

CAPÍTULO PRIMERO

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917: INTRODUCCIÓN GENERAL

I. El concepto de derecho fundamental	1
1. Enfoques para estudiar los derechos fundamentales	2
2. Los fundamentos de los derechos	4
3. Derechos fundamentales, garantías individuales y derechos humanos	6
4. ¿Qué es un derecho fundamental?.	10
A. La universalidad de los derechos	14
B. Ciudadanía y capacidad de obrar	21
C. Historicidad	29
D. Especificación	32
5. Teorías sobre los derechos fundamentales	33
A. La teoría liberal	35
B. La teoría institucional	39
C. La teoría axiológica	40
D. La teoría democrático-funcional	41
E. La teoría del Estado social	41
6. Clasificación y tipos de derechos fundamentales	44

7. ¿Cuáles son, en México, los derechos fundamentales? . . .	52
8. Fuentes del derecho y derechos fundamentales.	53
A. La Constitución	53
B. La reforma constitucional	60
C. Los tratados internacionales	61
D. La jurisprudencia	65
II. Régimen constitucional de los derechos fundamentales. . . .	66
1. La supremacía constitucional	66
2. La rigidez constitucional	77
3. La garantía de los derechos fundamentales	80
A. Las garantías internas	84
B. Las garantías internacionales	95
III. Titularidad de los derechos	103
1. Derechos asignados a todas las personas	103
2. Derechos asignados a los ciudadanos mexicanos.	104
3. Derechos de las personas jurídicas	110
4. Derechos de los inmigrantes.	112
IV. Derechos fundamentales y distribución de competencias . .	115
V. Interpretación	122
VI. Los derechos fundamentales frente a particulares	132
VII. Los deberes constitucionales	136
VIII. Derechos fundamentales y Estado de derecho: notas para una sociología de los derechos.	141
IX. Bibliografía	150

CAPÍTULO PRIMERO

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917: INTRODUCCIÓN GENERAL

El estudio de los derechos fundamentales en cualquier ordenamiento jurídico concreto debe tomar como punto de partida una serie de conceptos de carácter general que nos permitan avanzar en el análisis de la forma más rigurosa y precisa que sea posible. Por ello, en este primer capítulo se abordarán algunas de esas cuestiones generales, que no deben limitarse a aspectos estrictamente jurídicos, sino que a éstos hay que agregar consideraciones de carácter sociológico a fin de poner el estudio de los derechos fundamentales en un contexto más amplio.

Para lograr lo anterior, se abordan problemas conceptuales y metodológicos; en la parte conceptual se intenta dar respuesta, entre otras, a las preguntas de qué son los derechos fundamentales, por qué se llaman de ese modo, cómo podemos saber que estamos en México frente a un derecho fundamental y quiénes son los titulares de los derechos fundamentales; en los apartados metodológicos se abordarán, entre otras, las cuestiones referidas a la clasificación de los derechos o a la forma en que deben ser interpretados. También haremos referencia al importante tema, en alguna medida novedoso en México, de cómo se pueden aplicar los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares.

A partir del capítulo segundo comenzaremos a estudiar cada uno de los concretos derechos fundamentales que establecen la Constitución y los tratados internacionales.

I. EL CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL

El objetivo de este apartado es suministrar una serie de pautas para que el lector tenga elementos de carácter conceptual sobre los derechos fundamentales. Intentaremos contestar a las siguientes preguntas: ¿porqué hay algunos derechos que se llaman fundamentales? ¿qué son esos derechos? ¿cuáles son las diferencias que existen entre los derechos fundamentales y los demás tipos de

derechos? ¿cómo se puede saber si se está frente a un derecho fundamental o frente a un derecho de otra especie? Vamos por partes.

1. *Enfoques para estudiar los derechos fundamentales*

Junto a la explicación de su concepto, una de las primeras cuestiones que deben ser estudiadas sobre el tema de los derechos fundamentales tiene que ver con su fundamento, con su razón de ser. Las preguntas esenciales en este punto serían: ¿por qué necesitamos tener derechos fundamentales? ¿cuáles podrían ser los criterios para considerar que ciertos derechos son o deben ser fundamentales y otros no? ¿por qué asignamos a ciertas prerrogativas o pretensiones una protección reforzada, al considerarlos fundamentales, frente a otros derechos?¹

Las preguntas anteriores pueden ser contestadas desde varios puntos de vista. El más próximo a los estudios de carácter estrictamente jurídico diría que son derechos fundamentales aquellos que están consagrados en la Constitución, es decir, en el texto que se considera supremo dentro de un sistema jurídico determinado; por ese sólo hecho y porque el propio texto constitucional los dota de un estatuto jurídico privilegiado —sostendría esta visión— tales derechos son fundamentales.

Siendo esto cierto en parte, también es verdad que para cualquier observador resulta obvio que los derechos no han llegado ni automática ni mágicamente a los textos constitucionales. Los derechos están allí por alguna razón; razón (o mejor, razones) que habría que rastrear en la historia, en la sociología, en la economía y en la política, no solamente en el interior de los fenómenos jurídicos. Reducir los derechos a su connotación jurídica, sin dejar de ser importante, significa aislarlos de una realidad que va más allá de los diferentes ordenamientos jurídicos que, tanto en la esfera interna de los Estados nacionales como en la de las relaciones internacionales, los han reconocido y protegido.

El estudio de los derechos tiene que distinguir, en consecuencia, varios planos de análisis, cada uno de los cuales intenta responder a preguntas diferentes.²

¹ No desarrollaremos este punto con la extensión que el tema merece, debido a que el objetivo principal del libro es el estudio de los derechos fundamentales en la Constitución mexicana; para profundizar en la cuestión de los fundamentos, ver Ferrajoli, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.

² Sigo la exposición de Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en la obra colectiva del mismo nombre, *cit.*, pp. 289-291.

a) Uno, que se acaba de mencionar, es el que corresponde a la dogmática jurídica de acuerdo con el cual, se estudian los derechos fundamentales que están consagrados en los textos constitucionales o en algunos tratados internacionales. Desde este punto de vista la pregunta a contestar es la de ¿cuáles son los derechos fundamentales? La respuesta a esta pregunta se debe dar a través de la descripción de un determinado ordenamiento jurídico; así pues, se describirán la libertad de expresión del artículo 6o. de la Constitución mexicana o la libertad de tránsito del artículo 11 de la misma carta magna. Éste será el objeto de estudio del capítulo segundo y siguientes de este libro, en los que iremos abordando el análisis de todos los derechos que están explícitamente recogidos en el texto constitucional mexicano o que forman parte del sistema jurídico nacional por estar incorporados en un instrumento de derecho internacional que México ha firmado y ratificado.

b) Un segundo nivel de análisis corresponde a la teoría de la justicia o también a la filosofía política; para este punto de vista lo importante es explicar la corrección de que ciertos valores sean recogidos por el derecho positivo en cuanto derechos fundamentales, así como justificar la necesidad de incorporar como derechos nuevas expectativas o aspiraciones de las personas y grupos que conviven en la sociedad. La pregunta a la que se busca contestar en este nivel de análisis es ¿cuáles deben ser (o es justo que sean) los derechos fundamentales? Para responder a esta cuestión se deben ofrecer justificaciones y razones por las que se considera que deben ser derechos fundamentales el derecho a la igualdad, los derechos de libertad o los derechos de participación política, con independencia de que un determinado ordenamiento jurídico los recoja o no como derechos efectivamente tutelados por la Constitución.

c) Un tercer nivel es el que corresponde a la teoría del derecho; dicha teoría tiene por objeto construir un sistema de conceptos que nos permita entender qué son los derechos fundamentales. La pregunta que se intenta resolver en este nivel de análisis: ¿qué son los derechos fundamentales? Para dar contestación a esta pregunta se debe aportar una definición estipulativa de lo que son los derechos fundamentales; en cuanto tal, no será verdadera ni falsa, sino más o menos adecuada en virtud del rendimiento explicativo que tenga para entender lo que son los derechos fundamentales en cualquier ordenamiento jurídico, con independencia de cuáles sean los derechos que en ese ordenamiento se prevean.

d) Un cuarto nivel es el que atañe a la sociología en general y a la sociología jurídica en particular, así como a la historiografía; desde este punto de vista, la pregunta relevante es ¿qué derechos, con qué grado de efectividad, por qué razones y mediante qué procedimientos son y han sido, de hecho, garantizados como fundamentales? Se trata de estudiar el grado de eficacia que los derechos

han tenido y tienen en la realidad, así como los factores que inciden en esa eficacia, los grupos sociales que presionan para que se creen nuevos derechos o aquellos que se oponen a los ya consagrados y así por el estilo. Para responder a esa pregunta, nos dice Luigi Ferrajoli, debemos aportar

respuestas empíricas susceptibles de argumentarse como verdaderas, no ya con referencia a las normas que confieren derechos en un determinado ordenamiento, sino a lo que, de hecho, ocurre o ha ocurrido en el mismo. A las luchas sociales y a los procesos políticos a través de los cuales tales derechos han sido, primero, afirmados y reivindicados, y luego, conquistados y consagrados como fundamentales en las leyes o en las Constituciones. A las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales de su implementación. Al grado, en fin, de tutela efectiva que, de hecho, les otorga el concreto funcionamiento del ordenamiento objeto de estudio.³

2. *Los fundamentos de los derechos*

Hecha la anterior distinción entre los diversos niveles de análisis desde los que se puede emprender el estudio de los derechos, conviene hacer referencia a los conceptos y valores que justifican que tales derechos sean considerados fundamentales.

En este punto pueden emplearse los distintos niveles de análisis que acabamos de mencionar; así por ejemplo, desde un punto de vista de la dogmática constitucional, la justificación para calificar a un derecho como fundamental se encuentra en su fundamento jurídico, es decir, en el reconocimiento que hace un texto constitucional de ese derecho; desde un punto de vista de teoría de la justicia, el fundamento de un derecho se encontraría en las razones o en la justificación racional que puede existir para ese derecho; desde un punto de vista de teoría del derecho, un derecho fundamental encuentra su justificación para ser considerado como tal por reunir las características que se establecen en la definición teórica que se ofrezca de los derechos; finalmente, para el nivel de análisis sociológico o historiográfico, un derecho fundamental tendrá justificación en la medida en que se haya realizado en la práctica o haya tenido alguna relevancia histórica, es decir, siempre que no haya sido una pura entelequia o la mera disquisición de algún pensador, sin ninguna repercusión práctica.

Para una primera aproximación puede ser interesante situarse en el segundo de los niveles de análisis ya mencionados, es decir, el que tiene que ver con la teoría de la justicia o con la filosofía política. Los filósofos de la justicia y los teóricos políticos discrepan en varios puntos cuando se trata de justificar los

³ Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *cit.*, p. 291.

valores que demuestran o apoyan la cuestión de cuáles deberían ser los derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli, por ejemplo, sostiene que es posible identificar cuatro criterios axiológicos que responden a la pregunta de qué derechos deben ser (o es justo que sean) fundamentales; estos criterios son la igualdad, la democracia, la paz y el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil.⁴

En términos generales puede decirse que los derechos fundamentales son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna; siguiendo a Ernesto Garzón Valdés podemos entender por bienes básicos aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral.⁵

Lo anterior significa que una persona puede no necesitar que el derecho a fumar sea un derecho fundamental ya que fumando o no fumando es posible que, en términos generales, pueda desarrollar de forma autónoma su plan de vida, pudiéndolo trazar por sí mismo y contando para tal efecto con un amplio abanico de posibilidades. Pero ese plan de vida y la capacidad de un individuo para llevarlo a la práctica se verán claramente afectados si el ordenamiento no contempla la libertad de tránsito o el derecho a la integridad física, ya que en ese caso la persona puede verse impedida de viajar a donde quiera, o puede ser torturado o mutilado.

Lo que hay que enfatizar es que cuando hablamos de derechos fundamentales estamos hablando de la protección de los intereses más vitales de toda persona, con independencia de sus gustos personales, de sus preferencias o de cualquier otra circunstancia que pueda caracterizar su existencia. Por eso se puede decir, como se va a explicar más adelante, que los derechos fundamentales deben ser universales, porque protegen bienes con los que debe contar toda persona, con independencia del lugar en el que haya nacido, de su nivel de ingresos o de sus características físicas.

Tomando en cuenta lo anterior, podemos decir que la cuestión del fundamento de los derechos fundamentales intenta responder a las siguientes preguntas: ¿por qué debemos proteger cierto bien como un derecho fundamental? ¿qué es lo que debemos tomar en cuenta para decidir qué bienes deben tener el

⁴ *Ibidem*, pp. 314 y ss.

⁵ Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 531; ver también, sobre el mismo tema, las reflexiones de Nino, Carlos S., "Autonomía y necesidades básicas", *Doxa*, Alicante, núm. 7, 1990, pp. 21 y ss.

rango de derechos fundamentales y cuáles deben ser considerados derechos secundarios, derechos que pueden pactar entre sí los particulares o simples aspiraciones sociales o morales no respaldadas por la fuerza del sistema jurídico?

3. *Derechos fundamentales, garantías individuales y derechos humanos*

Otra cuestión de orden conceptual tiene que ver con la denominación misma de “derechos fundamentales” que se ha elegido para el título de este libro y para el resto de su contenido. Creo que es importante justificar la elección del término, así como explicar por qué no se optó por otro más clásico como el de “garantías individuales y sociales” o uno más extendido y conocido como el de “derechos humanos”.

Los conceptos de “derechos fundamentales”, “garantías individuales y sociales” y “derechos humanos” no son equivalentes, ni se pueden utilizar indistintamente. Desde luego, es la Constitución la que utiliza, en el encabezado de su primera parte, el término “garantías individuales”, al que se apega la mayor parte de la doctrina mexicana.⁶

Sin embargo, no lo consideramos el más adecuado, porque como ha demostrado en muchos de sus trabajos Héctor Fix-Zamudio, el concepto de garantía no puede ser equivalente al de un derecho. La garantía es el medio, como su nombre lo indica, para *garantizar* algo, hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado. En sentido moderno una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales.⁷ Luigi Ferrajoli señala que “garantía es una expresión del léxico jurídico

6 Hay en la doctrina nacional algunas confusiones conceptuales cuando se intenta distinguir entre los términos citados; me parece que es lo que sucede con la exposición que se hace en la obra de Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 35a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 177 y ss. Este autor afirma lo siguiente al intentar distinguir entre los derechos del hombre y las garantías individuales: “Los derechos del hombre se traducen sustancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad; son elementos propios y consustanciales de su naturaleza como ser racional, independientemente de la posición jurídico-positiva en que pudiera estar colocado ante el Estado y sus autoridades; en cambio, las garantías individuales equivalen a la *consagración jurídico-positiva* de esos elementos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo. Por ende, los derechos del hombre constituyen, en términos generales, el *contenido parcial* de las garantías individuales, considerando a éstas como meras relaciones jurídicas entre los sujetos de que hemos hablado: gobernados, por un lado y Estado y autoridades, por el otro” (p. 187).

7 Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. I, pp. 273 y 283, entre otras.

con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”.⁸

Si quisiéramos utilizar un símil de derecho privado, podríamos decir que no es lo mismo el contenido de una obligación (por ejemplo la obligación de entregar un bien objeto de un contrato de compra-venta) que la garantía mediante la cual las partes acuerdan hacer efectiva esa obligación en caso de incumplimiento. De hecho, en el derecho privado existen diversos tipos de garantías que se establecen para asegurar el cumplimiento de una obligación; hay garantías reales (prenda, hipoteca) y garantías personales (fianza, aval);⁹ cuando llamamos garantías individuales a los derechos fundamentales es como si en el derecho privado se confundiera la obligación surgida del contrato con la hipoteca que se constituye para garantizar su cumplimiento.

Ha sido precisamente Luigi Ferrajoli quien con mayor agudeza ha explorado los alcances del concepto de “garantía”, partiendo de la idea de que no es lo mismo que un derecho fundamental.

Para Ferrajoli las garantías, en una primera acepción, serían las obligaciones que derivan de los derechos; de esta forma, puede haber *garantías positivas* y *garantías negativas*; las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en el respeto de algún derecho fundamental, mientras que las segundas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. Estos dos tipos de garantías pueden subsumirse en lo que el mismo autor llama las “garantías primarias o sustanciales”, que son distintas de las “garantías secundarias o jurisdiccionales”.

Las garantías primarias son precisamente las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en algún texto normativo; por su lado, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por tanto violen también las garantías primarias.¹⁰

La confusión entre los derechos fundamentales y las garantías individuales ha alcanzado también a la jurisprudencia, como puede verse en la siguiente tesis, bien expresiva de la falta de coherencia terminológica con la que se suele abordar la cuestión:

⁸ Ferrajoli, Luigi, “Garantías”, *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 38, julio de 2002, p. 39.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Ibidem*, p. 40.

GARANTÍAS INDIVIDUALES. No son derechos sustantivos, sino que constituyen el instrumento constitucional para salvaguardar éstos. Las garantías individuales que se encuentran consagradas en los artículos 14 y 16 constitucionales, como lo son la del debido proceso y la de fundamentación y motivación en todo acto de autoridad, como su nombre lo indica, garantizan la aplicación de la ley en cuanto a los procedimientos seguidos ante tribunales, con el objeto de proteger la integridad física, la libertad y los bienes, siendo éstos, los derechos fundamentales del gobernado, entre otros; es decir, las garantías individuales, no son derechos sustantivos, sino que constituyen el instrumento constitucional establecido por la propia norma fundamental del país, para salvaguardar tales derechos. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IV, octubre de 1996, novena época, tribunales colegiados de circuito, tesis I. 6º.C.28 K, p. 547.

Llegados a este punto, el lector podría perfectamente hacerse la siguiente pregunta: ¿si por todas las razones que se han dado no es aconsejable o adecuado recurrir al concepto de “garantías individuales” para denominar a nuestro objeto de estudio, por qué no utilizar el término, tan común y aceptado, de derechos humanos? Los derechos humanos no deben ser confundidos con los derechos fundamentales. Son fundamentales los derechos que están previstos en el texto constitucional y en los tratados internacionales.

El término “derechos fundamentales” aparece en Francia (*droits fondamentaux*) a finales del siglo XVIII, dentro del movimiento que culmina con la expedición de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En sentido moderno, toma relieve sobre todo en Alemania bajo la denominación de *grundrechte* adoptada por la Constitución de ese país en 1949.¹¹

Los derechos humanos son una categoría más amplia y que, en la práctica, se suele utilizar con menos rigor jurídico que la de derechos fundamentales. Muchas veces se hace referencia a los derechos humanos como expectativas que no están previstas de forma clara en alguna norma jurídica, con el objeto de reclamar lo que a algunas personas les puede parecer una actuación indebida de las autoridades. Para algunos teóricos, que esgrimen muy buenas razones en su favor, serían también derechos humanos algunos derechos no jurídicos; se trataría, por ejemplo, de los llamados “derechos morales”.¹² Como escribe Antonio E. Pérez Luño,

¹¹ Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991, p. 29. Ver también Cruz Villalón, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en su libro *La curiosidad del jurista persa, y otros escritos sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 1999, pp. 23-53.

¹² Para un primer acercamiento al tema, Cruz Parceros, Juan Antonio, “Derechos morales: concepto y relevancia”, *Isonomía*, México, núm. 15, octubre de 2001, pp. 55-79.

En los usos lingüísticos jurídicos, políticos e incluso comunes de nuestro tiempo, el término “derechos humanos” aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los “derechos fundamentales”. Los *derechos humanos* suelen venir entendidos como *un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*. En tanto que con la noción de los *derechos fundamentales* se tiende a aludir a *aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada*.

Los derechos humanos aúnan —sigue diciendo Pérez Luño—, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que *debiendo* ser objeto de positivación no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo.¹³

Las fronteras conceptuales de los derechos humanos son menos precisas que las que tienen los derechos fundamentales. Quizá por esa razón es por la que sobre los derechos humanos han escritos muchas páginas (algunas muy buenas) los sociólogos, los economistas, los politólogos, los filósofos, etcétera, pero sobre derechos fundamentales —hasta donde tengo noticia— generalmente escriben los juristas. Autores paradigmáticos en sus campos de conocimiento y con vasta influencia sobre la ciencia jurídica, como John Rawls o Jürgen Habermas, cuando hacen referencia en sus textos a “libertades básicas”, “derechos o bienes primarios” o “derechos fundamentales”, lo hacen sin tener en cuenta lo que efectivamente dice la Constitución de su país o de cualquier otro Estado. Y hacen bien, porque desde su perspectiva científica pueden adoptar enfoques más amplios que los que se utilizan en la ciencia jurídica. Sus aportaciones son del mayor valor para quienes nos situamos en una óptica constitucional, pues con frecuencia someten nuestros razonamientos a fuertes presiones argumentativas y nos obligan a redoblar o, en su caso, corregir nuestros puntos de vista.

Pese a todo, la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos 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*.

¹³ Pérez Luño, *Los derechos fundamentales, cit.*, pp. 46 y 47.

