo a la universalidad. La doctrina de los derechos humanos es universal por naturaleza, y el derecho constitucional se resiste a cualquier intromisión externa. Esta dificultad, sobre la que más adelante abundaremos, no es en realidad una contradicción esencial e infranqueable; sin embargo, sí nos sirve para encontrar una de las razones del porqué de la resistencia y dilación para el desarrollo de los derechos humanos dentro del derecho constitucional.

Lo primero que salta a la vista cuando se hace mención a la falta de desarrollo constitucional de los derechos humanos en el derecho constitucional es el hecho de que toda Constitución contiene normalmente un listado de derechos. Nuestra afirmación no se refiere a que las Constituciones no recojan estos derechos en sus textos; es evidente que lo hacen a través del establecimiento de los *bill of rights*, que existen por esencia y en el origen de todas las Constituciones. A lo que nos referimos es a un problema más de fondo. El hecho de que exista el reconocimiento formal de los derechos fundamentales en el texto constitucional no garantiza la

avance en los siguientes términos: a) el tránsito del derecho interno al derecho internacional; b) la derrota del iuspositivismo; c) de la mera promoción a la operatividad jurídica; d) de los deberes de abstención a los deberes de actuación; e) del Estado como sujeto pasivo a los particulares; f) de la titularidad individual de los derechos a la colectiva. Como contrapartida hace también un elenco de los retos o los riesgos: a) los riesgos de una expansión descontrolada; b) los límites y los consiguientes deberes de los derechos humanos; c) tensiones entre derechos humanos; d) derechos humanos programáticos u operativos; e) protagonismo judicial. *Cfr.* Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, pp 141 y ss.

plena protección de los derechos humanos en un Estado. Podríamos decir que esta defensa de los derechos humanos funciona como un sistema que necesita además del listado formal de derechos otros elementos.

Tomemos el caso de nuestra Constitución vigente. Aunque la Constitución de 1917 contiene un amplio *bill of rights* (con la novedad de haber incluido los derechos sociales); sin embargo, no todos los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales se encuentran recogidos en nuestra Constitución. Para mencionar solamente algunos básicos, podemos citar la presunción de inocencia, el derecho a la alimentación o el derecho a la cultura, por mencionar solamente tres. De manera que debido al mayor desarrollo de los derechos humanos en los tratados internacionales es muy fácil que los textos constitucionales queden rezagados.

Otro ámbito de rezago puede estar en el modo como los derechos son reconocidos, lo que se suele conocer como los estándares internacionales para los derechos humanos, que se pueden reflejar, por ejemplo, en el número y tipo de excepciones que se les señalan a los derechos. En el caso de la Constitución mexicana, existen derechos que tienen menor cobertura que la que se les reconoce, por ejemplo, en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana de Derechos Humanos, o en la regulación internacional en general, como por ejemplo la libertad de expresión, el debido proceso legal, los derechos políticos. Luego, en el contenido y excepciones tal como se recogen los derechos, pueden existir también ámbitos de desprotección.

Otro aspecto, el tercero, que nos gustaría mencionar es el que se refiere a las garantías o medios de protección de estos derechos, que son sin duda elementos esenciales para la vigencia plena y efectiva de los derechos humanos. El que existan vías tanto jurisdiccionales como cuasijurisdiccionales es indispensable, pero también lo es el que estos medios resulten efectivos, y el que a través de estas vías se pueda exigir igualmente el cumplimiento de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos. En el caso de nuestro juicio de amparo, que viene a ser el mecanismo por antonomasia para la defensa de los derechos fundamentales, podríamos decir debido al principio de relatividad y el del interés jurídico directo requerido para interponer el recurso, este medio se convierte en un instrumento muy limitado para la defensa de los derechos humanos.

El otro aspecto fundamental, sobre el que argumentamos en el apartado anterior, es el que se refiere a la posibilidad de aplicar directamente a nivel interno los derechos consagrados en los tratados internacionales.

No pretendemos repetir lo dicho; queremos simplemente referirlo al caso del juicio de amparo mexicano, en el cual, no obstante que el criterio que ha ido sosteniendo la Corte es que se encuentra por encima de las leyes federales y locales, sigue estando debajo de la Constitución, por lo que no es dable hacer una interpretación expansiva de la Constitución con base en los derechos consagrados en los tratados internacionales; al contrario, la Constitución se vuelve una limitante a lo reconocido en los tratados si éstos establecen estándares más altos.