Pérez Luño pone un ejemplo que refleja con nitidez la diferencia entre el uso que le damos al concepto de derechos humanos y el que corresponde a la noción de derechos fundamentales: habría un amplio consenso en considerar que en el régimen del *apartheid* en Sudáfrica o en la dictadura de Pinochet en Chile se violaban “derechos humanos”; sin embargo, de acuerdo con el sistema jurídico de esos países, la detención sin causa o la segregación racial no eran actos violatorios de “derechos fundamentales”.¹⁴ Esos dos regímenes (y muchos otros que se han visto y se siguen viendo en tantos países) podrían ser denunciados como “violadores de derechos humanos”, pero no como violadores de “derechos fundamentales” en tanto que sus ordenamientos jurídicos internos no reconocían como tales una serie de derechos que a nosotros nos pueden parecer esenciales desde cualquier punto de vista.

Lo anterior no significa, desde luego, que en el estudio de los derechos fundamentales los juristas no deban tener en cuenta las perspectivas y argumentos que ofrecen otras ciencias sociales; por el contrario, una perspectiva multidisciplinaria es muy recomendable para el estudio de los derechos fundamentales, siempre que se tenga presente que nuestra base metodológica tiene que partir de razonamientos y premisas estrictamente jurídicos.

A lo largo de los capítulos que conforman este libro se hará referencia a los derechos fundamentales o simplemente a los derechos. Ahora bien, en algunas ocasiones no estaremos limitándonos a exponer los derechos que están contemplados en el texto constitucional y en las demás fuentes normativas que los establecen, sino que incluiremos reflexiones sobre otro tipo de expectativas, que sin ser derechos fundamentales en el sentido técnico-jurídico del término, podrían llegar a serlo en el futuro. Hay que recordar que el catálogo de derechos que puede haber en un texto constitucional o en los tratados internacionales no es un universo cerrado, impermeable a las nuevas necesidades. Por el contrario, si las condiciones sociales o políticas exigen que nuevas exigencias o necesidades pasen a engrosar la lista de los derechos fundamentales, mal harían los encargados de reformar la Constitución si no atienden a esa necesidad. Esto es lo que justifica que más adelante hagamos alusión a los derechos al agua y a la alimentación, o al derecho a la renta básica.

4. *¿Qué es un derecho fundamental?*

¿Cómo definir a un derecho fundamental? No se trata, desde luego, de una cuestión sencilla. Como lo señala Carlos Bernal,

¹⁴ *Ibidem*, pp. 47 y 48.

El concepto de derecho fundamental es una de las nociones más controvertidas en la doctrina constitucional europea de finales del segundo milenio y comienzos del tercero. Este concepto ha sido objeto de un sinnúmero de definiciones, acuñadas a partir de una gran variedad de perspectivas, cada una de las cuales acentúa ciertos rasgos específicos o enfatiza determinados matices o singularidades de esta figura jurídica.¹⁵

Todo derecho fundamental está recogido en una “disposición de derecho fundamental”; una disposición de ese tipo es un enunciado previsto en la Constitución o en los tratados internacionales que tipifican un derecho fundamental.¹⁶ Las disposiciones de derecho fundamental están previstas en “normas de derecho fundamental”, que son significados prescriptivos por medio de los cuales se indica que algo está ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental.¹⁷ Para decirlo en otras palabras, la disposición es un texto normativo que todavía no ha sido dotado de sentido, que todavía no ha sido interpretado; mientras que la norma sería el resultado de la interpretación del texto, que nos permitiría saber qué conductas están ordenadas, prohibidas o permitidas.

En términos generales, podemos decir que a partir de una norma de derecho fundamental se crea una relación jurídica compuesta por tres elementos: un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto de la relación. La calidad de los sujetos vendrá dada, de una parte, por la titularidad de derechos que asigne una norma; así, por ejemplo, podrá ser sujeto activo del derecho a la educación toda persona, pero solamente lo será del derecho al voto quien sea mayor de 18 años y además posea la ciudadanía del Estado en el que reside habitualmente. De otra parte, la calidad de sujeto vendrá determinada también por el tipo de enunciado que la norma de derecho fundamental contenga; así, el derecho a la vida, por poner un ejemplo, podrá oponerse frente a todas las demás personas, con independencia de que sean particulares o autoridades, pero el derecho a un proceso judicial sin dilaciones solamente podrá oponerse a una autoridad, en tanto que los particulares no administran justicia.

También podrá resultar variable el tipo de relación jurídica de derecho fundamental dependiendo del objeto que busque proteger un derecho fundamen-

¹⁵ *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003, p. 75.

¹⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2002 (3a. reimpresión), p. 63.

¹⁷ Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 77. La distinción entre “disposición” y “norma” puede verse en Guastini, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, Turín, Giappichelli, 1992, pp. 15 y ss.

tal; veamos un caso: si el objeto es la libertad del sujeto activo, es probable que la relación jurídica implique para el sujeto pasivo un deber de abstención, una conducta omisiva, que no lesione la libertad del sujeto activo. Puede resultar también que si el objeto del derecho es la igualdad, se requiera del sujeto pasivo una conducta activa, por ejemplo para prestar el servicio público de salud, para construir viviendas o para impedir que unos particulares discriminen a otros en el acceso al transporte por carretera.

Tomando en cuenta lo anterior y considerando la pluralidad de conceptos y definiciones que existen de los derechos fundamentales, quizá lo mejor sea ofrecer solamente la que nos permita comprender después el significado de los derechos dentro del sistema jurídico mexicano. Una de las mejores definiciones que se han realizado de los derechos fundamentales es la de Luigi Ferrajoli; tiene la ventaja de que, al tratarse de un concepto construido desde premisas de teoría del derecho, puede ser aplicable a cualquier ordenamiento jurídico positivo, y además resulta útil para comenzar a plantear algunos de los problemas que, ya no en la teoría sino en la práctica, tienen actualmente los derechos (por ejemplo en cuanto a su titularidad).

Luigi Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos 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”.¹⁸ El propio autor aclara que por derecho subjetivo debe entenderse “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”, mientras que por *status* debemos entender “la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.

De esta definición conviene destacar tres elementos clave: se trata de *a)* derechos subjetivos; *b)* que son universalmente adscritos a todos en cuanto personas, y *c)* que pueden estar restringidos por no contar con el estatus de ciudadano o de persona con capacidad de obrar.

Vamos a examinar brevemente algunos aspectos de los elementos que componen el concepto de Ferrajoli. Antes, sin embargo, hay que recordar que se trata de una definición cuyo criterio de análisis es de teoría del derecho y que, por tanto, deberá ser complementado con los datos que proporciona la dogmática jurídica para estar en condiciones de saber, dentro de un ordenamiento constitucional determinado, cuáles son los derechos fundamentales.

¹⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.

Es importante tener presente lo anterior porque el concepto de Ferrajoli hace referencia de lo que podríamos llamar “el contenido” de los derechos (un derecho subjetivo, su asignación universal, su restricción en algunos casos para los no ciudadanos o para quienes no tienen capacidad de obrar, etcétera), pero no señala que el carácter de fundamental de un derecho proviene —repito: desde el punto de vista de la dogmática jurídica— también de la fuente jurídica que lo establece (normalmente la Constitución o los tratados internacionales, como veremos al hacer referencia a “las fuentes de los derechos fundamentales”), lo cual tiene importantes repercusiones prácticas para su tratamiento normativo (por ejemplo, los derechos participan de la supremacía constitucional, no son disponibles para el legislador, requieren de una especial forma de interpretación constitucional, están sujetos a un cierto procedimiento especial de protección, etcétera) y también, desde luego, para su análisis teórico.

Ferrajoli defiende el sentido de su definición argumentando, desde mi punto de vista con toda razón, que se trata de una definición realizada a partir de las premisas de la teoría del derecho y que, por lo tanto, se trata: *a)* de una definición *estipulativa*, ni verdadera ni falsa como tal, sino solamente más o menos adecuada a la finalidad explicativa de la teoría en relación con cualquier ordenamiento, cualesquiera que sean los derechos allí tutelados como fundamentales, y *b)* de una definición *formal*, esto es, dirigida a identificar los rasgos estructurales que, en función de dicha finalidad, convenimos en asociar a esta expresión, y que determinan la extensión de la clase de derechos denotados por ella, cualesquiera que sean sus contenidos.¹⁹

En los siguientes apartados analizamos algunas de las partes que conforman el concepto de derecho fundamental de Ferrajoli, haciendo referencia al tema de la universalidad de los derechos, a la ciudadanía y a la capacidad de obrar como requisitos para ser titular de un derecho o para poder ejercerlo; también estudiaremos la historicidad y la especificación de los derechos, que aunque no están señaladas por Ferrajoli dentro de su definición, tienen gran importancia para poder tener una visión amplia y comprensiva del concepto de derecho fundamental.

Habiendo tocado esos temas, pasaremos a ofrecer un breve elenco de las teorías de los derechos fundamentales, tomando como base un conocido ensayo de Ernst-Wolfgang Böckenförde. A la exposición de las teorías seguirá una clasificación estructural de los derechos fundamentales, que nos será útil para saber qué significa concretamente el hecho de que digamos que una norma constitucional nos asigna un *derecho subjetivo* cuando nos hace titulares de un

¹⁹ Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *cit.*, p. 290.

derecho fundamental. Contando con el bagaje de haber revisado los posibles enfoques desde los que se pueden estudiar los derechos fundamentales, los componentes del concepto de Ferrajoli, las principales teorías que explican los derechos y la clasificación estructural de los mismos estaremos en capacidad de comenzar a contestar la pregunta de ¿cuáles son en México los derechos fundamentales?

A. *La universalidad de los derechos*

La universalidad de los derechos fundamentales puede ser estudiada desde dos distintos puntos de vistas.

El primer punto de vista es desde la teoría del derecho y atendiendo a la definición que nos ofrece Ferrajoli de derecho fundamental, la universalidad tendría que ver con la forma en que están redactados los preceptos que contienen derechos. Si su forma de redacción permite concluir que un cierto derecho se adscribe universalmente a todos los sujetos de una determinada clase (menores, trabajadores, campesinos, ciudadanos, mujeres, indígenas: lo importante es que esté adscrito a *todas las personas* que tengan la calidad establecida por la norma), entonces estamos ante un derecho fundamental. Si por el contrario una norma jurídica adscribe un derecho solamente a una parte de los miembros de un grupo, entonces no estamos frente a un derecho fundamental sino ante un derecho de otro tipo.

A partir de esa distinta forma de asignación del derecho, el propio Ferrajoli distingue entre los derechos fundamentales (asignados universalmente a todos los sujetos de una determinada clase) y los derechos patrimoniales (asignados a una persona con exclusión de los demás); así, la libertad de expresión, al ser reconocida constitucionalmente como un derecho de *toda persona*, sería un derecho fundamental; mientras que el derecho patrimonial sobre mi coche (derecho que comprende la posibilidad de usarlo, venderlo, agotarlo y destruirlo) excluye de su titularidad a cualquier otra persona.²⁰ En palabras del autor:

Los derechos fundamentales —tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y los derechos sociales— son derechos “universales” (*omnium*), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son sus titulares; mientras los derechos patrimoniales —del derecho de propiedad a los demás derechos reales y también los derechos de crédito— son derechos singulares (*singuli*), en el sentido asimismo lógico de que

²⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, cit., pp. 45 y ss.

para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás... Unos son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica... Los otros son exclusivos, es decir, *excludendi alios*, y por ello están en la base de la desigualdad jurídica.²¹

Siguiendo desde la misma perspectiva de teoría del derecho hay que distinguir, como lo ha explicado Robert Alexy, entre la universalidad con respecto a los titulares y la universalidad respecto a los destinatarios (obligados) de los derechos.²² La primera consiste “en que los derechos humanos son derechos que corresponden a todos los seres humanos”, con independencia de un título adquisitivo.²³ Los destinatarios (en cuanto que obligados por los derechos) serían no solamente los seres humanos en lo individual sino también los grupos y los Estados. En este último caso, de acuerdo con Alexy, hay que diferenciar los derechos humanos absolutos de los derechos humanos relativos; los primeros son los que se pueden oponer frente a todos los seres humanos, a todos los grupos y a todos los Estados, mientras que los segundos —los relativos— solamente son oponibles a, por lo menos, un ser humano, un grupo o un Estado.

Alexy pone como ejemplo de derechos humanos absolutos el derecho a la vida, que debe respetarse por todos; una muestra de derecho humano relativo frente al Estado sería el derecho al voto, el cual debe ser respetado por el Estado del cual el individuo forma parte; un caso de derecho humano relativo frente a un grupo sería el derecho de los niños a que sus familias les proporcionen asistencia y educación.

El segundo punto de vista es político, pues aparte de la perspectiva de teoría del derecho, que es la que se acaba de explicar de forma muy resumida, la universalidad de los derechos debe también ser contemplada desde una óptica política, a partir de la cual dicha característica supondría la idea de que todos los habitantes del planeta, con independencia del país en el que hayan nacido y del lugar del globo en el que se encuentren deberían tener al menos el mismo nú-

²¹ *Ibidem*, p. 46.

²² Alexy, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 8, enero-junio de 2000, pp. 24-26.

²³ Alexy no acepta que puedan haber derechos de grupo, es decir, derechos que no sean asignados a cada uno de los seres humanos en lo individual, si bien reconoce que pueden existir “derechos de comunidades” o “de Estados” (derechos de tercera generación, derecho al desarrollo); tales derechos, sin embargo, no serían derechos humanos, con lo cual —reconoce el autor— se perdería la carga valorativo-positiva que tiene el término, pero se obtendría la ventaja “de aguzar la vista para que estos derechos no devengan en derechos de funcionarios”, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *cit.*, p. 25.

cleo básico de derechos fundamentales, los cuales además tendrían que ser respetados por todos los gobiernos. Desde luego, la forma en que ese núcleo básico podría plasmarse en los distintos ordenamientos jurídicos no tiene que ser uniforme para ser acorde con los principios de justicia; la historia, cultura y pensamiento de cada pueblo o comunidad puede agregar, y de hecho históricamente ha agregado, una multiplicidad de matices y diferencias al conjunto de derechos fundamentales que establece su respectiva Constitución. En palabras de Konrad Hesse, “la validez universal de los derechos fundamentales no supone uniformidad... el contenido concreto y la significación de los derechos fundamentales para un Estado dependen de numerosos factores extrajurídicos, especialmente de la idiosincrasia, de la cultura y de la historia de los pueblos”.²⁴

La caracterización de los derechos fundamentales como derechos universales no solamente sirve para extenderlos sin distinción a todos los seres humanos y a todos los rincones del planeta, sino que también es útil para deducir su inalienabilidad y su no negociabilidad; en palabras del propio Ferrajoli, si tales derechos “son normativamente de ‘todos’ (los miembros de una determinada clase de sujetos), no son alienables o negociables, sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados”.²⁵ Que no sean alienables o negociables significa, en otras palabras, que los derechos fundamentales no son disponibles. Su no disponibilidad es tanto activa (puesto que no son disponibles por el sujeto que es su titular), como pasiva (puesto que no son disponibles, expropiables o puestos a disposición de otros sujetos, incluyendo sobre todo al Estado).²⁶

La no disponibilidad activa solamente supone que el sujeto mismo no puede por su propia voluntad dejar de ser titular de los derechos, lo cual no implica que se le impida renunciar a ejercer uno o varios derechos de los que es titular o que no pueda renunciar a utilizar los medios de protección que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para protegerlos cuando hayan sido violados.

²⁴ Hesse, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda y otros, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996, p. 85.

²⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 39. El propio Ferrajoli afirma que “en caso de que se quiera tutelar un derecho como ‘fundamental’, es preciso sustraerlo, de un lado, al intercambio mercantil, confiriéndolo igualmente mediante su enunciación en forma de una regla general y, de otro, a la arbitrariedad política del legislador ordinario mediante la estipulación de tal regla en una norma constitucional colocada por encima del mismo”, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, cit., p. 292.

²⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 47. Ver, en referencia al criterio de no disponibilidad de los derechos fundamentales de Ferrajoli, las observaciones de Guastini, Riccardo, “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en Ferrajoli, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 61 y 62.

Es decir, un sujeto puede perfectamente renunciar a ejercer su libertad de expresión y quedarse callado durante toda su vida, de la misma forma que puede renunciar a su derecho a la intimidad y aparecer en televisión contando toda clase de sucesos pertenecientes a su vida privada (como suele pasar en la actualidad con muchas personas que buscan de esa manera sus quince minutos de fama); esas renunciaciones no significan, sin embargo, que una persona deje de ser titular del derecho, ya que esa capacidad de ser titular la asigna incondicionalmente el ordenamiento jurídico y no se puede renunciar a ella. Por otro lado, tampoco se resquebraja la no disponibilidad activa por el hecho de que una persona decida, frente a la violación de uno de sus derechos fundamentales, no ejercer ninguno de los medios de tutela que establece el sistema jurídico para reparar esa violación; ésta puede permanecer incluso con el concurso de la voluntad del afectado, sin que por ello sufra una merma la no disponibilidad activa del derecho fundamental.

En los tiempos actuales, las características mencionadas de no negociabilidad y no alienabilidad son muy importantes, pues sirven, entre otras cosas, para poner a los derechos fuera del alcance de la lógica neoabsolutista del “mercado” que todo lo traduce en términos de productividad y ganancia; al no ser alienables ni disponibles los derechos se convierten en un verdadero “coto vedado”, para usar la expresión de Ernesto Garzón Valdés.²⁷ Lo anterior implica, por ejemplo, que no se puede vender la propia libertad de tránsito o las garantías que tiene todo individuo en el proceso penal.

Los derechos fundamentales, tomando en cuenta tanto su universalidad como su protección constitucional, se sitúan fuera del mercado y de los alcances de la política ordinaria. Esto significa que no puede existir una justificación colectiva que derrote la exigencia que se puede derivar de un derecho fundamental. Para decirlo en palabras de Ronald Dworkin, “Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga una pérdida o un perjuicio”;²⁸ en el mismo sentido, Robert Alexy señala que “El sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar

²⁷ Garzón Valdés, “Representación y democracia”, en su libro *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 644 y ss. Del mismo autor es importante consultar también su obra *Instituciones suicidas. Estudios de ética y política*, México, Paidós, UNAM, 2000.

²⁸ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, p. 37.

el campo de decisión de aquélla...”.²⁹ Esto significa que frente a un derecho fundamental no pueden oponerse conceptos como el de “bien común”, “seguridad nacional”, “interés público”, “moral ciudadana”, etcétera. Ninguno de esos conceptos tiene la entidad suficiente para derrotar argumentativamente a un derecho fundamental. En todas las situaciones en las que se pretenda enfrentar a un derecho fundamental con alguno de ellos el derecho tiene inexorablemente que vencer, si en verdad se trata de un derecho fundamental.

La base normativa de la universalidad de los derechos humanos se encuentra, además de lo ya dicho, en los diversos pactos, tratados y convenciones internacionales que existen sobre la materia. El punto de partida de todas esas disposiciones —en sentido conceptual, no temporal, desde luego— se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948. Dicha Declaración, junto con la Carta de la ONU, supone el embrión de un verdadero “constitucionalismo global”.³⁰ Como recuerda Bobbio, con la Declaración de 1948 se inicia una fase importante en la evolución de los derechos: la de su universalización y positivación, haciéndolos pasar de “derechos de los ciudadanos” a verdaderos derechos de (todos) “los hombres”, o al menos “derechos del ciudadano de esa ciudad que no conoce fronteras, porque comprende a toda la humanidad”.³¹

A partir de la Declaración de 1948 los derechos dejan de ser una cuestión interna de la incumbencia exclusiva de los Estados y saltan por completo al terreno del derecho y las relaciones internacionales. Los particulares se convierten en sujetos de ese nuevo derecho, antes reservado solamente a la actuación de los Estados y no de los individuos, en la medida en que tienen asegurado un estatus jurídico supranacional; incluso, bajo ciertas circunstancias, pueden acceder a una jurisdicción internacional para el caso de que consideren violados sus derechos. Los tribunales nacionales empiezan a aplicar las normas jurídicas internacionales y los problemas antes considerados exclusivamente domésticos adquieren relevancia internacional; podemos afirmar, en consecuencia, que también en materia de derechos humanos —como en tantos otros aspectos— vivimos en la era de la interdependencia.

²⁹ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 412.

³⁰ Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, pp. 397 y ss.

³¹ Bobbio, Norberto, *L'eta dei diritti*, Turín, Einaudi, 1997, pp. 23 y 24.

Universalidad y globalización

La ciencia del derecho constitucional (y dentro de ella la teoría de los derechos fundamentales) no puede seguir operando sobre la (pre)suposición de que su único referente territorial es el “Estado-nación”.³² La globalización, ese fenómeno complejo y muchas veces poco entendido, tiene un impacto indudable en las funciones que desarrolla el Estado constitucional. Una teoría de los derechos fundamentales que no se haga cargo de que la atmósfera natural del constitucionalismo (que es el Estado-nación) está atravesando por una etapa de cambio profundo, será una teoría necesariamente incompleta y miope. La globalización no tiene significados meramente mercantiles o comerciales; por el contrario, contiene implicaciones y consecuencias de primera magnitud para el derecho en general³³ y para el Estado constitucional en concreto: para la división de poderes, para la forma de ejercer el control de constitucionalidad, con respecto a la concepción y protección de los derechos fundamentales, sobre la distribución territorial del poder, sobre los emergentes poderes privados carentes hasta ahora de regulación, etcétera.³⁴

No se trata, hasta donde alcanzo a ver, de prescindir de la forma de organización basada en los Estados nacionales, sino más bien de comprender que el Estado se enfrenta a nuevos retos y que, en esta etapa, le toca jugar un papel distinto al que ha tenido hasta ahora asignado (o autoasignado).³⁵ El Estado no desaparece pero la centralidad que ha venido ocupando en los últimos siglos se ve desplazada en favor de un movimiento en una doble dirección: el Estado se ve desplazado por instituciones supranacionales que se encargan de proteger los derechos que van más allá de las fronteras (los medioambientales, por ejemplo) o cuya tutela concierne no a un régimen político en lo particular, sino a dispositivos institucionales de carácter supranacional (la prevención o el castigo del genocidio, el *apartheid*, las segregaciones masivas, etcétera), pero también se ve rebasado por las administraciones locales, por las autoridades municipales, regionales o de barrio, que se encuentran cerca del ciudadano y

³² Ver las observaciones de Kymlicka, Will y Straehle, Christine, *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías*, trad. de Karla Pérez Portilla y Neus Torbisco, México, IJ-UNAM, 2001.

³³ Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001.

³⁴ Ver Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2003.

³⁵ Sousa, Boaventura de, *Reinventar el Estado. Reinventar la democracia*, Madrid, Sequitur, 1999; Beck, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998.

adquieren un papel protagónico en el diagnóstico y solución de los problemas más inmediatos.

El Estado nación se ve rebasado en ambas direcciones (hacia arriba y hacia abajo) y queda a cargo de los enlaces entre los dos nuevos niveles relevantes de gobierno. Una de esas direcciones parece dar cuenta del *proyecto cosmopolita*, que entiende que frente a la globalización de la economía y a la transnacionalización de los retos para el futuro (y el presente) de la humanidad, hay que responder con un pensamiento y una acción política que de la misma forma sea capaz de rebasar las fronteras y ponerse frente a los nuevos poderes;³⁶ por otro lado, el movimiento *hacia abajo* estaría en la línea de dar cobertura a los movimientos reivindicadores de la identidad, pues entienden que es necesario mantener vivas algunas tradiciones y que la mejor forma de convivencia es la regida por el autogobierno.

Por supuesto, se trata de un modelo en ciernes, que habrá de ser discutido y precisado, examinando caso por caso y no creando recetas generales que simplemente no pueden dar cuenta de una realidad compleja y abigarrada que es con la que tienen que operar nuestros contemporáneos Estados nación.

Una propuesta muy seductora e inteligente es la que ha construido Luigi Ferrajoli sobre la posibilidad de avanzar hacia un constitucionalismo mundial (o global, como se prefiera).³⁷

Frente a la globalización, el pensamiento jurídico “parece estar ante el desafío de encontrar alternativas para el agotamiento paradigmático de sus principales modelos teóricos y analíticos, pues tal es la intensidad del impacto producido por todas esas transformaciones en sus esquemas conceptuales, en sus presupuestos epistemológicos, en sus métodos y en sus procedimientos”.³⁸

Desde luego, la globalización tiene impacto también en las teorías de los derechos fundamentales; así pues, en el contexto actual los ordenamientos constitucionales deben tener cláusulas de apertura hacia el derecho internacional o hacia el derecho de otros países; incluyendo entre ellas, por ejemplo, las reglas de recepción y ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos.

En buena medida, el postulado de la universalidad de los derechos nos obliga a reflexionar sobre el sentido de la globalización. Si los derechos son en verdad universales en el sentido de pretender tutelar universalmente a todas las

³⁶ Archibugi, Daniele (ed.), *Debating Cosmopolitics*, Londres, Verso, 2003.

³⁷ Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Carbonell y Vázquez (comps.), *Estado constitucional y globalización*, cit., pp. 313 y ss.

³⁸ Faria, *El derecho en la economía globalizada*, cit., p. 13.

personas, entonces se hace necesario construir instituciones globales para hacer realidad ese postulado.

B. *Ciudadanía y capacidad de obrar*

La definición que Ferrajoli hace de “derecho fundamental” incluye tres distintos estatus que sirven para la determinación de los titulares de esos derechos: persona, ciudadano y persona con capacidad de obrar. Habiendo examinado otros aspectos del concepto de Ferrajoli, toca ahora hacer alguna mención sobre los mencionados estatus.

Sobre el de persona no hace falta abundar mucho. Uno de los grandes avances de la modernidad jurídica ha consistido en no hacer depender la asignación de los derechos del cumplimiento de ningún requisito; es decir, basta con ser persona —y no es muy difícil saber cuándo estamos frente a un ser humano y cuando frente a otro tipo de ser— para que sin ningún otro requisito se nos reconozcan una serie de derechos.

En realidad, donde puede haber mayor discusión y debemos por tanto realizar un análisis más detenido es en el caso de los otros tipos de estatus que sirven para la determinación de la titularidad de los derechos fundamentales: la ciudadanía y la capacidad de obrar. A eso se dedican los siguientes apartados. En ellos se ofrece una visión de orden teórico y general; la regulación concreta que existe en México sobre ambos conceptos será expuesta en un apartado posterior dedicado al análisis de la titularidad de los derechos fundamentales en la Constitución mexicana.

a. *Ciudadanía*

El tratamiento teórico de la temática en torno a la ciudadanía ha experimentado una verdadera explosión en los últimos años. Las razones para ello son variadas. Unas nuevas y otras no tanto. Entre las nuevas se encuentran el creciente componente multicultural que se presenta en los países de la Unión Europea, el fenómeno de las migraciones masivas, el resurgimiento de los movimientos nacionalistas, la crisis del Estado benefactor y su parcial desmantelamiento a partir de los años ochenta, los conflictos étnicos, etcétera.³⁹

³⁹ Kymlicka, Will y Norman, Wayne, “El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía”, *La Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Barcelona, núm. 3, Paidós, 1997; Kymlicka, Will y Norman, Wayne, “Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts, Concepts”, en Kymlicka, Will y Norman, Wayne (eds.), *Citizenship in Diverse Societies*, Nueva York, Oxford University Press, 2000. Danilo Zolo ha recordado que la temática de la ciudadanía sirve para

La ciudadanía es un concepto que tradicionalmente ha denotado la adscripción de un sujeto a un Estado nacional; tal adscripción se lleva a cabo en virtud de conexiones territoriales o por lazos de parentela. A partir de ella se ha construido la distinción entre “ciudadanos” (o “nacionales” en un sentido más amplio) y extranjeros. Para el objeto de estudio de este libro conviene recordar que del concepto de ciudadanía ha derivado también una diversa titularidad de derechos y de deberes: una serie de derechos y deberes para los ciudadanos y una serie distinta —menor— de derechos y de deberes para los extranjeros.

Actualmente, con base en la ciudadanía se siguen manteniendo inaceptables discriminaciones y desigualdades basadas en un accidente tan coyuntural como puede ser el lugar de nacimiento. Danilo Zolo ha subrayado, con acierto, que “los derechos de ciudadanía implican una presión hacia la desigualdad”,⁴⁰ lo cual había sido ya percibido, desde sus propias coordenadas sociológicas, en el célebre y conocido ensayo de T. H. Marshall *Ciudadanía y clase social* publicado en 1950, en el que se apuntaba cómo la ciudadanía “se ha convertido, en ciertos aspectos, en el arquitecto de una desigualdad social legítima”.⁴¹

La distinción entre ciudadanos y no ciudadanos para efectos del reconocimiento de los derechos fundamentales en los hechos ha producido lo que Jürgen Habermas llama “el chauvinismo del bienestar” en la medida en que suele mantenerse en buena parte como un intento por frenar los crecientes flujos migratorios que se están produciendo desde los países del Tercer Mundo hacia los países desarrollados; esto ha llevado a algunos autores a denunciar el escándalo que supone el hecho de que “la condición de nacimiento pueda esgrimirse como argumento suficiente para negar la garantía efectiva de derechos reconocidos a todos los seres humanos... que sin embargo son condicionados hoy en no pocos países a un trámite administrativo (los ‘papeles’), por importante que

analizar la tensión hoy existente entre: *a*) la tutela de los derechos subjetivos garantizada por el Estado a sus propios ciudadanos, con exclusión de los extranjeros; *b*) el carácter inclusivo y tendencialmente universal de esos derechos; *c*) la tutela de las minorías étnico-culturales al interior de los Estados nacionales, y *d*) los procesos de globalización que hacen depender cada vez con mayor fuerza el disfrute efectivo de los derechos subjetivos de las posibilidades de su tutela internacional; Zolo, Danilo, “La strategia della cittadinanza”, en Zolo, Danilo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 4. Del mismo autor, “Cittadinanza. Storia di un concetto teorico-politico”, *Filosofia Politica*, XIV, núm. 1, abril de 2000.

⁴⁰ Zolo, Danilo, “La ciudadanía en una era poscomunista”, *La Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Barcelona, núm. 3, Paidós, 1997, p. 127.

⁴¹ Marshall, T. H., “Ciudadanía y clase social”, en Marshall, T. H. y Bottomore, T., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998, pp. 21 y 22.

éste sea”.⁴² En la misma línea, Danilo Zolo afirma que la contestación en forma de expulsiones y persecuciones, o a través de la negación de la calidad de sujetos a los inmigrantes, por parte de las “ciudadanías amenazadas” por la presión migratoria, “está escribiendo y parece destinada a escribir en los próximos decenios las páginas más luctuosas de la historia civil y política de los países occidentales”.⁴³

Desde luego, los Estados que utilizan como escudo o pretexto el tema de la ciudadanía para negar derechos básicos a los inmigrantes o en general a los no nacionales, están legislando no solamente en contra de la universalidad de los derechos fundamentales, sino sobre todo en contra de la intuición histórica que parece señalar que los fundamentos que se tenían en el pasado para distinguir entre ciudadanos y extranjeros ya no existen en la actualidad. Javier De Lucas señala que la dicotomía ciudadano/extranjero se asienta sobre dos supuestos: la construcción del Estado nacional y la homogeneidad social derivada de la coyuntural (esporádica y aún limitada en el tiempo) presencia del extranjero en la composición social.⁴⁴ Hoy ninguno de esos dos supuestos se mantiene incólume.

El Estado nacional, como modelo cuando menos, ya no se encuentra en fase de construcción. Por el contrario, habría algunos datos que nos podrían hacer pensar que se encuentra más bien en fase de desaparición o de profunda transformación. Dentro del propio ámbito de las instituciones públicas asistimos a un desfondamiento del Estado en una doble dirección: hacia arriba, con la transferencia de poder hacia instituciones supranacionales (Unión Europea, tratados de libre comercio, uniones regionales como el Mercosur, tribunales internacionales, mecanismos de arbitraje comercial transnacional, etc.), a menudo sustraídas de los pertinentes controles democráticos y parlamentarios, lo cual ha hecho asomar lo que Habermas llama “agujeros de legitimidad”.⁴⁵ Hacia abajo a través de las diversas tensiones centrífugas, nacionalistas, secesionistas o independentistas, que lo ponen en cuestión.⁴⁶

Por otra parte, el Estado se ha visto asediado por infinidad de poderes privados y semiprivados que, actuando no siempre desde la legalidad, han ido mi-

42 Lucas, Javier de, “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías”, en Lucas, Javier de (dir.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, CGPJ, 1999, p. 265.

43 Zolo, Danilo, “La strategia della cittadinanza”, *cit.*, p. 42.

44 Lucas, Javier de, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, 1994, p. 135.

45 Habermas, Jürgen, *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 96.

46 Ferrajoli, *Derechos y garantías*, *cit.*, p. 150.

nando su campo de actividades y han puesto en riesgo tanto su legitimidad como su capacidad de mantener el monopolio de la violencia.

Pero todos estos fenómenos emergentes no pueden suponer que el Estado ya no sea necesario o que su presencia sea incompatible con la universalidad de los derechos. Al contrario. Hoy en día el Estado es el único referente cierto de lo que pudiera ser el “interés general”, además de ser el primer obligado al respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales. La construcción universal de los derechos se hará contando con el Estado, a partir de él y no contra él. La debilidad del Estado es, de alguna forma, la debilidad del propio sistema de los derechos. Lo que hace realmente falta es que el Estado deje de determinar a los sujetos titulares de los derechos con base en la noción de ciudadanía y que se transforme para asumir en esta “era de la globalización” un papel diferente al que ha tenido desde su nacimiento. El argumento contra la ciudadanía como categoría discriminatoria no debe verse como un argumento contra el Estado nacional sin más, sino como una llamada de atención acerca de la imposibilidad de mantener los presupuestos que despliegan y las funciones que llevan a cabo actualmente los Estados sobre la base de ese concepto.

Por lo que hace a la idea de la homogeneidad social, étnica y cultural basta para ponerla en cuestión el dato de la ONU, recogido por Will Kymlicka, de que en los casi 190 Estados del mundo, coexisten unos 600 grupos de lenguas vivas y 5,000 grupos étnicos.⁴⁷ Se calcula que en los Estados Unidos, por mencionar un ejemplo que nos queda cercano, hay casi 30 millones de hispanos; para el año 2050 uno de cada cuatro norteamericanos será de origen hispano. Los flujos migratorios, legales e ilegales, son una constante en los inicios del siglo XXI y no hay dato alguno que permita suponer que se van a detener en los próximos años, sino al contrario dado que existen las condiciones objetivas para que se incrementen en el futuro inmediato.

Lo más seguro es que la imagen de homogeneidad social en la que se basó en el pasado la construcción de los Estados nacionales no fuera más que una excesiva idealización que no parecía tener demasiado respaldo sociológico. Si bien es cierto que a nivel retórico el otorgamiento de la ciudadanía se basa en la existencia de una serie de vínculos prepolíticos como una cultura común, relaciones “de sangre”, un pasado compartido, etcétera, a nivel político no parece observarse nada de eso en los procesos históricos que desembocan en la creación de los actuales Estados nacionales.⁴⁸ De hecho, es posible que esa serie de

⁴⁷ Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 13.

⁴⁸ Ferrajoli escribe: “No creo que en la Inglaterra del siglo XVIII o en la Italia del siglo XIX (o incluso de hoy) existieran vínculos pre-políticos e identidades colectivas —de lengua, de cultura, de común lealtad política— idóneos para conjuntar campos y ciudades, cam-

vínculos prepolíticos no exista ni siquiera hoy en día. Basta mirar, para comprobarlo, la realidad tan diversa que existe dentro de Estados como España, Canadá, Italia, entre otros. Y lo mismo puede decirse de México, donde bajo la misma “identidad nacional” conviven (algunos, pocos) megamillonarios del norte con (muchos) indígenas desnutridos del sur; con seguridad se parecen más los primeros a sus homólogos estadounidenses o ingleses —en sus valores, en sus actitudes frente a la vida, en sus lealtades y en sus sentidos de pertenencia— que a sus connacionales pobres. Como tantas otras cosas, la “identidad nacional”, para efectos de la creación y reconocimiento de la ciudadanía, parece ser poco más que una ficción.

Para atemperar la distancia, por lo menos desde el punto de vista jurídico, que existe entre los ciudadanos y los extranjeros, quizá podría recuperarse el sentido del artículo 4o. de la Constitución francesa de 1793, recordado por Habermas, que disponía que el estado de ciudadanía (no solamente la nacionalidad sino también los derechos de ciudadanía activa) se otorgaba a todo extranjero adulto que residiese durante un año en Francia.⁴⁹

Esto encuentra plena justificación si se entiende, como lo hace el mismo Habermas, que “El *status* de ciudadano fija en especial los derechos democráticos de los que el individuo puede hacer reflexivamente uso para *cambiar* su situación, posición o condición jurídica material”.⁵⁰ Esto quiere decir, simplemente, que todos los habitantes adultos de un Estado, sean o no ciudadanos, deben tener la capacidad jurídica —esto es, atribuida por el ordenamiento— de concurrir a la vida política de ese Estado; concretamente, participando en las formas democráticas que permiten la toma de decisiones: pudiendo, por tanto, votar y ser votados.

pesinos y burgueses... en suma, que existiera, a nivel social, una homogeneidad social mayor de la que hoy en día existe entre los diversos países europeos o incluso entre los diversos continentes del mundo”, Ferrajoli, Luigi, “Quali sono i diritti fondamentali?”, en Vitale, E. (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turín, Rosenberg & Sellier, 2000, p. 114 .

⁴⁹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 637. En sentido parecido, Bovero afirma —recuperando un argumento de Kelsen— que “los derechos de ‘ciudadanía política’, los derechos de participación en el proceso de decisión política, deben ser considerados derechos de la persona, es decir, corresponden (deberían corresponder) a todo individuo en tanto que es persona, en la medida en la cual la persona está sometida a esas decisiones políticas: y no hay ninguna razón válida para excluir a alguno de aquellos que están sometidos (de manera estable) a un ordenamiento normativo del derecho de participar en la formación de ese mismo ordenamiento”; Bovero, Michelangelo, “Ciudadanía y derechos fundamentales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 103, enero-abril de 2002, p. 24; del mismo autor, sobre el tema, “Tutela supranacional de los derechos fundamentales y ciudadanía”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 18, diciembre de 2001, pp. 5-23.

⁵⁰ Habermas, *Facticidad y validez*, cit., p. 626.

Además, si es cierto que la homogeneidad social ha dejado de ser —suponiendo que alguna vez lo haya sido— la nota edificante de la distinción entre ciudadanos y extranjeros, y si en consecuencia se acepta que la convivencia futura de un número importante de grupos sociales va a estar marcada por el pluralismo social y étnico, se hace más necesario derrumbar el mito de la ciudadanía y acoger ese pluralismo bajo la protección de un ordenamiento constitucional que reconozca, en condiciones de igualdad, derechos fundamentales para todos; como indica Ferrajoli, “las Constituciones son pactos de convivencia tanto más necesarios y justificados cuanto más heterogéneas y conflictuales son las subjetividades políticas, culturales y sociales que están destinadas a garantizar”.⁵¹

En suma,

la exigencia más importante que proviene hoy de cualquier teoría de la democracia que sea congruente con la teoría de los derechos fundamentales: (es) alcanzar —sobre la base de un constitucionalismo mundial ya formalmente instaurado a través de las convenciones internacionales mencionadas, pero de momento carente de garantías— un ordenamiento que rechace finalmente la ciudadanía: suprimiéndola como *status* privilegiado que conlleva derechos no reconocidos a los no ciudadanos, o, al contrario, instituyendo una ciudadanía universal.⁵²

La ciudadanía como *status* necesario para ser titular de los derechos fundamentales se revela en toda su crudeza cuando se opone a los inmigrantes (legales o ilegales), a los refugiados y a los apátridas.

Parece difícil de sostener la universalidad de los derechos y su carácter de protecciones esenciales para todos los seres humanos, si dichas protecciones son negadas a las personas que se encuentran en la peor situación de todas: aquellas que no sólo no cuentan con la protección de su Estado, sino que son perseguidas y violentadas por éste. La figura del refugiado, como apunta Javier de Lucas, “constituye, hoy, probablemente, la cara más miserable de la exclusión”. La desprotección en que se encuentran en todo el mundo los refugiados, los apátridas, los inmigrantes ilegales, los “sin papeles”, viene a poner en crisis

⁵¹ Ferrajoli, Luigi, “Quali sono i diritti fondamentali?”, *cit.*, p. 115.

⁵² Ferrajoli, *Derechos y garantías*, *cit.*, p. 119. En el mismo sentido de Ferrajoli y Habermas, Javier de Lucas apunta que “Vetar el acceso a la condición de miembro de la comunidad constituyente, sujeto de voz y voto en el espacio público, a quienes llegan después y se caracterizan por diferencias vinculadas a determinados grupos sociales (a identidades de origen), privarles del poder de decisión sobre el acuerdo previo, sobre el establecimiento de valores comunes y reglas de juego, sobre el establecimiento de la regla de la ley, del derecho, es incompatible con las exigencias de una democracia plural”, “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías”, *cit.*, p. 268.

la universalidad de los derechos y suministra un argumento más para desvincularlos del concepto de ciudadanía y soberanía.

Es, por el contrario, a los refugiados a los que más tendrían que proteger los derechos humanos “universales”, puesto que, en palabras de De Lucas,

quien no tiene ningún derecho, porque no es ciudadano de ninguna parte y renuncia a la trampa de la asimilación, es el auténtico sujeto universal, y si el fenómeno adquiere dimensiones de masa, con mayor razón... deberá ser el sujeto primario de los derechos humanos, pues, si éstos son los derechos universales, los del hombre sin más, el modelo por excelencia sería precisamente quien no tiene nada más que su condición de hombre, de refugiado.⁵³

En este contexto, los países democráticos tendrían que poner en marcha de inmediato políticas generosas de asilo, compatibles con el discurso sobre la universalidad de los derechos humanos. Para ello debería contemplarse dentro del régimen constitucional del asilo (y del estatus de los extranjeros en general) la posibilidad de considerar como asilados a personas que salgan de sus países por motivos simplemente humanitarios, es decir, no por persecuciones políticas o religiosas, sino por las miserables condiciones económicas en las que se encuentran obligados a sobrevivir en sus naciones de origen, por la negación, en suma, de los derechos sociales, económicos y culturales.