En este punto retomamos la mención que hemos hecho a las resistencias culturales que enfrenta el tema. Lo retomamos porque nuestra propuesta va bastante más allá que simplemente luchar por la adopción de los derechos humanos de los tratados internacionales. Nuestra pretensión estriba en crear una nueva rama del derecho que se denomine “derecho constitucional de los derechos humanos”, donde efectivamente uno de los temas sea sin duda la incorporación de los derechos humanos en los tratados internacionales, pero no será el único.

Es que, efectivamente, aunque exista el reconocimiento de los derechos fundamentales específicos, como *bill of rights*, o que se establezca el principio de que todos los derechos reconocidos en los tratados internacionales son equiparables a todos los derechos constitucionales, esto no significa que su aplicación e interpretación será conforme a los más altos estándares de derechos humanos.

Otra dificultad que queremos mencionar ahora se refiere a las reglas de interpretación, lo que en el derecho internacional de los derechos humanos se denomina el principio de interpretación *pro homine*, que significa que en caso de conflicto el juez deberá aplicar la norma que más beneficie el reconocimiento de los derechos humanos, ya que en caso de que este principio no sea también una norma de interpretación del más alto nivel, es decir, constitucional, puede darse la situación de que un derecho humano no se aplique por encontrarse en una situación de conflicto de leyes. De tal forma que la aplicación de las normas de derechos humanos debe ser extensiva a su interpretación.

A este respecto, conviene tener dentro del panorama otras normas que tienen igualmente un impacto directo sobre la aplicación de los derechos fundamentales, como es el caso del control concentrado de constitucionalidad, que es el que adoptamos en México, en vez del control difuso. Lo que sucede es que al establecer los derechos humanos a nivel constitucional lo que se pretendería es que cualquier juez, local o federal, pudiera

aplicar directamente los derechos fundamentales, independientemente de que en las normas secundarias se establezca algo diferente, pero si por razón de que está prohibido el control difuso y sólo exista el control concentrado de constitucionalidad, frente al juez no se podrán alegar cuestiones de derechos humanos, porque serían cuestiones de constitucionalidad; luego, el reconocimiento y fuerza y efectividad en su protección quedan muy limitados, para cuando intervengan los tribunales competentes en materia de constitucionalidad.

Lo que queremos mostrar con estos razonamientos es que no basta con establecer un listado de derechos fundamentales y unos cuantos medios de protección, sino que es necesario crear un sistema integral y coherente.

Pasando del tema legal inclusive, podemos abrir otra ventana, y es precisamente que además de las cuestiones particularmente técnicas, existe otro amplio campo de resistencia cultural.

Tomemos el caso de nuestro sistema jurídico. Las alegaciones que se han dado tratando de explicar por qué, por ejemplo, los jueces no aplican en México los tratados internacionales de derechos humanos, a pesar de que conforme al artículo 133 de la Constitución son ley interna y así deben aplicarse, son fundamentalmente por la falta de difusión de estos instrumentos. Hay claramente un porcentaje importante de desconocimiento y de resistencias culturales, pero obviamente el problema no se reduce a eso, y no se puede pretender resolver con la ingenua salida de incrementar sencillamente las campañas o los programas de capacitación o de difusión, sino que la solución es más compleja. Las dificultades culturales, que existen, no se reducen a una falta de difusión de folletos explicativos, sino que se trata de un enfoque equivocado, de un sistema en el que poco caben las regulaciones internacionales.

Pero más allá de cuál sea el mejor método para enfrentarlo, encontramos una clara relación entre esta situación y la falta de análisis integral y de estudio sobre la deficiente aplicación de los derechos humanos a nivel interno. Estas resistencias tienen raíces y causas específicas, y no se pueden resolver de una manera superficial y desarticulada.