La emigración humanitaria es una realidad de nuestros días y México, que en este punto tiene la doble experiencia de haber recibido en el pasado muchos inmigrantes y de ser actualmente uno de los países que mayores flujos de emigrantes tiene en el mundo (hacia Estados Unidos, principalmente), debe hacerse cargo de ello a través de una generosa política constitucional hacia los inmigrantes y hacia los que quieran obtener asilo, como condición primera para lograr luego un total reconocimiento de su estatus como personas con plenos derechos.

Ferrajoli recuerda que, de conformidad con el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 —que dispone el derecho de todo individuo de abandonar cualquier país, incluyendo el suyo—, habría una base normativa suficiente para derivar la prohibición para los Estados (para todos) de impedir la emigración, así como la correlativa obligación de la comunidad internacional de acoger a los inmigrantes al menos en uno de sus Estados.⁵⁴ La disposición del artículo 13 de la Declaración sería incompatible con las ac-

⁵³ Lucas, Javier de, *El desafío de las fronteras*, cit., p. 209.

⁵⁴ Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en Ferrajoli, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 175.

tuales leyes de inmigración y extranjería que limitan la recepción de inmigrantes, aunque dicha antinomia no puede resolverse en la medida en que existe una laguna en el ordenamiento jurídico internacional para exigir el cumplimiento del deber de recepción de los Estados.

A la luz de las anteriores consideraciones es obvio que se impone una reflexión de fondo sobre el sentido que hoy en día debe tener la ciudadanía como categoría de determinación de la titularidad de los derechos fundamentales. Desde mi punto de vista, es necesario avanzar hacia la superación de la visión estatalista de los derechos y crear formas de adscripción y tutela de los mismos que puedan ir más allá de las fronteras y de las pertenencias nacionales.

b. Capacidad de obrar

La determinación de la capacidad de obrar como estatus de asignación de los derechos fundamentales se genera solamente por vía negativa. Es decir, como regla general la Constitución debe partir de la premisa de que todas las personas, por el solo hecho de serlo, tienen la capacidad necesaria para ser titulares de los derechos fundamentales y para ejercerlos por sí mismos. En algunos supuestos muy concretos, se puede perder la capacidad de obrar cuando medie una sentencia judicial que puede declarar que, en un momento determinado, una persona ha perdido la capacidad para ser titular de ciertos derechos o para ejercerlos por sí mismo.

Las limitaciones a los derechos fundamentales por razón de incapacidad pueden darse, en consecuencia, solamente en el caso de que exista una declaración judicial que así lo determine respecto de una persona.

Fuera del supuesto mencionado, los ordenamientos jurídicos suelen restringir la capacidad de ser titular de algunos derechos o la capacidad de una persona para ejercerlos por sí mismo en razón de no haber alcanzado cierta edad. Así por ejemplo, se suele exigir haber cumplido una determinada edad para alcanzar la ciudadanía; solamente a partir de que se es ciudadano se puede ser titular de los derechos de sufragio activo y pasivo. Para ocupar algunos cargos públicos también se puede requerir haber alcanzado cierta edad (en México, para ser ministro de la Suprema Corte o presidente de la República la Constitución exige que se hayan cumplido 35 años).

Ya no en la Constitución pero sí en la legislación ordinaria, se establecen algunas limitaciones para el ejercicio de ciertos derechos de carácter patrimonial por parte de los menores de edad. Esto significa que la legislación suele restringir el ejercicio de la autonomía de la voluntad, en razón de que se considera que los menores pueden ser engañados o defraudados con mayor facilidad en el trá-

fico mercantil. En esa virtud, las leyes pueden exigir que algunos actos de la autonomía de la voluntad deban ser ejercidos por quien ostenta la patria potestad o la tutela, sin reconocer efectos jurídicos a los actos llevados a cabo exclusivamente por los menores.

Tanto en el caso de la capacidad de obrar como en el caso de la ciudadanía, debemos mantener una perspectiva histórica abierta para comprender que los estatus de asignación de la titularidad de los derechos fundamentales, que más o menos han sido los mismos en los últimos siglos, han ido cambiando sin embargo su significado y extensión de forma muy importante en los últimos años y, en principio, no hay razones de fondo para suponer que no puedan seguir evolucionando en el futuro. Como escribe Ferrajoli,

lo que ha cambiado con el progreso del derecho no han sido los criterios de la personalidad, de la capacidad de obrar y de la ciudadanía, en que se funda la atribución de los derechos fundamentales, sino únicamente el significado extensional de dichos *status*: de la personalidad, negada a los esclavos en los ordenamientos arcaicos que admitían la esclavitud y ahora extendida, desde hace tiempo, a todos los seres humanos; de la capacidad de obrar, tanto civil como política, largamente negada y hasta hace poco limitada en base al sexo, la religión, la instrucción y la renta, y hoy extendida a todas las personas mayores de edad que no sean enfermos mentales; de la ciudadanía, afirmada como factor de desigualdad y de inclusión con el nacimiento del moderno Estado de derecho, aunque siempre vinculada a sus confines estatistas como último factor de diferenciación de los seres humanos por un accidente de nacimiento.⁵⁵

C. *Historicidad*

Para comprender el significado contemporáneo de los derechos fundamentales, además de hacer referencia a su universalidad y al tema de la ciudadanía y la capacidad de obrar como requisitos para ser titular de alguno de estos derechos, conviene mencionar también dos aspectos complementarios, pero absolutamente importantes. Me refiero a la historicidad de los derechos y a la especificación de los mismos.

Con respecto a la historicidad se puede afirmar que los derechos no son entidades que siempre hayan estado ahí, presentes en toda la historia de la humanidad, ni representan tampoco algo así como la manifestación de la “esencia humana”. Los derechos, como ha explicado Norberto Bobbio, tienen una edad, son producto de su tiempo y de las necesidades concretas que desarrollan las

⁵⁵ *Ibidem*, p. 157.

sociedades y los individuos dentro de unas coordenadas espaciales y temporales determinadas.

Los derechos humanos se han convertido en un referente inexcusable de la modernidad; quizá son su signo distintivo, aquello que da cuenta de la evolución del género humano hacia un estadio de mayor desarrollo y bienestar, que por el momento —sin negar los avances evidentes que se han sucedido— todavía permanece inalcanzado. Son un “signo de los tiempos”, como diría Norberto Bobbio; de los tiempos actuales, pese a que junto al aumento de las preocupaciones y de las ocupaciones en torno a los derechos, se han producido en los años recientes y se siguen produciendo en la actualidad las más horribles e impensables violaciones a los mismos.

Si podemos afirmar que toda Constitución, como han señalado Peter Häberle y Konrad Hesse, “es Constitución en el tiempo” y no puede ser entendida fuera de él, entonces habrá que entender e interpretar los derechos fundamentales también dentro de ciertas coordenadas espacio-temporales. Para decirlo con las palabras del propio Hesse,

la Constitución de una concreta comunidad política, su contenido, la singularidad de sus normas y sus problemas han de ser comprendidos desde una perspectiva histórica. Sólo la conciencia de esta historicidad permite la comprensión total y el enjuiciamiento acertado de las cuestiones jurídico y político-constitucionales. Esto es algo que no puede ofrecer una teoría general y abstracta insensible, que no enmarque la Constitución en la realidad político-social y sus peculiaridades históricas.

En este contexto, la historicidad de los derechos significa que los derechos tienen una edad, como lo sostiene Bobbio. Es decir, que van surgiendo tal como lo van permitiendo las condiciones sociales e ideológicas. Las reivindicaciones que dan sustento a los derechos no han existido siempre ni hubieran podido ser imaginadas en otros tiempos. Sobre esto se podría poner el ejemplo de la esclavitud, que fue una práctica aceptada hasta hace poco menos de 150 años en un país como los Estados Unidos; o el de la negación del voto de las mujeres (que no fue reconocido sino hasta 1971 en un país de clara ascendencia democrática como Suiza).

Pero hay otros ejemplos que lo ilustran mejor. Bobbio menciona el caso de los derechos de las personas adultas mayores, que no se hubieran seguramente planteado si no se hubiera aumentado la longevidad de la vida humana y, en consecuencia, el número de personas de la tercera edad que hay en el mundo, debido sobre todo a los enormes avances que ha tenido en los últimos siglos la

investigación biomédica.⁵⁶ Y lo mismo puede decirse del derecho a la privacidad, a la intimidad o a la protección de los datos personales —incluyendo nuestro código genético— que no se habrían comenzado a desarrollar si no fuera por los recientes descubrimientos científicos, por los avances en las comunicaciones y por el desarrollo de los diversos medios técnicos que facilitan la “intrusión” en la vida privada de los individuos.

El desarrollo histórico de los derechos humanos, al menos hasta el presente, se ha realizado de manera acumulativa, es decir, ninguno de los derechos humanos que se habían consagrado en el pasado ha sido repudiado o desconocido. Al contrario, se podría decir que la de los derechos es una *matriz expansiva*. Aunque algunos sean en la actualidad menos relevantes, todos siguen conservando una validez universal.

El avance de los derechos suele ser muy lento. A veces, desesperadamente lento. Pero los retrocesos en la materia tienen una velocidad increíble. Como apuntan Archibugi y Beetham, “se necesitan años para poner a punto nuevos instrumentos de tutela, para pedir a cada Estado que rinda cuentas por las torturas, por las desapariciones forzadas o por las ejecuciones de opositores políticos, y luego en el transcurso de pocos días se pueden consumir masacres tan crueles como imprevistas”.⁵⁷

La historicidad nos permite comprender, desde el punto de vista de su desarrollo, que los derechos han tradicionalmente surgido de luchas para tutelar a los sujetos más débiles de la sociedad. Como lo señala Ferrajoli,

históricamente, todos los derechos fundamentales han sido sancionados, en las diversas cartas constitucionales, como resultado de luchas o revoluciones que, en diferentes momentos, han rasgado el velo de normalidad y naturalidad que ocultaba una opresión o discriminación precedente: desde la libertad de conciencia a las otras libertades fundamentales, desde los derechos políticos a los derechos de los trabajadores, desde los derechos de las mujeres a los derechos sociales. Estos derechos han sido siempre conquistados como otras tantas formas de tutela en defensa de sujetos más débiles, contra la ley del más fuerte —iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policiales o judiciales, empleadores, potestades paternas o maritales— que regía en su ausencia.⁵⁸

Lo anterior sirve para justificar el sentido en el que los derechos se constituyen como “leyes del más débil”, según el propio Ferrajoli; además, para enten-

⁵⁶ Bobbio, Norberto, *L'eta dei diritti*, cit., p. 77

⁵⁷ Archibugi, Daniele y Beetham, David, *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*, Milán, Feltrinelli, 1998, p. 23.

⁵⁸ “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, cit., p. 363.

der el sentido profundo de su carácter marcadamente histórico, frente a las posiciones simplistas que pretenden explicar a los derechos fundamentales como realidades caídas del cielo o como logros pacíficos e incruentos que se han gestado por el simple paso del tiempo.

D. Especificación

Junto a la universalización de los derechos se ha producido también un proceso de “especificación” de los mismos. Este proceso, como lo explica Norberto Bobbio, se ha dado en virtud del paso del hombre abstracto al hombre concreto, del individuo considerado solamente como ciudadano al individuo considerado en los distintos roles o estatus que puede tener en la sociedad —aunque no se trata de roles solamente sociales, sino también biológicos—. Para ese efecto se han tomado en cuenta diversos criterios de diferenciación: el sexo, la edad, las condiciones físicas, etcétera, que merecen un especial tratamiento y protección.⁵⁹

A partir de las primeras décadas del siglo XX se empieza en consecuencia a hablar de derechos de los trabajadores, de los campesinos, de los niños, de los ancianos, de las personas con discapacidad, de los enfermos, de las mujeres, de los indígenas, de los consumidores, de los inmigrantes, de las minorías sexuales, entre otros. Se habla incluso de los derechos de las generaciones futuras, que se verían amenazados por los posibles efectos de una guerra nuclear o de la devastación ecológica producida por los efectos de destrucción que sobre el ambiente tienen algunos procesos productivos. Como apunta Giancarlo Rolla, “En el constitucionalismo contemporáneo el hombre y la mujer son considerados en su calidad de personas históricamente determinadas, inmersos en la sociedad, personas concretas, consideradas en su existencia histórica y material, portadoras de múltiples necesidades y expectativas”.⁶⁰

Si la universalización puso en claro que los derechos pertenecen a *todas* las personas, los ciudadanos o las personas con capacidad de actuar, para usar los es-

⁵⁹ Bobbio, Norberto, *L'eta dei diritti, cit.*, pp. 62 y 68, entre otras.

⁶⁰ Rolla, Giancarlo, “La actual problemática de los derechos fundamentales”, *Asamblea*, Madrid, núm. 3, junio de 2000, p. 49. El mismo autor explica que “la tendencia a la especificación representa no tanto una ampliación de las posiciones subjetivas abstractamente tutelables, sino una técnica de codificación específica dirigida a concretar históricamente la materia de los derechos de la persona reconocidos en un determinado ordenamiento. Tal técnica se propone —quizá de forma optimista— codificar un catálogo de derechos de la persona sin lagunas, en contraposición a otros ordenamientos constitucionales propensos a recabar la tutela de nuevas posiciones subjetivas por vía jurisprudencial e interpretativa, sobre la base de formulaciones constitucionales esenciales”, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 35 y 36.

tatus a los que se refiere Ferrajoli, la especificación quiere responder a las preguntas “¿qué hombre?” y “¿qué ciudadano?”.⁶¹

La especificación se ha producido sobre todo en el campo de los derechos sociales, en la medida en que la igualdad y la libertad genéricamente expresadas no han sido suficientes para proteger todos los intereses de grandes grupos humanos marginados o que conviven en la sociedad de forma desventajosa.

La especificación se refiere tanto a los destinatarios —a los sujetos, por tanto— de los derechos, como a los bienes que protegen los derechos —el objeto de los mismos, por tanto—; es decir, de la misma forma en que hoy ya no se habla de ciudadano o de persona sin más, tampoco se regula la libertad o la igualdad sin más, sino que se ha avanzado en un proceso de determinación también de esos bienes, que se han ido haciendo cada vez más precisos.

5. *Teorías sobre los derechos fundamentales*

Antes de pasar al estudio de cuáles son en México los derechos fundamentales, en el cual aplicaremos las categorías que se han revisado hasta este momento, hay que dar cuenta —de forma necesariamente somera, puesto que sobre el particular se ha producido una cantidad ingente de literatura académica— de las teorías que explican los derechos fundamentales. No se debe confundir este tema con el de las perspectivas o enfoques desde los que se estudian los derechos, ni con las premisas axiológicas que suministran la explicación —a partir de la teoría de la justicia o de la filosofía política— de por qué un derecho es fundamental y no de otro tipo.

En cuanto a lo que se refiere a los distintos enfoques desde los que se pueden estudiar, como vimos al principio de este capítulo, los derechos pueden ser analizados desde la perspectiva de la dogmática jurídica, a partir de la cual se deberá dar cuenta de los derechos tal como están regulados en un determinado ordenamiento jurídico; una segunda perspectiva para estudiar los derechos es la que ofrece la teoría de la justicia o la filosofía política, desde la que lo importante será explicar la corrección de ciertos valores y la justificación de que nuevas necesidades sean incorporadas al catálogo de derechos que establecen los textos constitucionales; desde una tercera perspectiva, la de teoría del derecho, interesará comprender qué son los derechos fundamentales, intentando ofrecer respuestas que sean aplicables a todos los ordenamientos jurídicos; finalmente, los derechos pueden también ser analizados a partir de la perspectiva sociológica en general o de la sociología jurídica en particular, desde la que lo impor-

⁶¹ Bobbio, Norberto, *L'eta dei diritti*, cit., p. 62.

tante será conocer el grado de efectividad —de eficacia, en otras palabras— que tienen los derechos en una sociedad determinada.

Por su parte, ya también hemos dicho que los fundamentos o bases axiológicas de los derechos son —siguiendo a Ferrajoli— la igualdad, la paz, la democracia y la consideración de los derechos fundamentales como leyes del más débil. Esto es, dicho en pocas palabras, lo que ya revisamos en dos apartados precedentes.

Lo que vamos a hacer ahora es distinto, pues nuestro objetivo en este apartado será conocer los diferentes enfoques teóricos bajo los que se estudian los derechos, intentando ofrecer una clasificación metodológica de los mismos. Para lograr nuestro objetivo nos serviremos de un muy conocido trabajo de Ernst-Wolfgang Böckenförde.⁶²

Böckenförde identifica cinco tipos de teorías sobre los derechos fundamentales, aunque en realidad son tres las que nos interesan puesto que permiten un mayor rendimiento explicativo. Las cinco teorías son: la teoría liberal o del Estado de derecho burgués, la teoría institucional, la teoría axiológica, la teoría democrático-funcional y la teoría del Estado social. Las que nos interesan de forma especial son la teoría liberal, la democrático-funcional y la del Estado social. Según nuestro autor, esta clasificación de las teorías es interesante ya que permite extraer importantes consecuencias para la interpretación de los derechos establecidos en algún ordenamiento constitucional concreto. De hecho, Böckenförde procede a realizar su exposición mencionando la tesis central de cada teoría y luego identificando las consecuencias que ese punto de vista tiene para los derechos.⁶³

⁶² “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, en su libro *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 44 y ss.

⁶³ Como señala Carlos Bernal Pulido, “La diversidad de consecuencias que puede extraerse de cada teoría, está determinada por el diferente acento que ponen en la función que los derechos fundamentales cumplen como factor de legitimación del poder del Estado y como instrumento para la satisfacción de ciertas necesidades humanas”, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 252. En esta obra de Bernal se contiene un exhaustivo análisis de la tipología de teorías propuesta por Böckenförde; seguiré su exposición (la más amplia que conozco sobre el tema que nos ocupa) muy de cerca en las siguientes páginas.

A. La teoría liberal⁶⁴

Para la teoría liberal, los derechos fundamentales son derechos de libertad que el individuo tiene frente al Estado. Esto significa que el individuo tiene asegurada una esfera propia en la que el Estado, entendido según la experiencia histórica como la mayor amenaza para los derechos, no puede entrar. Se trata de un ámbito vital anterior al Estado, no constituido por ninguna norma jurídica; el ordenamiento lo único que puede hacer es reconocer los alcances de esa esfera preexistente. Los derechos de libertad se entienden también como normas que distribuyen competencias entre el Estado y los individuos, señalando en cada caso lo que pueden y lo que no pueden hacer.

La teoría liberal tiene fuertes vínculos con el iusnaturalismo, en tanto que concibe realidades jurídicas preexistentes al Estado y oponibles al mismo. Como señala Bernal, en la óptica de la teoría liberal los derechos fundamentales

aseguran a la persona una competencia exclusiva para elegir dentro de su órbita más íntima, para escoger, sin intervenciones de lo público, cuáles son los cursos de acción a emprender: hacia dónde moverse, qué pensar, qué decir, qué escribir, en qué creer, y la integridad de sus bienes intangibles más preciados —de su cuerpo, de su imagen, de su honor— y de sus posesiones y pertenencias. Se trata de derechos reaccionales, derechos de defensa o de rechazo de las ingerencias extrañas en los campos privados del individuo.⁶⁵

La teoría liberal, como su nombre lo indica, pone el acento en los derechos de libertad como derechos oponibles al Estado, como *derechos-barrera* que el individuo puede hacer valer frente al Estado y que lo pueden defender contra intromisiones de los poderes públicos. Estudiaremos los derechos de libertad que establece la Constitución mexicana en el capítulo tercero de este libro. Sobre la tipología de los derechos y la caracterización de los “derechos-defensa” volveremos más adelante en este mismo capítulo, al tratar el tema de la “clasificación” de los derechos.

Böeckenförde señala como consecuencias de esta teoría para la interpretación de los derechos las siguientes: *a)* la libertad que garantizan los derechos es una libertad *sin más*, puesto que no tiene ningún objetivo o finalidad (no busca fomentar el proceso político-democrático, realizar algún valor o integrar a la comunidad política); *b)* existe una fuerte limitación frente a las posibles inter-

⁶⁴ Böeckenförde, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *cit.*, pp. 48-52.

⁶⁵ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 254.

venciones del legislador en el ámbito de los derechos; la regulación de los mismos debe ser mesurada, calculable y siempre sujeta a control, y *c*) el Estado no tiene ninguna obligación de carácter positivo para asegurar el ejercicio de la libertad; los derechos se presentan como derechos de defensa frente a invasiones o reglamentaciones excesivas.

Uno de los defectos de esta teoría es, según Böeckenförde, su ceguera frente a los presupuestos sociales que existen para permitir o impedir la realización de la libertad. Así, por ejemplo, esta teoría no es capaz de explicar la forma en que los derechos fundamentales deben ser protegidos también frente al poder social; es decir, al ubicar a los poderes públicos como la única amenaza para los derechos, la teoría liberal olvida que también desde otros ámbitos de la sociedad puede provenir esa amenaza.

La teoría liberal ha tenido una profunda influencia en los textos académicos mexicanos y en la jurisprudencia de los tribunales nacionales. Lo anterior se debe en parte al absolutismo con que los poderes públicos se han conducido en sus relaciones con los particulares, lo que hacía necesario insistir en el carácter “reaccional” o defensivo de los derechos; por otro lado, la teoría liberal concuerda con el marcado iusnaturalismo que han sostenido en México, a veces sin saberlo siquiera, varias generaciones de juristas, que han preferido hacer metafísica antes que tomarse en serio los textos constitucionales y sacar de ellos las consecuencias normativas conducentes.

Dos de los principales exponentes de la teoría liberal son Carl Schmitt y John Rawls.⁶⁶

La teoría de Schmitt sobre los derechos puede resumirse en tres puntos básicos:⁶⁷ *a*) los derechos fundamentales son derechos de defensa del individuo frente al Estado, o sea, se constituyen como ámbitos en los que el Estado no tiene competencia y en los que, consecuentemente, no puede entrar; *b*) el número de derechos que pueden ser considerados fundamentales es muy bajo, ya que sólo se reconocen como tales aquellos cuyo contenido no depende de la legislación, y *c*) los derechos están garantizados, frente al legislador, de forma absoluta, lo que significa que el legislador no puede disponer de ellos, toda restricción debe ser del todo excepcional y en cualquier caso mesurada, limitada y sujeta a control.

⁶⁶ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 259 y ss. De Carl Schmitt debe verse su *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 164 y ss. De John Rawls es muy interesante acudir al ensayo “Las libertades básicas y su prioridad”, incluido en su libro *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 270 y ss.

⁶⁷ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 264.

En palabras de su autor, la teoría de Schmitt sostiene que

Para tener un concepto utilizable por la ciencia es preciso dejar afirmado que en el Estado burgués de derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como *anteriores* y *superiores* al Estado, aquellos que protege el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mesurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado. Estos derechos fundamentales no son, pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la *libertad*, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa... Los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del *hombre individual* libre, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado... esto supone que el hombre, por virtud de su propio derecho “natural” entra en juego frente al Estado, y, mientras haya de hablarse de derechos fundamentales, no puede desecharse por completo la idea de unos derechos del individuo, anteriores y superiores al Estado. Derechos dados al arbitrio de un príncipe absoluto o de una mayoría parlamentaria simple o cualificada no pueden honestamente designarse como derechos fundamentales. Derechos fundamentales en sentido propio son tan sólo los derechos liberales de la persona humana individual. La significación jurídica de su reconocimiento y “declaración” estriba en que tal reconocimiento significa el reconocimiento del principio fundamental de distribución: una esfera de libertad del individuo, ilimitada en principio, y una posibilidad de injerencia del Estado, limitada en principio, mensurable y controlable.⁶⁸

A la postura de Schmitt, y seguramente también al conjunto de la teoría liberal, se le pueden hacer varias objeciones.⁶⁹ En primer lugar, se puede señalar el hecho de que incluso los derechos de libertad como *derechos-defensa* requieren en ocasiones de la intervención estatal para poder hacerse realidad, lo cual no vendría reconocido bajo la óptica de la “distribución de competencias” entre el Estado y el individuo; si aceptamos que el Estado no tiene competencia sobre los derechos fundamentales, desconocemos la dimensión prestacional de los derechos que le exige al Estado llevar a cabo actuaciones de carácter positiva para protegerlos. Así sucede, por ejemplo, con la libertad de asociación, que tendrá sentido si el Estado crea y mantiene abierto un registro público para que las asociaciones puedan cobrar vida jurídica y se sepa cuáles son sus fines y quiénes las integran; también la libertad de tránsito exige la actuación del Estado a través de su protección frente a terceros, para efecto de que no podamos ser detenidos por otras personas; la libertad de expresión supone que el

⁶⁸ *Teoría de la Constitución, cit.*, pp. 169 y 170. Cursivas en el original.

⁶⁹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, cit.*, pp. 264-269.

Estado va a proteger mi derecho de hablar en una plaza, sin que ni los poderes públicos ni otros particulares puedan impedir su ejercicio. Y así por el estilo. Es decir, los derechos de libertad, si aspiramos a que sean algo más que meras declaraciones retóricas que habitan los textos constitucionales sin arrojar mayores consecuencias, exigen del Estado prestaciones y actuaciones positivas, y no solamente abstenciones. Además, se debe considerar el hecho de que las libertades, si no se acompañan con otros tipos de derechos, quedan en buena medida huecas.

Esto último es, justamente, lo que fundamenta la segunda objeción contra la visión de Schmitt: el catálogo de derechos no puede restringirse de forma tal que sólo quepan las libertades públicas. Si no ponemos junto a las libertades los derechos de participación política y los derechos sociales, no contaremos con los elementos necesarios para hacerlas realidad. Los derechos deben asegurarnos no solamente que seamos libres, sino que esa libertad se inscriba en un *horizonte de sentido* que la haga posible, y para ello requerimos estar instruidos, tener una vivienda, contar con un mínimo de buena salud, tener medios materiales para ejercer alguna libertad, así como estar en capacidad de intervenir en la vida pública de nuestra comunidad a través de los derechos de participación política que nos permitan elegir a nuestros representantes, fungir como tales o simplemente expresar nuestras preferencias y puntos de vista al crear un partido político. Por tanto, la lista de derechos fundamentales no puede ser tan breve como lo propone Schmitt, sino que junto a las libertades deben ponerse los demás derechos.

Por su parte, John Rawls es autor, como se sabe, de la más influyente obra de filosofía política de la segunda mitad del siglo XX: *Teoría de la justicia*, publicada en 1971 y que rápidamente fue traducida a varios idiomas y estudiada en centenares de libros y artículos. Para el tema de los derechos fundamentales, además de ese libro básico, se deben tomar en cuenta también las obras posteriores de Rawls, que si bien no generaron tanto interés como aquella, nos pueden ser útiles en la medida en que refinan y precisan algunos de sus argumentos.⁷⁰ La teoría de Rawls es muy compleja y no se puede explicar en pocas líneas ya que desde su *Teoría de la justicia* ha ido construyendo un sistema conceptual básico que se ha dedicado a desarrollar con posterioridad en el resto de sus trabajos.

Lo más importante en este momento, para efecto de la teoría liberal de los derechos fundamentales, es señalar que Rawls defiende la idea de que las liber-

⁷⁰ Aparte del libro *Liberalismo político* que ya se ha citado, conviene considerar los demás trabajos esenciales de Rawls que son: *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós, 2001 y *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002.

tades básicas tienen un carácter prioritario y que, en consecuencia, tienen una situación especial que les concede un peso específico absoluto frente a razones de bien público y frente a valores perfeccionistas; esto significa que tales libertades están fuera de la lógica de la política y del mercado, ya que son prioritarias con respecto a otras razones que pudieran existir como expectativas sociales. Rawls ilustra este punto con las siguientes palabras:

Por ejemplo: las libertades políticas igualitarias no pueden negarse a ciertos grupos sociales con el argumento de que gozar de estas libertades les permitiría bloquear las políticas necesarias para la eficiencia de la economía y el crecimiento económico. Tampoco podría justificarse una ley selectiva y discriminatoria (en tiempo de guerra) con el argumento de que sería la manera socialmente menos desventajosa de formar un ejército.⁷¹

El carácter prioritario de las libertades básicas no significa sin embargo que no puedan esas libertades estar reguladas; Rawls sostiene que la regulación puede y debe existir, sobre todo para lograr que las libertades puedan convivir de la forma más armónica posible entre ellas. Sin embargo, distingue entre la regulación de las libertades (que es aceptable) y la limitación de las mismas (que no lo es). Según nuestro autor,

debemos distinguir entre su restricción y su regulación. La prioridad de estas libertades no se viola cuando están sólo reguladas, como debe ser, para que se combinen en un esquema y se adapten a ciertas condiciones sociales necesarias para su ejercicio durable... Instituir las libertades básicas, así como satisfacer los diversos deseos de los ciudadanos, impone cierta programación y organización social.⁷²

B. *La teoría institucional*⁷³

La teoría institucional tiene menos interés que la teoría liberal. Para los institucionalistas, los derechos fundamentales ordenan ámbitos vitales objetivos, tendentes a la realización de ciertos fines; los derechos, desde esta óptica, reflejan circunstancias vitales y, al regularlas, las asumen y les confieren relevancia normativa.

A partir de esta teoría se abre un margen más amplio de actuación para el Poder Legislativo. La ley ya no se considera una simple invasión de los derechos,

⁷¹ *Liberalismo político, cit.*, p. 274.

⁷² *Ibidem*, p. 275.

⁷³ Böckenförde, "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", *cit.*, pp. 53-57.

sino que se contempla como un instrumento adecuado de concretización de los mismos, al conformar su contenido preciso; se comienza a distinguir entre leyes que regulan a los derechos —conformándolos y dándoles contenido— y las leyes que los limitan, las cuales como es obvio no serían acordes con la Constitución.

La libertad sirve para conseguir ciertos objetivos; ya no se trata de un espacio vetado a la actuación estatal. El incumplimiento de los derechos, producido por el Estado o por los particulares, amerita una intervención del propio poder público, ya sea en forma de regulaciones o ya sea en forma de sanciones. A partir de la teoría institucional el Tribunal Constitucional Federal alemán ha podido desprender de la institución de la “prensa libre” el derecho de los comunicadores a mantener en secreto los datos de sus informantes privados, por ejemplo.

C. La teoría axiológica⁷⁴

La teoría axiológica toma como punto de partida, señala Böeckenförde, la teoría de la integración de Rudolf Smend.⁷⁵ Para esta teoría los derechos reciben su contenido objetivo del fundamento axiológico de la comunidad política en la que se quieren aplicar; son, por tanto, expresión de decisiones axiológicas que la comunidad adopta para sí misma.

Böeckenförde se muestra muy crítico con esta teoría, desde mi punto de vista con razón. Al concebir a los derechos como expresiones axiológicas, resulta imposible aplicar los métodos jurídicos a su interpretación; con ello, se genera una gran incertidumbre sobre el sentido y el contenido de los derechos, puesto que el intérprete debe sujetarse a las corrientes de los juicios de valor y a las concepciones valorativas arraigadas en la comunidad, cuestiones que son del todo evanescentes y que pueden cambiar de forma muy rápida. En suma, la crítica de Böeckenförde se enfoca en la falta de rigor de esta teoría.

Ahora bien, el propio autor reconoce que esa aparente elasticidad en la concepción de los derechos es uno de los atractivos de la teoría axiológica, ya que parece ofrecer la posibilidad de solucionar las colisiones de derechos por medio de una jerarquización de valores; en realidad, señala Böeckenförde, “no ofrece tal vía de solución, ya que hasta hoy no existe con claridad, en absoluto, ni una fundamentación racional para valores y un orden de valores, ni un sistema de preferencias discutible y reconocible racionalmente para la determina-

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 57-60.

⁷⁵ La teoría de Smend puede consultar en español en su libro *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

ción de la jerarquía de valores y para una ponderación de valores edificada sobre ella”.⁷⁶

Esta última observación es importante para México, puesto que en algunos casos la Suprema Corte, en su jurisprudencia reciente, ha apelado a un cierto “orden de valores” o a invocado argumentos de carácter axiológico (haciendo referencia, por ejemplo, al “bienestar de la persona humana”) para fundamentar sus decisiones, avanzando por un terreno en el que se ausenta del todo la reflexión jurídica y comienza la reflexión moral; es decir, entrando en un terreno muy delicado para un tribunal de última instancia en materia de constitucionalidad.⁷⁷

D. *La teoría democrático-funcional*⁷⁸

Para la teoría democrático-funcional lo importante es la función pública y política de los derechos, de forma tal que ocupan un lugar preferente aquellos derechos que contienen referencias democráticas como la libertad de opinión, la libertad de prensa, etcétera. Los derechos fundamentales son concebidos como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado.

Las repercusiones de la teoría democrático-funcional para la interpretación de los derechos son, según Böeckenförde, por una parte la funcionalización de la libertad para el fortalecimiento del proceso democrático; la libertad sin más de algunas de las teorías precedentes se convierte en “libertad para” y su contenido y alcance se determinan según la función a la que sirve en el contexto general del sistema de derechos. Esta teoría permitiría, por ejemplo, dar un tratamiento diferenciado a la prensa noticiosa y a la prensa de mero entretenimiento, en la medida en que la primera jugaría un papel esencial en la construcción democrática del Estado, mientras que la segunda tiene una función democrática menor por su orientación hacia intereses privados de los individuos.

E. *La teoría del Estado social*⁷⁹

El punto de partida de la teoría de los derechos fundamentales en el Estado social, explica Böeckenförde, es la sustitución del espacio vital dominado de

⁷⁶ Böeckenförde, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *cit.*, p. 60.

⁷⁷ Ver sobre el tema las observaciones de Cossío, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, pp. 149 y ss.

⁷⁸ Böeckenförde, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *cit.*, pp. 60-63.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 63-66.

autarquía individual por el espacio social de relaciones y prestaciones sociales efectivas. Es decir, en el Estado social se deja atrás la visión del Estado liberal que concebía al individuo rodeado de una esfera intransitable por el Estado; por el contrario, en el Estado social el espacio del individuo es un espacio que el Estado protege y que ayuda a construir para que toda persona pueda ejercer de manera efectiva su libertad. Sobre la naturaleza y el concepto del Estado social nos detendremos en el capítulo quinto de este libro; en este momento limitamos la exposición al punto de vista de Böckenförde.

La teoría del Estado social asume el desdoblamiento entre libertad jurídica y libertad real e intenta superarlo. Para hacerlo, es necesario incorporar disposiciones constitucionales que no solamente establecen libertades para los individuos, sino que también señalan prestaciones a cargo del Estado.

Para la interpretación de los derechos fundamentales la teoría del Estado social tiene varias consecuencias.

En primer lugar, la concreta garantía de los derechos deviene dependiente de los medios financieros con que cuente el Estado. Las prestaciones a cargo de los poderes públicos tienen un costo y éste tendrá que ser cubierto por vía impositiva; si los impuestos y los demás ingresos del Estado no son suficientes para cubrir las necesidades financieras, entonces los derechos no podrán ser adecuadamente garantizados. Así lo entiende Böckenförde; en realidad, como tendremos ocasión de exponer con detalle en el capítulo quinto, en los últimos años se han producido desarrollos teóricos y normativos que rebajan la dependencia de los derechos fundamentales respecto a la existencia de recursos económicos. Es cierto que la satisfacción de los derechos (sobre todo de los derechos que conllevan prestaciones a cargo del Estado, como el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, etcétera) requieren recursos; pero su realización no está por completo supeditada a la existencia de esos recursos.

La teoría del Estado social traspasa las decisiones sobre diseño de prioridades, distribución y empleo de recursos del ámbito de la pura discrecionalidad política al ámbito del derecho. Es decir, el Estado ya no puede gastar el dinero público de la forma en que mejor le parezca, sino que tiene que observar los mandatos constitucionales que le señalan las prioridades de gasto y los bienes jurídicos que requieren ser protegidos. Ahora bien, con ello se desatan inevitables conflictos entre derechos fundamentales y la interpretación de los mismos alcanza su punto máximo. En parte, las necesidades de interpretación desplazan el protagonismo desde el Parlamento hasta las salas de los tribunales, y concretamente de los tribunales constitucionales. Se produce una juridificación de las actividades estatales y también, en gran medida, de las luchas socia-

les, que comienzan a ser luchas por la Constitución o, al menos, por la interpretación que de la misma puedan hacer los órganos competentes.

Los problemas de interpretación aumentan si consideramos que los derechos fundamentales de carácter social no contienen, como lo expone Böckenförde, ningún criterio acerca de su extensión. Es decir, la Constitución establece el derecho a la vivienda, pero no precisa el nivel de cobertura que se debe dar a cada persona con base en ese derecho. ¿El derecho a la vivienda significa que el Estado debe otorgar a cada persona una casa de tres recámaras, con dos plazas de estacionamiento y dos baños?, o por el contrario, ¿el derecho a la vivienda se satisface si el Estado destina cualquier cantidad de su presupuesto al otorgamiento de crédito para la construcción o si se limita a establecer planes de desarrollo urbano en los que una parte del suelo esté destinado a la construcción de vivienda de interés social?

Los derechos sociales se concretan, en no pocas ocasiones, en cometidos estatales, es decir, en tareas a cargo de los poderes públicos que deben ser realizadas de la mejor forma posible, considerando la disponibilidad objetiva de recursos. Böckenförde recuerda que Häberle ha denominado a los derechos sociales como meros “derechos fundamentales parámetro”, en la medida en que no configuran posiciones subjetivas concretas, sino que vienen a señalar parámetros de actuación de los poderes públicos. Como también tendremos ocasión de revisar detenidamente en el capítulo quinto de este libro, es verdad que los derechos sociales crean parámetros de actuación de los poderes públicos, pero si son correctamente interpretados también pueden dar lugar a posiciones subjetivas concretas que sus titulares pueden hacer valer tanto frente a los poderes públicos como, en ciertos supuestos, frente a particulares.

Según puede apreciarse, las cinco teorías que se han expuesto sintetizan muchos puntos de vista sobre los derechos. Es probable que cada una de ellas contenga elementos de gran utilidad para comprender el sentido que los derechos fundamentales tienen dentro del Estado constitucional contemporáneo. Es indudable que la teoría liberal de los derechos ha hecho aportaciones de la mayor relevancia para la comprensión que actualmente tenemos de estos derechos, pero también es verdad que si aceptamos sin más sus postulados básicos no podemos dar cuenta de los importantes desarrollos que se han producido en los últimos años (por ejemplo con respecto al sentido y fundamento de los derechos sociales). Por su parte, la teoría institucional, la teoría democrático funcional o la teoría axiológica nos suministran también elementos para comprender mejor nuestro objeto de estudio. Finalmente, la teoría de los derechos en el Estado social nos indica que el Estado no puede ser visto solamente como un

enemigo de los derechos ya que le corresponden una serie de tareas positivas que debe realizar en el campo de los derechos. Por lo tanto, no se trata de teorías que se contrapongan una con otra, sino que todas han aportado elementos interesantes para nuestra comprensión de los derechos. Lo importante es identificar esos elementos y utilizarlos para interpretar y comprender mejor los derechos fundamentales que contiene la Constitución mexicana.

6. Clasificación y tipos de derechos fundamentales

Para realizar una clasificación de los derechos fundamentales y analizar sus distintos tipos se puede acudir a varias teorías o puntos de vista. Siguiendo los enfoques para el estudio de los derechos que se han expuesto más arriba, podemos decir que la clasificación de los derechos puede hacerse desde cuatro puntos de vista.

Desde una perspectiva de dogmática jurídica, los derechos fundamentales pueden clasificarse atendiendo al lugar en el que se ubican dentro del texto constitucional, o bien dependiendo del tipo de protección que se les otorga (por ejemplo, si son protegibles a través del juicio de amparo o si su violación puede o no plantearse directamente ante un órgano jurisdiccional), por mencionar dos posibles criterios a tomar en cuenta.

Desde un punto de vista de teoría de la justicia o de filosofía política, los derechos pueden clasificarse atendiendo al valor o al bien jurídico que protegen. Desde esta perspectiva puede hablarse de derechos de igualdad, derechos de libertad, derechos de participación democrática, etcétera. Este criterio, como es obvio, no choca con el anterior, ya que la misma terminología puede extraerse del derecho positivo, teniendo en cuenta el tipo de relación jurídica que la norma constitucional establece entre el sujeto titular del derecho y el sujeto obligado por el mismo.

Desde un tercer punto de vista, correspondiente a la teoría del derecho, los derechos pueden ser clasificados atendiendo a su estructura, es decir, justamente al tipo de relación jurídica que crean y a las posibilidades normativas (en sentido lógico, no en sentido jurídico positivo) que desarrollan.

Finalmente, desde una óptica de sociología del derecho o de historia de los derechos, se puede adoptar una clasificación que permita dar cuenta de la evolución de los mismos. Esta es la visión que ha predominado tradicionalmente. A partir de un conocido ensayo de T. H. Marshall, se suele hablar de derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales como tres distintos momentos históricos que habrían conformado el núcleo actual de nuestros sistemas de de-

rechos.⁸⁰ Para algunos autores cada uno de estos tres tipos de derechos supondría una distinta “generación” de los mismos. La distinción entre ellos vendría dada por dos criterios fundamentales: su aparición en el tiempo y su régimen de tutela.

Sobre la idea de la aparición en el tiempo de los derechos, se suele proyectar una visión un tanto simplista según la cual los tipos de derechos se habrían ido acumulando progresivamente y de manera lineal; esa visión, sin embargo, no se corresponde con la realidad. Aunque como ya hemos visto, los derechos tienen un sentido histórico, no se puede sostener como una fórmula general que en todos los países se hayan establecido de forma progresiva primero los derechos civiles, luego los derechos políticos y finalmente los derechos sociales. Por el contrario, en algunos países primero fueron asegurados algunos derechos sociales (educación o salud) y con posterioridad se reconocieron derechos políticos (el derecho de voto para la mujer o para las personas de color).