Las cuestiones culturales no son menores, ni se deben exclusivamente a un modo de ser local. En realidad, nosotros ubicamos sus causas en la tensión dialéctica que se ha generado entre el enfoque internacionalista y el enfoque constitucionalista de los derechos humanos. Existe efectivamente una clara separación entre ambos enfoques, en el que, al menos respecto al tema de los derechos humanos, el que ha prevalecido mayormente es el in-

ternacionalista hasta ahora. La consecuencia ha sido la falta de interés y de atención sobre el desarrollo de los derechos humanos desde el derecho constitucional.

Haciendo un esfuerzo por describir esta situación, podríamos presentarla diciendo que del lado del internacionalismo ha habido un interés (aunque sea obligado) por entender la lógica del constitucionalismo y descubrir los mejores medios de implementación; en cambio, del lado del constitucionalismo (como sector) los postulados del derecho internacional se les sigue mirando con recelo, como si se tratara de una amenaza a las visiones nacionalistas y al concepto de soberanía.

Dicho de otra forma, en el ámbito de la ciencia jurídica en el derecho internacional está más presente el enfoque, la visión del derecho constitucional, que lo que sucede del lado contrario, donde simplemente se desconocen no sólo los principios, sino las justificaciones de esos principios. El derecho internacional de los derechos humanos sigue siendo un ave rara para el derecho constitucional actual.

Antes de pasar a la propuesta —obligada— de crear una nueva disciplina que se denomine así: “el derecho constitucional de los derechos humanos”, quisiéramos hacer una breve referencia a algunas experiencias positivas sobre modelos de incorporación del derecho internacional. En concreto queremos referirnos brevemente a la experiencia del Reino Unido. Lo hacemos tomando en cuenta que una razón importante de la falta de aplicación de este derecho es que, como hemos dicho, no exista un sistema completo de incorporación de los tratados.

El 2 de octubre de 2000 inició su vigencia lo que se denomina el Acta de los Derechos Humanos (Human Rights Act), la cual hace obligatorios los derechos comprendidos en la Convención Europea de Derechos Humanos (ECHR) dentro del sistema jurídico del Reino Unido. El principio fundamental de esta Acta es que en la medida de lo posible (*wherever possible*) deberá haber compatibilidad entre las acciones de la autoridad y los derechos establecidos en la ECHR.

El Acta requiere que toda la legislación sea interpretada de manera que sea compatible con la Convención Europea (ECHR), y si esto no es posible le corresponde hacer una declaración de incompatibilidad para proceder a la desaplicación de la legislación vigente.

Desde el punto de vista de los ciudadanos, la incorporación del Acta ofrece dos vías para el ejercicio de estos derechos: por un lado, el dere-

cho a reclamar ante cualquier autoridad competente, incluyendo las Cortes, la aplicación de los derechos humanos de la Convención Europea, o bien, en segundo término, utilizar el contenido de la propia Acta como fundamento para los reclamos ante las Cortes, como puede acudir al resto del ordenamiento jurídico.³³

La declaración de incompatibilidad le corresponde hacerla a las Cortes, pero es el Parlamento (y el Ejecutivo) el que debe hacer las correcciones (*remedial legislation*) a la legislación. Como parte del mecanismo se generan una serie de procesos de interrelación entre poderes, con lo que se logra el objetivo completo de la implementación material, y no meramente formal, de las disposiciones internacionales.³⁴

El resultado final ha sido el de extender la aplicación de la regulación internacional de los derechos humanos a nivel interno, generando una difusión y un mayor interés sobre el tema y, por ende, un desarrollo de los trabajos de su regulación interna en materia de derechos humanos. En términos del propio debate parlamentario, se ha expresado diciendo que:

Another Benefit is increased British legal influence on the European Court of Human Rights. Judgments of our courts closely examine the convention case law, and British judgements are now given great weight by the European judges because they engage in a dialogue based on common principles and a common human rights discourse.³⁵

Este ejemplo nos permite observar el funcionamiento de un sistema de adopción del derecho internacional en el derecho interno con todas sus

³³ La regulación respectiva sobre el Acta de Derechos Humanos de UK puede consultarse en <http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1998/19980042.htm>. En las publicaciones que el gobierno de UK ha expedido con objeto de difundir los beneficios y la aplicación del Acta se concreta de la siguiente manera los beneficios de esta legislación:

“The Human Rights Act means that: Convention rights and responsibilities form a common set of binding values for public authorities right across the UK; Public authorities must have human rights principles in mind when they make decisions about people rights; Human rights must be part of all policy making”. Con lo que se puede ver que el mecanismo de implementación abarca a todos los poderes.