El segundo criterio sobre el que se basa la clasificación en “generaciones de derechos” parece todavía más peligroso; para algunos autores, solamente los derechos de primera generación (las tradicionales libertades públicas) podrían ser garantizadas en la medida en que exigirían de las autoridades meras abstenciones, conductas de no hacer; los derechos políticos se encontrarían en una situación intermedia y los derechos sociales serían poco más que puras proclamaciones retóricas, ya que estarían por completo subordinados a la coyuntura económica y a las previsiones presupuestales que los poderes públicos pudieran realizar en cada periodo de tiempo.

Aunque ha sido muy utilizada, creo que la teoría de las “generaciones” de derechos debe ser hoy en día abandonada, pues causa más confusión que otra cosa. Es particularmente negativa para el estudio en *clave normativa* de los derechos sociales, tal como lo explicamos con detalle en el capítulo quinto y además simplifica una serie de acontecimientos históricos que no se corresponden en nada con la visión lineal, uniforme e históricamente pacífica que pretende transmitir la teoría de las generaciones.

Dicha teoría podría ser mantenida solamente con fines pedagógicos, pues tiene la virtud de que pone de manifiesto que los derechos fundamentales no han aparecido de golpe ni estaban ya contemplados, tal como hoy en día los conocemos, en las primeras declaraciones de derechos y en los primeros textos constitucionales; como lo señalan Abramovich y Courtis,

⁸⁰ Marshall, T. H. y Bottomore, T., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998 (el ensayo de Marshall fue originalmente escrito en 1950).

la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero... una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen.⁸¹

La idea de las “generaciones” de derechos viene a reforzar, en este sentido, el marcado carácter histórico de los derechos, contribuyendo a debilitar las argumentaciones iusnaturalistas según las cuales los derechos fundamentales forman parte inmutable del patrimonio genético de la humanidad y, en consecuencia, siempre han estado allí, incluso antes de que los distintos grupos sociales decidieran positivizarlos en instrumentos jurídicos como los textos constitucionales.

Al margen de lo anterior, me parece que puede ser más interesante desarrollar una tipología con base en el segundo criterio o punto de vista, el de la teoría general del derecho, que nos permita comprender desde una aproximación conceptual qué tipo de relaciones jurídicas pueden establecerse por medio de los derechos fundamentales. Con ello, podremos contar con una herramienta de análisis que nos permita descomponer el contenido de cada artículo de la Constitución para concretizar sus efectos y señalar las conductas que establece a cargo de los particulares y de las autoridades.

Ya en un apartado precedente analizamos el concepto de derecho fundamental y lo hicimos a partir de la idea matriz de “derecho subjetivo”. Sin embargo, debemos reconocer que la visión tradicional del derecho subjetivo como una relación entre un sujeto facultado y un sujeto obligado no siempre se corresponde con la riqueza normativa que encontramos en los textos constitucionales; es decir, sostener que el derecho fundamental crea una relación jurídica entre una persona facultada y una persona obligada no nos dice mucho. Es necesario precisar los posibles tipos de relación jurídica que pueden surgir a partir de un derecho fundamental.⁸²

Un esquema que puede ser útil para nuestro objetivo es el que propone W. N. Hohfeld, que sintetiza muy atinadamente Manuel Atienza, haciendo varias modificaciones al planteamiento original. De acuerdo con Hohfeld, la relación jurídica de derecho fundamental tendría una modalidad activa (asignada al ti-

⁸¹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 27.

⁸² Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 4, 1986-1987, p. 31. Me basaré en este brillante ensayo de Atienza en las consideraciones que siguen.

tular del derecho fundamental) y una modalidad pasiva (asignada al sujeto obligado por el derecho fundamental).

Las modalidades activas se podrían expresar a través de los cuatro siguientes conceptos: derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad. Por su parte, las modalidades pasivas se podrían expresar a través de otros cuatro conceptos, que son los siguientes: deber, no-derecho, incompetencia y sujeción.

Entre esas ocho figuras puede haber correlación (por ejemplo cuando un derecho de A tiene como consecuencia el establecimiento de un deber de B) u oposición (por ejemplo si decimos que A tiene un derecho frente a B para que realice la conducta X, entonces no podemos sostener que B tiene un no-derecho para llevar a cabo la conducta X).⁸³

Cuando decimos que una persona tiene un derecho, lo que estamos diciendo es que esa persona está situada en uno de los cuatro conceptos —que se concretan en varias situaciones jurídicas posibles— a través de los que se expresa la modalidad activa. Cuando decimos que una persona está obligada por un derecho fundamental, lo que estamos diciendo es que esa persona está situada en uno de los cuatro conceptos —que también se concretan en varias situaciones jurídicas posibles— a través de los que se expresa la modalidad pasiva.

Atienza descompone cada una de las posibilidades en que se manifiestan los conceptos aplicables a la modalidad activa, a los que nos acabamos de referir.

Por ejemplo, el *derecho subjetivo* puede ser de cuatro tipos:

1. Cuando la conducta del sujeto obligado es de carácter positivo (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B debe hacer algo, debe actuar de alguna forma) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es facultativa (es decir, A puede no exigir a B que realice la conducta X a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). El ejemplo que pone Atienza es el del derecho a la cultura (establecido por el artículo 44.1. de la Constitución española de 1978); ese derecho obliga a los poderes públicos a realizar acciones positivas, pero el titular del derecho no tiene por qué exigir o colaborar con ellos en esas acciones.⁸⁴
2. Cuando la conducta del sujeto obligado es de carácter positivo (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B debe hacer algo, como en el caso anterior) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es obligatoria (es decir, A está obligado a realizar algún comportamiento para que

⁸³ Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, *cit.*, p. 33.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 37.

B pueda satisfacer el derecho de A mediante la conducta X). El ejemplo que pone Atienza es el del derecho a la educación. En este caso el Estado debe realizar algunas conductas positivas (construir escuelas, contratar profesores, etcétera) pero para realizar el derecho puede exigirle al titular que también desarrolle una conducta (inscribirse en el curso correspondiente, asistir a las clases, pasar los exámenes). Se trata de los llamados “derechos-deber”; aunque pudiera parecerlo, no se trata de que el mismo sujeto tenga de forma simultánea un derecho y un deber respecto de una misma conducta, sino que se trata de dos conductas diferentes, aunque conectadas entre sí.⁸⁵

3. Cuando la conducta del sujeto obligado consiste en un no hacer, en una omisión (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica de B no haga algo, que no realice determinada conducta) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es facultativa (es decir, A puede no exigir a B que se abstenga de realizar la conducta X, omisión a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). El ejemplo de pone Atienza en este caso es el derecho de propiedad, en donde la conducta de los obligados consiste, dentro de una de sus facetas, en no invadir la propiedad del titular del derecho; pero ese titular puede permitir que otras personas utilicen su propiedad, prestando con ello el consentimiento para que la obligación omisiva que se desprende del derecho deje de existir.⁸⁶
4. Cuando la conducta del sujeto obligado consiste en un no hacer, en una omisión (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica de B no hacer algo, que no realice determinada conducta) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es obligatoria (es decir, A tiene el deber de exigir a B que se abstenga de realizar la conducta X, omisión a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). El ejemplo en este supuesto es el derecho a no ser sometido a tortura o malos tratos; en este caso el consentimiento del afectado no puede darse, ya que la exigencia de la omisión de torturar es obligatoria para el titular del derecho.

Al concepto de libertad se le pueden aplicar los mismos razonamientos, cambiando simplemente los ejemplos.⁸⁷ En este caso, sobre el sujeto obligado

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 38-40.

será aplicable una norma que señale que tiene un *no-derecho* frente al sujeto titular de la libertad.

En cuanto al concepto de *potestad* también podemos identificar cuatro tipos distintos:

1. Potestades de los particulares cuyo ejercicio es facultativo; el ejemplo en ese caso puede ser el derecho de voto o el derecho a contraer matrimonio.⁸⁸ Los órganos públicos, como sujetos pasivos del derechos, serían destinatarios de una norma que establecería su sujeción a la voluntad del titular de la potestad.
2. Potestades de los particulares cuyo ejercicio es obligatorio; se puede poner también el ejemplo del derecho de voto, en el caso en que la Constitución de un país disponga de que ir a votar es obligatorio para quienes cumplan con los requisitos necesarios (es el caso de la Constitución mexicana, según el artículo 36 fracción III).⁸⁹
3. Potestades de los órganos públicos cuyo ejercicio es facultativo; Atienza reconoce que estos supuestos son en verdad excepcionales ya que las modernas declaraciones de derechos tienen por objeto limitar a los poderes públicos.⁹⁰ Un ejemplo aplicable a México quizá pudiera ser la potestad del Congreso de la Unión de crear mediante una ley universidades públicas autónomas (artículo 3o. fracción VII de la Constitución); en este caso, el Congreso puede o no crear ese tipo de universidades, pero si decide hacerlo tendrá que ser mediante una ley y respetando el contenido esencial de la autonomía universitaria que señala la misma fracción del artículo 3o.
4. Potestades de los órganos públicos cuyo ejercicio es obligatorio; en este caso los ejemplos son más numerosos. Una potestad de este tipo es proteger el medio ambiente, la salud de las personas, promover la readaptación social de quienes se encuentren privados de su libertad por haber cometido un delito, etcétera. El ejercicio de estas potestades puede a su vez hacer surgir derechos y deberes para los particulares.

Finalmente, el concepto de inmunidad se realiza cuando el titular de un derecho se encuentra a salvo de las conductas que puede realizar otro sujeto respecto del objeto de un derecho. Es decir, un sujeto A tiene inmunidad frente a B cuando cualquier conducta de B no puede afectar, modificar o alterar el derecho X de A, ya que respecto de X el sujeto B es *incompetente*. Así, por ejemplo,

⁸⁸ *Ibidem*, p. 40.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 40 y 41.

como lo veremos con detalle en el capítulo cuarto de este libro, los poderes públicos no pueden afectar de forma retroactiva los derechos adquiridos de una persona; en este caso, la persona A que tenga un derecho adquirido X (por ejemplo un derecho de propiedad) no puede verse afectado en ese derecho por una conducta con efectos hacia el pasado de la autoridad B.

Resumiendo lo anterior podemos decir que una norma de derecho fundamental crea una relación jurídica entre un sujeto activo y un sujeto pasivo. Al sujeto activo esa norma le puede reconocer un derecho subjetivo, una libertad, una potestad o una inmunidad, dependiendo de la estructura lingüística de la norma. Al sujeto pasivo esa norma le puede asignar un deber, un no-derecho, una sujeción o una incompetencia. Cada una de estas ocho posibilidades puede tener con las demás dos tipos de relaciones: de correlación cuando son compatibles (un derecho subjetivo de A se corresponde con un deber jurídico de B; una inmunidad de A se corresponde con una incompetencia de B, etcétera) o de oposición (cuando A tiene la libertad de realizar la conducta X, pero a la vez tiene el deber de realizar X).

De lo que se acaba de decir puede desprenderse que cuando hablamos de que una persona tiene un derecho, en realidad nos podemos estar refiriendo a una serie compleja de relaciones jurídicas, que pueden materializarse, por ejemplo, en un derecho subjetivo que a su vez puede descomponerse en una serie también compleja de subtipos. La clasificación anterior, en consecuencia, nos puede servir para explicar la variedad de conductas posibles a que da lugar un derecho y las posiciones jurídicas que asumen el titular y el obligado por el mismo derecho.

Desde luego, en un solo derecho podemos encontrar (y casi siempre encontramos) más de uno de los tipos de relación jurídica que se acaban de exponer; es decir, en un mismo artículo constitucional se pueden crear para el titular del derecho fundamental derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades; del mismo modo, un único precepto constitucional puede establecer deberes, no-derechos, sujeciones e incompetencias.⁹¹

La clasificación ofrecida, que intenta suministrar un punto de vista *estructural* de los derechos partiendo de postulados de teoría general del derecho, puede complementarse con otro tipo de clasificaciones que se suelen utilizar por los teóricos de la materia.⁹² Así, por ejemplo, los derechos fundamentales pueden clasificarse en función del tipo de protección que reciben; en el caso mexicano algún analista podría clasificar los derechos atendiendo a la posibilidad de que sean o no protegibles por medio del juicio de amparo.

⁹¹ *Ibidem*, p. 43.

⁹² *Ibidem*, p. 42.

Con independencia de la clasificación de los derechos que se adopte, del punto de vista del que se parta o de los aspectos que con esa clasificación se quieran resaltar, es importante tener en cuenta que toda clasificación tiene un objetivo fundamentalmente teórico, si es que quiere contribuir a un mejor entendimiento de los derechos, o pedagógico, si es que quiere servir a una mejor transmisión de conocimientos de lo que son los derechos. Ahora bien, en la práctica, los derechos no pueden disolverse en distintas categorías, perfectamente separadas e identificables. Esa separación no se puede llevar a cabo porque los textos de derecho positivo que recogen a los derechos con frecuencia no los clasifican según las ideas de la doctrina. Además, es muy frecuente que, como ya se apuntaba, un mismo artículo y/o un mismo derecho contengan disposiciones que pueden encajar en varias tipologías; así, por ejemplo, en un mismo artículo se puede establecer la *libertad* de enseñanza (que dará lugar, entre otras, a conductas de carácter omisivo de las autoridades para el efecto de no impedir el ejercicio de esa libertad a los particulares), junto al *derecho* a la educación como derecho social (que conlleva la obligación de las autoridades de realizar actos positivos como la construcción de escuelas, la contratación de maestros, la compra de materiales escolares, la publicación de libros de texto, etcétera).

Para decirlo en otras palabras: todos los derechos son indivisibles, interrelacionados y dependen unos de otros en cierta medida. No son más importantes las libertades que los derechos sociales ni pueden jerarquizarse unas por encima de otros. No se puede defender la prioridad de los derechos de seguridad jurídica por encima de los derechos de participación política. No se puede separar los derechos de igualdad de los derechos colectivos y así por el estilo. Los derechos fundamentales, en la práctica, deben ser concebidos como un todo, con independencia de las clasificaciones que, repito, en el plano teórico o con finalidades pedagógicas se puedan crear.

Este criterio fue definitivamente consagrado en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada por la ONU y realizada en Viena en 1993. En la Declaración y Programa de Acción de Viena se señala que

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políti-

cos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (párrafo 5).⁹³

Al explicar el concepto de derechos sociales en el capítulo quinto volveremos sobre el tema de la interdependencia y unidad de todos los derechos, así como sobre los problemas de las clasificaciones tradicionales.

7. *¿Cuáles son, en México, los derechos fundamentales?*

Examinados los temas anteriores, habría que volver a preguntarse: ¿cuáles son, en México, los derechos fundamentales? La respuesta solamente la puede ofrecer el propio ordenamiento constitucional mexicano. Son derechos fundamentales aquellos que, según el texto de la Constitución mexicana, corresponden universalmente a todos, teniendo en cuenta los estatus que señala Ferrajoli en su definición. Es importante señalar que los derechos fundamentales pueden encontrarse en cualquier parte del texto constitucional, sin que tengamos que buscar necesaria y exclusivamente en los primeros 29 artículos. La jurisprudencia y la doctrina han reconocido que hay derechos fundamentales, por ejemplo, en el artículo 31 constitucional, que contempla las “obligaciones de los mexicanos”. De la misma forma, es obvio que el artículo 123 contempla los derechos fundamentales de los trabajadores. Como también resulta indiscutible que son derechos fundamentales las “prerrogativas de los ciudadanos” establecidas en el artículo 35 constitucional (derecho de sufragio y derecho de asociación en materia política).

Entonces podemos decir, preliminarmente, que serán derechos fundamentales, para el sistema jurídico nacional, los que estén previstos como tales por la Constitución. Esto, siendo cierto, no agota sin embargo el cuadro de los derechos fundamentales en el sistema constitucional mexicano. La Constitución incorpora al ordenamiento jurídico, por medio de varias fuentes del derecho,⁹⁴ otros derechos fundamentales. Para estar en posibilidad de saber cuáles son los derechos fundamentales en México debemos estudiar dichas fuentes.

⁹³ El texto de la Declaración y el Programa de Acción puede consultarse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Porrúa, 2003, t. II, pp. 1311 y ss.

⁹⁴ Para una primera aproximación al tema de las fuentes del derecho en el derecho constitucional mexicano, Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 5a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2004.

8. Fuentes del derecho y derechos fundamentales

La primera de las fuentes del derecho que contiene derechos fundamentales, como ya se ha dicho, es la propia Constitución, en cualquiera de sus partes. Conviene hacer alguna breve reflexión de carácter general sobre el sentido y el papel de la Constitución en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

A. La Constitución

La Constitución es la norma básica que articula el ordenamiento jurídico. Los ordenamientos jurídicos modernos son muy complejos y las fuentes que, dentro de ellos, pueden crear válidamente normas jurídicas son múltiples.⁹⁵ Por ello, hoy la Constitución ya no es el centro que hace que el resto de las normas pasen por su tamiz para ser válidas, sino que se ha convertido simplemente en el marco de referencia dentro del cual pueden tener expresión las diversas opciones políticas y/o técnicas que tomen los legisladores u otros agentes dotados del poder de creación normativa.

Como ha escrito Gustavo Zagrebelsky, se trata del nuevo modelo de Constituciones *abiertas*,⁹⁶ que son aquellas

Constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competencia para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática... ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir.⁹⁷

¿Se debilita con las Constituciones abiertas la normatividad constitucional? Creo que no. Todo lo contrario. Que la Constitución no predetermine ni los resultados de la contienda política (tanto la que tiene lugar en los procesos electorales, como la que se desarrolla en los parlamentos o cámaras legislativas), ni los espacios y contenidos normativos que van a integrar el resto del ordena-

⁹⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti*, Turín, UTET, 1993.

⁹⁶ Sobre la noción de apertura constitucional y de "Constitución abierta" se puede consultar Lucas Verdú, Pablo, *La constitución abierta y sus "enemigos"*, Madrid, UCM, 1993 y Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, cit., cap. VII.

⁹⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p. 14.

miento jurídico, no quiere decir que la Constitución deje de ser el documento supremo del sistema y la condición de validez de todas las normas que lo integran. Significa, eso sí, que dentro de Estados que se asumen a la vez como democráticos y pluralistas, la Constitución debe dejar un espacio a la *política constitucional*. En materia de derechos fundamentales la *política constitucional* puede tomar muchos significados; por ejemplo, para permitir a cada gobierno dar una u otra orientación en materia de derechos sociales; así, un gobierno puede preferir tener a su cargo la sanidad pública o la educación, mientras otro puede considerar más adecuado delegar parte de esas funciones a los centros educativos o a las clínicas privadas, a los cuales se podría tener acceso gracias a una financiación pública. Lo importante, en este momento, es comprender que dentro de los parámetros que fija la Constitución hay espacios que la *política constitucional* puede ocupar de distinta forma.

El Tribunal Constitucional español lo ha dicho con las siguientes palabras: “la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy distinto signo” (Sentencia 11/1981), de modo que “la Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad” (Sentencia 174/1989), todo ello en uso de la “libertad de conformación” del propio Poder Legislativo (Sentencia 37/1988).

La apertura constitucional tampoco significa dar marcha atrás al proceso de “constitucionalización” del ordenamiento jurídico que se observa en muchos países a partir de la Segunda Posguerra Mundial. Justamente, esos mismos Estados son los que presentan mayores rasgos de pluralismo político y partidista (Italia quizá sea un caso extremo en este punto), y en los que encuentra mayores espacios constitucionales la política de cada día, la que se ejerce por el Poder Legislativo y por los partidos políticos, en sus respectivas sedes y campos de acción.

El modelo de Constitución contemporánea, con todo y su apertura, se significa por guardar una estrecha relación con el resto del ordenamiento jurídico y con los sujetos encargados de actuarlo. En eso consiste, en buena medida, la llamada “constitucionalización” del ordenamiento jurídico.⁹⁸ De acuerdo con Riccardo Guastini, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” podemos entender

⁹⁸ La “constitucionalización del ordenamiento”, señala Louis Favoreau, es un fenómeno reciente, poco estudiado y a menudo fuente de confusión y malentendidos, *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000, p. 37.

un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.⁹⁹

Dicha constitucionalización no es un proceso bipolar (verdadero o falso), sino que se puede ir dando conforme cada ordenamiento vaya reuniendo algunas características.¹⁰⁰

Siguiendo al propio Guastini, las condiciones que son necesarias para decir que un determinado ordenamiento jurídico está “constitucionalizado”, son las siguientes:

a) Una Constitución rígida. El concepto de rigidez constitucional se estudia más adelante; en este momento, conviene simplemente apuntar que, como recuerda Guastini, la constitucionalización será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto expresamente formulados como implícitos) que no puedan ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional.¹⁰¹ En otras palabras, a una Constitución más rígida corresponde un mayor efecto de “constitucionalización” de todo el ordenamiento.

b) La garantía jurisdiccional de la Constitución. Dicha garantía permite hacer de la rigidez algo más que un simple postulado de buenas intenciones. La rigidez, para ser tal, debe poder imponerse frente a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico. Los modelos para llevar a cabo el control de constitucionalidad son muy variados y pueden analizarse a la vista de su mayor o menor efectividad. Guastini distingue el modelo americano del modelo francés y del modelo continental europeo (Italia, España, Alemania, etcétera).¹⁰²

c) La fuerza vinculante de la Constitución. Este punto se concreta a través de la idea de que las normas constitucionales (*todas*, con independencia de su estructura y de su contenido) son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios. Tradicionalmente, no se consideraban vinculantes las normas programáticas (entre ellas la doctrina tradicional solía ubicar las relativas a los derechos sociales) o los principios.¹⁰³ El proceso de constitucionalización supone dotar de contenido normativo a las disposiciones contenidas en la carta

⁹⁹ *Estudios de teoría constitucional*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, Fontamara, 2003, p. 153.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 154.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 155.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 155-157.