³⁴ Como quedó expresado en el *Diario de los Debates* de la Cámara de los Lores del 22 de marzo del 2007, pp. 1373 y ss.: “The act is based on the assumption that the executive and legislative branches as well as judiciary share a common commitment to representative democracy, respect for human rights and government under the rule of law. It can not work without that shared commitment”.

³⁵ Extracto de la intervención de lord Lester of Harned Hill el 22 de marzo de 2007 en la Cámara de los Lores, *Diario de los Debates* de ese día, p. 1374.

consecuencias. Evidentemente obedece a las características propias de ese país y de sus tradiciones, pero no deja de ser una invitación para mirar hacia nosotros y pensar en crear un sistema propio.

V. LA PROPUESTA DE UNA NUEVA ASIGNATURA: EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Retomando el hilo de nuestra anterior argumentación, podríamos decir que el derecho constitucional se ha despreocupado del derecho internacional, y con él del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos como una de sus áreas fundamentales.

Los puntos de contacto que existen entre ambas ramas se han generado mucho más del lado del derecho internacional de los derechos humanos con sus estudios y análisis sobre la implementación de la doctrina internacional de los derechos humanos a nivel interno, que del lado del derecho constitucional, donde el avance se encuentra menos desarrollado.

Como lo hemos mencionado, el establecimiento de fórmulas constitucionales para la incorporación de los derechos humanos de los tratados internacionales a nivel interno no es suficiente, e implica sólo el comienzo, y, de hecho, mientras no se genere todo un mecanismo de incorporación, los derechos así recogidos pueden aplicarse sólo muy débilmente. Es claro además que para el desarrollo de este sistema se requiere generar un bagaje de estudio e investigación que permita encontrar las mejores soluciones y generar toda una cultura o perspectiva constitucional de los derechos humanos.

Por eso nuestra pugna es porque dentro del derecho constitucional se genere un espacio para el estudio de esta problemática, a favor del desarrollo de las instituciones constitucionales para la protección de los derechos humanos.

El término para la denominación de esta asignatura sería precisamente el del derecho constitucional de los derechos humanos.

El hecho de plantearlo como una asignatura autónoma significa darle un objeto propio de estudio, una metodología y unos contenidos. Nos parece que la entidad del fenómeno amerita esta autonomía de estudio, y por supuesto que en razón del fin, la protección de los derechos humanos a nivel constitucional tiene toda la justificación el hacerlo. En cuanto a la metodología, sería aplicable la del derecho constitucional, bajo la perspectiva moderna de tratar al derecho público como una parte del derecho

orientada fatalmente a generar seguridad, igualdad, justicia y respeto a los derechos y libertades individuales.

Estamos ciertos que la implantación de una disciplina tal generaría un sinnúmero de nuevas perspectivas y propuestas sobre cómo lograr mayor protección y reconocimiento de los derechos humanos de los tratados internacionales utilizando la Constitución, traspasando el tema del modo de reconocimiento y llegando a problemáticas más detalladas, que tendrían que ver con temas como la protección efectiva, la exigibilidad de los derechos humanos, particularmente de los derechos económicos, sociales y culturales, las reglas de interpretación de los derechos humanos a nivel constitucional, etcétera. Por supuesto que uno de los primeros aspectos a abordar, central, sería la incorporación del principio de universalidad a nivel constitucional.

Definitivamente nuestra propuesta no consiste sencillamente en cambiarle el nombre a la asignatura que actualmente existe en las escuelas y facultades de derecho, para transitar del nombre más arcaico de garantías individuales o los más recientes de derechos fundamentales, o incluso derechos humanos, al de derecho constitucional de los derechos humanos. Se trata de abrir un espacio que no existe, de abordar otro enfoque o, inclusive de tratar un nuevo objeto de estudio. En ese sentido, lo lógico sería mantener el estudio de la parte orgánica de la Constitución dentro de la materia de derecho constitucional, y tratar por separado el análisis de la parte dogmática, pero con la perspectiva de los derechos humanos. Las carencias de los análisis actuales sobre derechos fundamentales suelen provenir de que se relega el tema de los derechos humanos porque se considera que lo propio del derecho constitucional son los derechos fundamentales, y, que en cambio, los derechos humanos son materia propia del derecho internacional.

Cabe dentro de esta argumentación, acudir a los razonamientos expresados por Martín Riso Ferrand en su intervención dentro de la Primera Reunión Internacional de Facultades y Escuelas de Derecho de Universidades Jesuitas, en la que expresaba que las modificaciones habidas en la realidad no tienen igual reflejo en el contenido de las asignaturas, y refiriéndose de manera concreta al problema que en este ensayo hemos planteado decía:

¿Es posible hoy enseñar Derecho Constitucional prescindiendo del manejo simultáneo de los criterios principios y disposiciones que derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos? La respuesta parece ser

negativa. La vinculación es demasiado intensa. ¿Puede hablarse de Derecho Constitucional como antes cuando el contenido de la disciplina ha cambiado tanto? ¿Será momento de pensar que lo que hoy conocemos como Derecho Constitucional debe enseñarse en asignaturas más amplias, con distinto nombre y diverso enfoque? Renovar los métodos para salvar lo esencial lo básico.³⁶

Con semejantes preguntas, este colega del Uruguay nos sitúa en la magnitud de miras que debemos tener, hemos de pensar en un derecho constitucional eficaz, práctico, acorde con sus verdaderas finalidades.

Dentro de las áreas de estudio que sin duda deberían quedar comprendidas dentro de esta nueva asignatura se encontrarían, de manera meramente enunciativa: en primer lugar, la naturaleza de los derechos humanos y sus diferencias conceptuales con los derechos fundamentales; las formas constitucionales de reconocimiento y sus diferentes efectos o implicaciones; el análisis de los conceptos de derechos humanos frente a la soberanía y su compatibilidad, los distintos sistemas de *bill of rights*; la armonización legislativa, la protección de los derechos humanos de los tratados internacionales y su incorporación a los diferentes sistemas de protección constitucional; la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en los tratados internacionales; los sistemas de protección de los derechos humanos internos e internacionales y su armonización, etcétera.

Como se ve, es una vasta asignatura que viene a atender una problemática real y concreta. Hemos de hacer un énfasis, casi para finalizar, que consistiría en señalar que esta asignatura no formaría parte del derecho internacional, sino del derecho constitucional, aunque parte de su objeto sea compartido. Lo que debe impulsarse es el fortalecimiento del sistema constitucional de los derechos humanos. Un segundo apuntamiento se refiere a que la armonización entre el derecho internacional y el derecho constitucional de los derechos humanos no es un asunto circunstancial que terminará por desaparecer, ya que aunque actualmente la desproporción obedece efectivamente a algunas causas históricas, a las que ya se ha hecho mención, atendiendo al principio de universalidad de los derechos humanos, la vinculación entre el derecho internacional y el derecho constitucional en el tema de los derechos humanos será un proceso per-

³⁶ Risso Ferrand, Martín, *Derecho constitucional. Otra forma de comprender el derecho*, México, Universidad Iberoamericana, 2204, p. 39.

manente. Lo que quiere decir es que siempre habrá una tensión dialéctica entre el derecho internacional y el derecho constitucional de los derechos humanos, y la necesidad de encontrar mecanismos de armonización será permanente.

Para concluir, queremos hacer una sencilla referencia a una experiencia tenida respecto a esta problemática. Se trata de haber tenido la experiencia de haber presentado esta propuesta ante un foro internacional y plural de internacionalistas, constitucionalistas y especialistas en derechos humanos reunidos en torno a la convocatoria del Instituto Max Planck en Heidelberg, Alemania. El debate resultó, como siempre, ilustrativo, no fácil en esa ocasión, por cierto, pero muchas de las ideas que aquí se expresan surgieron de los inconvenientes o de las adhesiones que surgieron en esa mesa (en marzo del 2007) de análisis serio. En todos había la preocupación práctica de avanzar, fuera lo que fuera, la teoría, por lograr mejores sistemas de protección de los derechos humanos: el terreno era el del derecho constitucional.