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 157 y 158.

fundamental; desde luego, su fuerza normativa dependerá en mucho de la forma en que estén redactadas, de los alcances interpretativos que les haya dado la jurisdicción constitucional y de los ejercicios analíticos que hagan los teóricos, pero de lo que no debe quedar duda es que las normas constitucionales son, ante todo y sobre todo, normas jurídicas aplicables y vinculantes, y no simples programas de acción política o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos.¹⁰⁴

d) La “sobreinterpretación” de la Constitución. Dicha sobreinterpretación se produce cuando los intérpretes constitucionales (que son tanto los encargados de desempeñar la jurisdicción constitucional como los jueces ordinarios, los demás órganos del Estado y los juristas en general)¹⁰⁵ no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la Constitución, sino que adoptan una interpretación extensiva, utilizando cuando sea posible el argumento *a simili*. A través de este tipo de interpretación, a la que se refiere también Guastini en otros de sus trabajos,¹⁰⁶ se pueden extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política, y por ende, idóneas también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico.

Cuando la Constitución es sobreinterpretada (apunta Guastini) no quedan espacios vacíos de —o sea, “libres” del— derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aún, minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional.¹⁰⁷

La influencia del derecho constitucional se extiende, desde esta perspectiva, tanto a su objeto tradicional de regulación que son los poderes públicos, sus competencias y relaciones con los particulares, como a las diversas ramas del derecho privado, que también se ven condicionadas por los mandatos constitucionales, entre los cuales destacan —por la magnitud de su impacto sobre el derecho privado— las normas constitucionales que establecen los derechos fundamentales; como apunta Konrad Hesse,

¹⁰⁴ Sobre el mismo punto, con bibliografía complementaria, Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México, cit.*, cap. VI.

¹⁰⁵ Sobre este punto véase el clásico trabajo de Peter Häberle, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”, en el libro del mismo autor, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, IVAP, 1996.

¹⁰⁶ Ver por ejemplo sus *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2003.

¹⁰⁷ *Estudios de teoría constitucional, cit.*, pp. 159 y 160.

Los derechos fundamentales influyen en todo el derecho... no sólo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regula las relaciones jurídicas entre los particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales.¹⁰⁸

Sobre la forma concreta en que los derechos fundamentales se imponen a las relaciones jurídicas sujetas al derecho privado nos detendremos más adelante dentro de este mismo capítulo.

e) La aplicación directa de las normas constitucionales. Esta quinta condición para la constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene que ver con dos cuestiones: primera, el entendimiento de que la Constitución rige también a las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos; y segunda, que todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio.¹⁰⁹ Estos dos aspectos no se encontraban en el constitucionalismo clásico, pero se han ido conquistando de forma paulatina en los años recientes tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucionales.¹¹⁰ En México, sin embargo, ambos aspectos todavía no han sido analizados teóricamente ni desarrollados en las sentencias de nuestros jueces.

f) La interpretación conforme de las leyes. Guastini apunta que esta condición no tiene que ver con la interpretación de la Constitución, sino con la interpretación de la ley.¹¹¹ La interpretación conforme se da cuando, al tener la posibilidad un juez de aplicar a un caso concreto la interpretación X_1 de una ley o la interpretación X_2 , opta por la que sea más favorable para cumplir de mejor forma (de manera más completa) con algún mandato constitucional. Desde luego, la interpretación conforme también significa que, ante una interpretación de la ley que vulnera el texto constitucional u otra interpretación de la misma ley que no lo vulnera, el juez prefiere esta última.¹¹²

¹⁰⁸ Hesse, Konrad, "Significado de los derechos fundamentales", *cit.*, p. 93.

¹⁰⁹ Obviamente, en aquellos países en los que exista un control "concentrado" de constitucionalidad de las leyes, los jueces ordinarios no podrán declarar la inconstitucionalidad de una ley, pero sí podrán utilizar a la Constitución de forma directa en aquellos casos en los que las leyes no tengan ninguna previsión o para llegar a la interpretación legal que mejor desarrolle los propios mandatos constitucionales.

¹¹⁰ Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, *cit.*, pp. 160 y 161.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 160.

¹¹² Jiménez Campo, Javier, "Interpretación conforme" e "Interpretación constitucional", ambas en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995.

g) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. La última de las condiciones de constitucionalización del ordenamiento a las que se refiere Guastini consiste en una pluralidad de elementos entre los que se pueden mencionar los siguientes: primero, que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado (incluso entre órganos de los diversos niveles de gobierno en aquellos Estados federales o regionales) que permita a un órgano jurisdiccional resolverlos aplicando normas constitucionales;¹¹³ segundo, que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de *self restraint* frente a lo que en alguna época se han llamado las *political questions*, sino que todos los espacios del quehacer público del Estado sean reconducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional; y tercero, que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno.¹¹⁴

A la luz de lo anterior puede verse que las relaciones entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico han ido evolucionando. Con seguridad, varios de los puntos mencionados darán lugar o lo están dando ya a problemas importantes dentro del Estado constitucional, pero desde luego que, con todos los matices que se quiera, se trata de avances de primer orden en la lógica inacabada y en permanente construcción del Estado constitucional contemporáneo.

Aunque una visión moderna del Estado constitucional sostiene que la Constitución debe ser concebida como una norma aplicable *aquí y ahora*, y no como una recomendación solamente dirigida a regular un futuro que puede no hacerse nunca presente, hay que considerar que los textos constitucionales contienen, en alguna medida, pretensiones que en el momento de entrar en vigor pueden ser consideradas utópicas. El carácter normativo de la Constitución no supone negar que el poder constituyente haya querido poner en el texto de la norma suprema sus aspiraciones de país, la forma que debería tener la sociedad desde su punto vista.

Por tanto, se puede afirmar que toda Constitución incorpora un ingrediente utópico que sirve de marco de referencia de lo que una sociedad entiende como deseable para sí misma en el futuro, de aquello que se comprende como metas que se tienen que ir logrando a partir de una nueva organización jurídico-políti-

¹¹³ En México se trataría de los supuestos que sobre las “controversias constitucionales” enumera la fracción I del artículo 105 constitucional.

¹¹⁴ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 163 y 164.

ca y también como un parámetro de legitimación del poder público.¹¹⁵ Como sostiene Hans Peter Schneider en la cita que ya transcribimos en la “Nota preliminar” de este libro,

La Constitución posee, más bien, el carácter de un amplio modelo, es un modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro... y, por ello, siempre tiene algo de “utopía concreta”. De ello resulta la orientación finalista del derecho constitucional con respecto a determinados pensamientos orientativos, directivas y mandatos constitucionales, que reflejan esperanzas del poder constituyente y prometen una mejora de las circunstancias actuales; es decir, que van más allá de registrar solamente las relaciones de poder existentes. Tales objetivos de la Constitución son la realización de una humanidad real en la convivencia social, el respeto de la dignidad humana, el logro de la justicia social sobre la base de la solidaridad y en el marco de la igualdad y de la libertad, la creación de condiciones socioeconómicas para la libre autorrealización y emancipación humana, así como el desarrollo de una conciencia política general de responsabilidad democrática. Estos contenidos de la Constitución, la mayoría de las veces, no están presentes en la realidad, sino que siempre están pendientes de una futura configuración política... la Constitución... se produce activamente y se transforma en praxis autónomamente en virtud de la participación democrática en las decisiones estatales.¹¹⁶

En América Latina el concepto de Constitución se ha utilizado con frecuencia como un motivo legitimador de la acción del Estado, aún si dicha acción no ha tenido siempre un carácter democrático o apegado al interés general. Las Constituciones han sido manejadas e instrumentalizadas desde el poder para prolongar las condiciones de predominio político de un grupo sobre el resto de la sociedad. México es uno de los mejores ejemplos al respecto. Por eso es importante utilizar el discurso teórico sobre el concepto de Constitución con fines no solamente académicos o analíticos, sino también deslegitimadores de la supuesta neutralidad del Estado, o del discurso que se apoya en la Constitución para imponer el punto de vista de unos cuantos sin consultar a los demás, o de las actuaciones legislativas o jurisdiccionales que violan las normas constitucionales.

Tampoco la teoría constitucional, desde luego, puede presentarse a sí misma como neutra; no lo es ni lo puede ser cuando su objeto está cargado de valor: el

¹¹⁵ Aragón, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 50, 1986, p. 11; *cfr.* las observaciones de J. J. Gomes Canotilho sobre la “Constitución dirigente” en su trabajo “¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 43, enero-abril de 1995, pp. 9 y ss.

¹¹⁶ *Democracia y constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 49.

Estado constitucional y las Constituciones mismas sólo se entienden dentro de las coordinadas axiológicas de la libertad y la igualdad. Y si su objeto no es neutral ni admite por ello cualquier forma de organización social, la teoría tampoco puede serlo.

Como quiera que sea, en México por lo menos, hace falta un gran esfuerzo de renovación de la teoría constitucional. Dicho esfuerzo debe permitirnos tener mejores instrumentos analíticos y conceptuales, pero también más razones y apoyos para cambiar una realidad que, como en casi toda la América Latina, sigue instalada en escenarios de marginación, pobreza, discriminación y violación cotidiana de los derechos fundamentales de un gran número de personas.

B. *La reforma constitucional*

Una segunda fuente de los derechos fundamentales es el procedimiento de reforma constitucional; en efecto, la lista de los derechos que está en la Constitución no es un universo cerrado, de forma que por medio de adiciones a su texto se puede ampliar, siguiendo con la lógica que comporta el carácter histórico de los derechos, a la que ya nos referimos en uno de los apartados precedentes.

Como se verá más adelante, el catálogo de derechos ha crecido de forma importante en los últimos años; cuestiones tan básicas como la igualdad entre el hombre y la mujer no se constitucionalizan sino hasta la década de los setenta; unos años después, a principio de los ochenta, aparece en el texto constitucional el derecho a la salud, mientras que el medio ambiente o los derechos de los menores son resultado de reformas que entran en vigor en los años noventa. Por tanto, hay que tener presente al mecanismo de reforma constitucional como una posible fuente de ampliación del catálogo de los derechos fundamentales.

En México, el procedimiento de reforma constitucional está previsto en el artículo 135 constitucional, cuyo texto señala que:

La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Sobre las consecuencias de este texto volveremos al examinar el tema de la rigidez constitucional en el apartado II *infra*.

C. *Los tratados internacionales*

Una tercera fuente de los derechos fundamentales, de enorme trascendencia práctica aunque en gran parte desconocida en México, son los tratados internacionales. Aunque sobre su régimen constitucional se abunda en el apartado siguiente, conviene apuntar desde ahora que los tratados internacionales han sido un motor esencial en el desarrollo reciente de los derechos fundamentales en todo el mundo (aunque con diferente intensidad según sea el país de que se trate, como es obvio). En los tratados internacionales y en la interpretación que de ellos han hecho los organismos de la ONU, OIT y OEA, entre otros, pueden encontrarse tanto derechos que no están previstos en la Constitución mexicana (por ejemplo el derecho de rectificación, para cuando un medio de comunicación da a conocer una noticia falsa o inexacta que nos atañe y queremos rectificarla a través del propio medio de comunicación), como perspectivas complementarias a las que ofrece nuestra carta magna (por ejemplo estableciendo dimensiones de un cierto derecho que no contempla nuestro ordenamiento).

Se calcula que actualmente existen poco menos de 150 tratados internacionales y protocolos referidos a los derechos humanos, de forma que podemos hablar de un proceso de intensa codificación internacional de los derechos.¹¹⁷

Los tratados de derechos humanos pueden ser de carácter general o sectorial. Los primeros regulan muchos tipos de derechos o derechos adscribibles, en términos generales, a todas las personas. Los segundos contienen derechos para determinados tipos de personas. Entre los primeros podemos mencionar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966;¹¹⁸ en el ámbito de América Latina el más importante tratado general es la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, suscrita el 22 de noviembre de 1969.¹¹⁹

Entre los tratados internacionales de carácter sectorial más importantes para los temas que vamos a estudiar en este libro se encuentran la Convención de los Derechos del Niño¹²⁰ y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer,¹²¹ así como los Convenios de la OIT sobre

117 Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 209 y ss.

118 Publicados ambos en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1981.

119 Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de mayo de 1981.

120 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 25 de enero de 1991.

121 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1981; fe de erratas del 18 de junio de 1981.

distintos aspectos de los derechos fundamentales de los trabajadores.¹²² En el ámbito de América Latina podemos destacar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de Belém do Pará) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad.

De los tratados internacionales pueden derivar, a su vez, otras fuentes del derecho. A lo largo de los capítulos que siguen haremos referencias constantes, entre otras fuentes, a las observaciones generales, que son una especie de interpretación general dictada por comités de expertos creados por mandato de los principales pactos internacionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos crea un Comité de Derechos Humanos, que está compuesto por 18 miembros (artículo 28 del Pacto) y lo faculta para emitir comentarios generales dirigidos a los Estados partes sobre el contenido del Pacto. Una facultad parecida se encuentra en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los comentarios u observaciones generales son de gran interés para los estudiosos de los derechos fundamentales ya que contribuyen a ampliar el significado de las disposiciones de los pactos y tratados, precisando las obligaciones de los Estados y las tareas concretas que deben llevar a cabo para cumplir con lo que disponen los instrumentos internacionales.

Podríamos decir que las observaciones generales se asemejan a una especie de jurisprudencia, sólo que no es dictada por órganos jurisdiccionales sino por órganos de carácter más bien consultivo, integrados por expertos en cada materia.¹²³

Actualmente la estructura de los órganos encargados de la vigilancia de los derechos humanos dentro de la ONU es bastante compleja;¹²⁴ el lector podrá identificar el campo de competencia de cada uno de los Comités de la ONU en la materia de derechos humanos según su denominación, la cual en términos generales se corresponde con la denominación del tratado, pacto o convención de cuya supervisión se encargan. Así, por ejemplo, si la supervisión e interpre-

¹²² Son especialmente importantes los convenios núm. 87 (libertad sindical), 89 (derecho de sindicalización), 111 (discriminación en el empleo), 118 (igualdad de trato), 138 (edad mínima para trabajar), 143 (trabajadores migrantes), 169 (pueblos indígenas) y 182 (prohibición del trabajo infantil).

¹²³ Una selección muy amplia de observaciones generales puede verse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 389 y ss.

¹²⁴ Cfr. Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, cit., pp. 437 y ss.

tación se hace del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el comité correspondiente se denomina Comité de Derechos Humanos; de la misma forma, haremos referencia en los capítulos siguientes a los trabajos y documentos generados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité sobre la Discriminación contra la Mujer, entre otros.

Para la comprensión cabal del sistema de protección de los derechos humanos que existe actualmente en el seno de la ONU, quizá sería útil realizar una minuciosa explicación del lugar que ocupa cada comité en el organigrama de la ONU (dentro del Ecosoc, dependiente de la Comisión de Derechos Humanos, dentro de la estructura de la Secretaría General, etcétera) y de los documentos que precisan su ámbito de facultades; pero hacerlo extendería innecesariamente el contenido del libro, además de que tendríamos que entrar a un terreno que es objeto de estudio del derecho internacional público.¹²⁵ Lo importante es que el lector esté al tanto del criterio sostenido por los distintos comités y que sea capaz de relacionar esos criterios con los distintos pactos y tratados internacionales que les sirven de fundamento. Hay que enfatizar el hecho de que el Estado mexicano ha admitido la competencia de varios de esos comités y por tanto los particulares ya pueden acudir a ellos para denunciar alguna violación de los derechos establecidos en los respectivos pactos, tratados y convenciones.¹²⁶

Además de las tareas importantes que realizan los comités, hay que tener presente que los propios tratados internacionales pueden crear tribunales con competencias contenciosas o de otro tipo;¹²⁷ así sucede con la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica, que crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya sede se encuentra en esa misma ciudad. La Corte Interamericana, como veremos más adelante, es un tribunal regional de derechos humanos y despliega sus trabajos en dos competencias principales: contenciosa y consultiva.

¹²⁵ Una explicación muy completa del universo de organismos que se encargan de los derechos humanos en el ámbito de la ONU puede encontrarse en Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, cit.

¹²⁶ Al respecto, Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "El significado de la aceptación de la competencia de los comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia en México", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 1, enero-junio de 2003, pp. 161 y ss. La publicación de los respectivos documentos de adhesión o ratificación se realizó en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de mayo de 2002.

¹²⁷ Sobre los mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos humanos previsto en los tratados, Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, cit., pp. 499 y ss.

En ocasiones los tratados se van complementando con documentos normativos que se dictan con posterioridad. Se les suele llamar “protocolos” o “protocolos adicionales”. Por ejemplo, a partir del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se han dictado dos protocolos, destinados respectivamente a permitir que el Comité de Derechos Humanos reciba directamente quejas de individuos por presuntas violaciones del Pacto y a abolir la pena de muerte. También la Convención Americana de Derechos Humanos tiene dos protocolos; uno en el que ese establecen los derechos económicos, sociales y culturales (el llamado Protocolo de San Salvador) y otro que tiene también por objeto la abolición de la pena de muerte. Los protocolos pueden existir tanto en el caso de los tratados generales como en el de los sectoriales; dentro de estos últimos tenemos que tanto la Convención de los Derechos del Niño como la Convención contra la Discriminación de la Mujer tienen varios protocolos facultativos.

Sobre la manera en que los tratados internacionales se deben interpretar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el siguiente criterio:

TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (*DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN* DEL 14 DE FEBRERO DE 1975). Conforme a lo dispuesto en los citados preceptos para desentrañar el alcance de lo establecido en un instrumento internacional debe acudir a reglas precisas que en tanto no se apartan de lo dispuesto en el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución General de la República vinculan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En efecto, al tenor de lo previsto en el artículo 31 de la mencionada Convención, para interpretar los actos jurídicos de la referida naturaleza como regla general debe, en principio, acudir al sentido literal de las palabras utilizadas por las partes contratantes al redactar el respectivo documento final debiendo, en todo caso, adoptar la conclusión que sea lógica con el contexto propio del tratado y acorde con el objeto o fin que se tuvo con su celebración; es decir, debe acudir a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica. A su vez, en cuanto al contexto que debe tomarse en cuenta para realizar la interpretación sistemática, la Convención señala que aquél se integra por: a) el texto del instrumento respectivo, así como su preámbulo y anexos; y, b) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de su celebración o todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; y, como otros elementos hermenéuticos que deben considerarse al aplicar los referidos métodos destaca: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las

partes acerca de su interpretación; y, c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes; siendo conveniente precisar que en términos de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para realizar la interpretación teleológica y conocer los fines que se tuvieron con la celebración de un instrumento internacional no debe acudir-se, en principio, a los trabajos preparatorios de éste ni a las circunstancias que rodearon su celebración, pues de éstos el intérprete únicamente puede valerse para confirmar el resultado al que se haya arribado con base en los elementos antes narrados o bien cuando la conclusión derivada de la aplicación de éstos sea ambigua, oscura o manifiestamente absurda. Clave 2a. , núm. CLXXI/2002, amparo en revisión 402/2001. Imcosa, S. A. de C. V., 16 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia; en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Rafael Coello Cetina.

En la práctica, la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos se enfrenta con muchas dificultades.¹²⁸ Una de ellas, quizá no la menor, es el profundo desconocimiento que de su contenido tienen los abogados mexicanos, incluyendo a los jueces. Pese a todo, se trata de una fuente de derechos fundamentales de la mayor importancia. En los próximos capítulos haremos en todo momento referencia a los tratados internacionales tanto en lo que puedan servir para reforzar o extender un derecho contemplado en la Constitución mexicana, como para señalar el caso de algunos derechos que están contemplados en tratados internacionales vigentes en México y que no se encuentran en nuestro texto constitucional.

D. *La jurisprudencia*

Una cuarta fuente de los derechos, también de gran repercusión práctica es la jurisprudencia de los tribunales, tanto de los nacionales como de los internacionales. El fundamento de la jurisprudencia de los tribunales federales se encuentra en el artículo 94 constitucional; emiten jurisprudencia tanto la Suprema Corte (en pleno y en salas), como los tribunales colegiados de circuito y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. A nivel internacional, la jurisprudencia más importante para el tema de los derechos fundamentales en

¹²⁸ Algunas reflexiones sobre el tema se pueden ver en Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos", en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002, pp. 181 y ss.

México es la que establece en sus pronunciamientos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la que nos referiremos en el apartado siguiente.

A reserva de lo que se dirá al estudiar cada derecho fundamental en concreto, puede apuntarse en términos muy generales que la jurisprudencia mexicana se encuentra en una fase de reconstrucción; por un lado, cada vez se pueden encontrar criterios más avanzados en la materia que nos ocupa, en parte como consecuencia de que se le han planteado a nuestros tribunales temas sobre los que no había tenido la oportunidad de pronunciarse y en parte porque han sabido rectificar algunos criterios que eran insostenibles ante el nuevo escenario democrático del país. Sin embargo, el grueso de la producción jurisprudencial sigue siendo relativamente deficiente, sobre todo si se le compara con los avances que han tenido otros países de nuestro entorno, como Colombia, Argentina o Costa Rica, cuyos pronunciamientos jurisprudenciales se encuentran entre los más avanzados de América Latina.

Aunque por años estuvo al alcance solamente de los expertos, de los grandes despachos de abogados o de quienes trabajaban dentro del Poder Judicial federal, en los tiempos más recientes la jurisprudencia ha tenido una mayor difusión, como consecuencia del surgimiento de las nuevas tecnologías de la información, que permiten compendiar en un solo disco compacto todas las tesis jurisprudenciales emitidas desde 1917, a un costo accesible para cualquier interesado.

II. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Habiendo examinado las fuentes del derecho a partir de las que pueden surgir los derechos fundamentales, corresponde ahora abordar de forma somera el régimen constitucional de tales derechos. Se trata simplemente de recordar algunas cuestiones que son más bien objeto de estudio en los primeros cursos de derecho constitucional y sobre las que, en consecuencia, el lector debe ya de estar al tanto. Los temas que me gustaría recordar son los siguientes: *a)* la supremacía constitucional, *b)* la rigidez de la Constitución, y *c)* la defensa constitucional de los derechos tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

1. *La supremacía constitucional*

Al estar los derechos fundamentales previstos en la Constitución, es obvio que participan de su mismo régimen jurídico; en consecuencia, les serán aplicables las consideraciones sobre la supremacía constitucional.

Para comprender lo que significa en la actualidad la supremacía constitucional, debe tenerse presente que la Constitución no vincula u obliga jurídicamente como lo hacen las demás normas del ordenamiento. Históricamente la Constitución ha tenido que imponer su *vinculatoriedad* incluso, y sobre todo, frente a otras normas. No siempre se ha considerado que la Constitución es una norma suprema ni siempre se han sacado del principio de supremacía las consecuencias adecuadas. Así, por ejemplo, no siempre se ha entendido —ni se entiende en la actualidad en México— que si una Constitución es en verdad una norma suprema, cualquier otra norma del sistema que sea declarada inconstitucional debe ser expulsada del mismo, de forma que no solamente se le declare como no aplicable a un caso concreto, sino que incluso deje de existir para todos los efectos.

Hay un par de conceptos que deben tenerse presentes para comprender la supremacía constitucional; me refiero a la concepción gradualística del ordenamiento jurídico y al concepto de validez normativa.

El derecho fundamenta la validez de las normas que lo integran a través de la construcción de una relación de supra a subordinación entre ellas, de modo que existe una norma superior —llámese norma hipotética fundamental, norma de identificación de normas o regla de reconocimiento— que da fundamento al resto, las cuales a su vez solamente podrán ser válidas en tanto se ajusten a lo prescrito por aquélla.¹²⁹ Como ha expuesto Hans Kelsen, “una norma pertenece a un orden jurídico solamente por haber sido instaurada conforme a lo que determina otra norma de ese orden”,¹³⁰ lo cual nos conduce a la norma fundante “básica” que no encuentra fundamento dentro del sistema jurídico, por lo que tiene que ser presupuesta.¹³¹

La validez normativa, a su vez, puede entenderse en dos sentidos. En un sentido formal se entiende que son válidas aquellas normas que se ajusten a las

¹²⁹ Merkl, A., “Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto”, trad. de C. Geraci, en Merkl, A., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milán, Giuffrè, 1987, *passim*.

¹³⁰ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979, p. 243.

¹³¹ No deja de resultar interesante la observación de Alf Ross cuando sostiene que “todo sistema de derecho legislado (en sentido amplio) se basa necesariamente en una hipótesis inicial que constituye la autoridad suprema, pero que no ha sido creada por ninguna autoridad. Sólo existe como una ideología política que forma el presupuesto del sistema. Cualquier enmienda por el procedimiento jurídico establecido es sólo posible dentro del sistema, cuya identidad está determinada por la hipótesis inicial. Todo cambio en la última, esto es, toda transición de un sistema a otro, es un fenómeno extrasistemático, un cambio fáctico socio-psicológico en la ideología política dominante y no puede ser descrito como creación jurídica mediante un procedimiento”, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, 4a. ed., Buenos Aires, 1977, p. 81.

normas procedimentales que regulan la creación jurídica dentro de un Estado, independientemente de su contenido. Desde un punto de vista material, serán válidas aquellas normas que, además de haber sido creadas conforme a los procedimientos establecidos por el ordenamiento, tengan como contenido normas compatibles o coherentes con las normas sustanciales o materiales del mismo, como lo son justamente las que regulan los derechos fundamentales. A la primera se le ha llamado por algunos autores vigencia y a la segunda se le ha considerado la validez en sentido estricto.¹³² Una y otra tienen gran relación con la concepción misma de la democracia: democracia formal o procedimental en un caso —referida al *quién* y al *cómo* de las decisiones estatales— y democracia sustancial en el otro —ligada al *qué* de la acción pública—.¹³³

Esta distinción de las formas de validez es importante porque tradicionalmente la Constitución se había concebido, a partir de Kelsen sobre todo y todavía hoy en autores como Giovanni Sartori, como una norma meramente procedimental, que tenía por contenido procedimientos pero no mandatos sustantivos.

Esta visión ha sido abandonada, de forma que se entiende que la Constitución contiene tanto normas de procedimiento como normas de contenido. Como lo escribe Maurizio Fioravanti,

La Constitución democrática del siglo XX... ya no pretende limitarse al ordenamiento de los poderes y al reenvío a la ley para garantizar los derechos; más bien pretende, sobre todo, significar la existencia de algunos principios fundamentales generalmente compartidos, que el ejercicio del poder soberano constituyente del pueblo ha colocado en la base de la convivencia civil. A partir de aquí comienza una nueva historia que, en buena medida, consiste en la búsqueda de los *instrumentos institucionales* necesarios para la tutela y para la realización de estos principios fundamentales... *el principio de la inviolabilidad de los derechos fundamentales...* y *el principio de igualdad*, que —en las Constituciones democráticas— tiende a afirmarse más allá de la mera prohibición de la discriminación, situándose en el plano del acceso a los bienes fundamentales de la convivencia civil, tal como la instruc-

¹³² Ferrajoli, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, 1992, p. 64; *id.*, “Jurisdicción y democracia”, *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 29, 1997, p. 4; *vid.* también Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, pp. 47-59; *id.*, “Invalidity”, *Ratio Iuris*, Londres, vol. 7, núm. 2, julio de 1994, pp. 212-226 y bibliografía citada.

¹³³ Ferrajoli, “El derecho como sistema de garantías”, *cit.*, p. 65. Sobre las relaciones entre forma y contenido desde la perspectiva de las fuentes, Zagrebelsky, *Manuale...*, *cit.*, pp. 17-19.

ción o el trabajo, poniendo así de manifiesto la otra gran cuestión de la garantía y la realización de los derechos sociales.¹³⁴

La superioridad constitucional deriva de varios datos ineludibles: *a)* la Constitución *crea* a los poderes públicos del Estado; *b)* *delimita* sus funciones —positiva y negativamente—; *c)* recoge los procedimientos de *creación normativa*; *d)* establece los *derechos fundamentales* de los habitantes del Estado, y *e)* incorpora los *valores esenciales o superiores* de la comunidad a la que rige.

En este contexto se ha dicho, quizá con razón, que dentro del Estado constitucional la soberanía no puede pertenecer más que a la Constitución, que es el marco de referencia suprema de las actividades de todos los habitantes del Estado.¹³⁵

Algunos autores señalan que la supremacía constitucional, que es una cualidad eminentemente política, se halla correspondida a nivel estrictamente jurídico por la suprallegalidad de las normas constitucionales:

La supremacía podría ser entendida como una cualidad política de toda Constitución, en cuanto que ésta es siempre (al margen de cualquier consideración ideológica) un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales, es decir, por esenciales, para la perpetuación de la forma política. La suprallegalidad no es más que la garantía jurídica de la supremacía y, en tal sentido, toda Constitución (en sentido lato) tiene vocación de transformar la supremacía en suprallegalidad.¹³⁶

La suprallegalidad —o supremacía, según la terminología que se adopte— parte de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos y se puede entender como la “cualidad que le presta a una norma su procedencia de una fuente de producción (y por lo mismo de modificación) jerárquicamente superior a la de la ley”.¹³⁷

El correlato más notable de la suprallegalidad es la rigidez de la Constitución, tema que se aborda en el siguiente apartado.

Desde un punto de vista estrictamente formal, la Constitución es superior respecto al resto de normas del ordenamiento, además de porque es creada por el poder constituyente, porque regula tanto la forma de creación como los con-

¹³⁴ Fioravanti, Mauricio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 150.

¹³⁵ *Cfr.* la argumentación al respecto de Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. de Eugenio Bulygin, Buenos Aires, De Palma, 1980, pp. 149 y ss.

¹³⁶ Aragón, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional”, *cit.*, p. 23.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 17.

tenidos posibles de aquéllas. Cabe recordar que, como norma secundaria o norma sobre la producción jurídica, la Constitución tiene una superioridad *instrumental* respecto del resto de normas.¹³⁸

La suprallegalidad de la Constitución se encuentra incluso explícitamente recogida en el texto del artículo 133 de la Constitución mexicana, que tiene como antecedente mediato, como se sabe, el artículo VI sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos. Actualmente el citado precepto de la Constitución mexicana dispone: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión...”.

La supremacía constitucional le presta a los derechos fundamentales una doble capacidad de “resistencia” frente al resto de normas jurídicas del sistema. Una resistencia pasiva, mediante la cual no pueden ser derogados, limitados o violados por ninguna norma o acto de autoridad; y una resistencia activa, mediante la cual pueden a su vez derogar, limitar o contrariar cualquier norma o acto de autoridad que no sea conforme con su contenido. Para que ambas formas de resistencia no se queden como simple retórica, la Constitución debe considerarse una norma jurídica directamente aplicable, sin que se le pueda confundir con un programa político o una lista de buenos deseos, y sin que se le deje al legislador en completa libertad para cumplirla o dejar de cumplirla. En este sentido, conviene recordar una sentencia interesante del Tribunal Constitucional español en la que se afirma, justamente en relación con los derechos fundamentales, que

Los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones. Su aplicabilidad inmediata no tiene más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable... Cuando se opera con reserva de configuración legal, el mandato constitucional tiene, hasta que la regulación legal tenga lugar, un contenido mínimo que ha de ser protegido, ya que de otro modo se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional... La

¹³⁸ Sobre el concepto de norma sobre la producción jurídica, Carbonell, Miguel, “Normas sobre la producción jurídica”, en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, UNAM, Porrúa, 2002, pp. 427-429.

dilación en el cumplimiento del deber impuesto al legislador por la Constitución no puede lesionar un derecho reconocido en ella.¹³⁹

Junto al reconocimiento que hace el artículo 133 de la superioridad de la Constitución debe mencionarse el artículo 103 que faculta a los tribunales federales para nulificar los actos de los poderes públicos de todos los niveles de gobierno que violen algún derecho fundamental o que invadan el sistema constitucional de competencias al que se encuentran subordinados. Sin esta garantía la proclamación del artículo 133 sería mera retórica constitucional. Los principales procesos constitucionales a que dan lugar las violaciones a la Constitución mencionadas en dicho artículo se encuentran regulados en los artículos 105 (controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad) y 107 (juicio de amparo).¹⁴⁰

El artículo 133 se refiere a la Constitución, a los tratados internacionales y a las leyes del Congreso que emanen de la propia Constitución, como elementos integrantes del concepto más amplio de “ley suprema de toda la Unión”. Una cuestión importante en el estudio de la supremacía constitucional consiste en revisar la relación que existe entre esos tres elementos.

En primer lugar, no hay duda de que la Constitución es, a la luz de todo lo que se ha dicho, la norma suprema y que, en consecuencia, se impone frente a los tratados internacionales y a las leyes del Congreso de la Unión que emanan del texto constitucional.

En segundo lugar, parece que el texto del artículo 133 no suministra un criterio claro para saber si los tratados deben considerarse o no superiores a las leyes del Congreso; esto ha generado durante años una viva polémica entre diversos teóricos del derecho en México.

En general, si se analizan los textos constitucionales de diversos países se observa que las relaciones entre normas de derecho interno y normas de derecho internacional puede revestir cuatro posibilidades:¹⁴¹

¹³⁹ Sentencia 15/1982, fundamentos jurídicos 6, 7 y 8 (*cfr.* también la sentencia 254/1993); sobre la vinculación inmediata de los derechos fundamentales —artículos 14 a 38 de la Constitución española— ver la sentencia 80/1982.

¹⁴⁰ Sobre el tema de la defensa de la Constitución para tutela de los derechos fundamentales ver *infra* el apartado II.3.

¹⁴¹ Se sigue la exposición de Cassese, Antonio, “Modern Constitutions and International Law”, *Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1986, t. 192, pp. 394 y ss. Sobre el mismo tema puede verse también el trabajo de Ayala Corao, Carlos M., “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, cit.*, pp. 37 y ss.

1. Que las Constituciones no tengan ninguna previsión sobre el tema;
2. Que las Constituciones establezcan que las disposiciones de los tratados deben ser cumplidas por todos los ciudadanos y las autoridades del Estado, pero que no garanticen para los tratados un rango superior al de la legislación ordinaria;
3. Que las Constituciones prevean que los tratados, aunque ostenten un rango subconstitucional, prevalecen sobre las leyes, con la consecuencia de que los legisladores nacionales no pueden alterar o derogar las disposiciones de los tratados a través de una nueva ley. En este sentido se manifiesta la Constitución francesa de 1958, que en su artículo 55 establece: “Los tratados o acuerdos, ratificados y aprobados correctamente, tendrán desde su publicación una autoridad superior a la de las leyes”. El artículo 53 de la misma Constitución dispone, sin embargo, que en algunas materias consideradas por el constituyente francés como especialmente relevantes los tratados “no podrán ser ratificados o aprobados más que por medio de ley”. Por su parte, la Constitución alemana de 1949 considera que “Las normas generales de derecho internacional público son parte integrante del derecho federal. Estas normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de derechos y deberes para los habitantes del territorio de la Federación” (artículo 25). Igual tratamiento otorga la Constitución griega a las normas generales de derecho internacional “generalmente aceptadas” (las cuales tienen “un valor superior a toda disposición en contrario de la ley...”) aunque prescribe que los tratados deben ser aprobados por vía legislativa (artículo 28.1);
4. Que las Constituciones otorguen a los tratados la posibilidad de modificar o revisar las propias normas constitucionales. Un ejemplo de esta posibilidad, ciertamente no muy utilizada en el derecho moderno, lo encontramos en el artículo 105 de la Constitución peruana de 1979.

Dejando aparte las disputas académicas y las clasificaciones con fines pedagógicos, en México tradicionalmente la jurisprudencia había sostenido que los tratados internacionales y las leyes federales se encontraban en un mismo nivel jerárquico, de modo que en caso de conflicto debía prevalecer la norma más reciente en el tiempo, como consecuencia del criterio de solución de antinomias según el que *lex posterior derogat priori*. Así lo sostenían nuestros tribunales federales, por ejemplo, en las siguientes tesis:

LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes

que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el Ejecutivo federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan ambos un rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Amparo en revisión 2069/91.- Manuel García Martínez.- 30 de junio de 1992.- Mayoría de 15 votos.- Ponente: Victoria Adato Green.- Secretario: Sergio Pallares y Lara.

TRATADOS INTERNACIONALES. EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, ÚLTIMA PARTE, NO ESTABLECE SU OBSERVANCIA PREFERENTE SOBRE LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La última parte del artículo 133 constitucional establece el principio de la supremacía de la Constitución federal, de las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y de los tratados celebrados y que se celebren por el presidente de la República con aprobación del Senado, respecto de las Constituciones y leyes de los estados que forman la Unión, y no la aplicación preferente de las disposiciones contenidas en los tratados respecto de lo dispuesto por las leyes del Congreso de la Unión que emanen de la Constitución federal. Es pues, una regla de conflicto a que deben sujetarse las autoridades mexicanas, pero conforme a la misma no puede establecerse que los tratados sean de mayor obligación legal que las leyes del Congreso. *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 151-156, sexta parte, p. 196.

TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUÍA. El artículo 133 constitucional no establece preferencia alguna entre las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, puesto que el apuntado dispositivo legal no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a éstos un rango superior a las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esa Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo. *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 78, sexta parte, p. 111.

Recientemente, sin embargo, este criterio ha sido abandonado por la Suprema Corte para asumir una interpretación más claramente internacionalista del artículo 133, lo cual es positivo en términos generales, aunque no deja de resultar cuestionable en vista de la deficiente argumentación utilizada. Se trata de la

siguiente tesis aislada, que todavía no reúne los requisitos necesarios para ser obligatoria para los tribunales inferiores:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la carta magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la ley fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la ley suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la ley fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la ley fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este máximo tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro:

“LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal. Tesis aislada, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, novena época, pleno, tesis P. LXXVII/99, p. 46.

Otros criterios jurisprudenciales interesantes para el tema de la supremacía constitucional y la interpretación del artículo 133 son los siguientes:

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE. En el mencionado precepto constitucional no se consagra garantía individual alguna, sino que se establecen los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, por los cuales la Constitución Federal y las leyes que de ella emanen, así como los tratados celebrados con potencias extranjeras, hechos por el presidente de la República con aprobación del Senado, constituyen la ley suprema de toda la Unión, debiendo los jueces de cada estado arreglarse a dichos ordenamientos, a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o en las leyes locales, pues independientemente de que conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los estados que constituyen la República son libres y soberanos, dicha libertad y soberanía se refiere a los asuntos concernientes a su régimen interno, en tanto no se vulnere el pacto federal, porque deben permanecer en unión con la Federación según los principios de la ley fundamental, por lo que deberán sujetar su gobierno, en el ejercicio de sus funciones, a los mandatos de la carta magna, de manera que si las leyes expedidas por las legislaturas de los estados resultan contrarias a los preceptos constitucionales, deben predominar las disposiciones del código supremo y no las de esas leyes ordinarias, aun cuando procedan de acuerdo con la Constitución local correspondiente, pero sin que ello entrañe a favor de las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, facultades de control constitucional que les permitan desconocer las leyes emanadas del Congreso local correspondiente, pues el artículo 133 constitucional debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia carta magna para ese efecto. Tesis aislada, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, marzo de 2001, novena época, primera sala, tesis 1a. XVI/2001, p. 113.

LEYES, PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA (DE LAS), ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. No es correcta la apreciación de que una ley reglamentaria de algún precepto constitucional, como lo es la Ley del Seguro Social, sea, por naturaleza propia, jerárquicamente superior a otros ordenamientos generales, como también lo son las leyes orgánicas, las leyes ordinarias o códigos de materias específicas, y para demostrar lo ineficaz de tales argumentaciones, es conveniente precisar que la relación de subordinación que puede existir entre dos cuerpos nor-

mativos generales resulta, como consecuencia lógica, de la posibilidad de creación con que cuente cada uno de ellos, así, la norma que prevé y determina en sus disposiciones la creación de otra, es superior a esta última; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera. El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, una dispersión de ordenamientos anárquicamente subordinados entre sí, y a gusto de los gobernantes, sino que es indudablemente, una verdadera jerarquía que se integra con base en diversos niveles. La unidad de esas normas hállase constituida por el hecho de que la creación de las de grado más bajo, se encuentra determinada por otras de nivel superior, cuya creación es prevista a su vez, por otra todavía más alta, hasta llegar a la norma primaria o fundamental que representa, siempre, la suprema razón de validez de todo orden jurídico. Las normas generales creadas por órganos legislativos constituidos, representan un nivel inmediatamente inferior al de la Constitución de la República en el orden jerárquico del derecho. Esa es precisamente la intención del constituyente manifiestamente expresada en el texto del artículo 133 constitucional, al señalar específicamente la frase "...las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella...", así, tales ordenamientos guardan, frente a la misma, una distancia de subordinación natural, lo cual no acontece como regla general, entre las distintas especies de leyes creadas por el Congreso de la Unión pues para que eso existiera sería menester, como sucede en el caso de la norma fundamental, que una ley secundaria determinara en su articulado, la creación de otro ordenamiento, cualquiera que sea su denominación (ley orgánica, ley ordinaria, ley reglamentaria o código), para estar entonces en la posibilidad de hablar de una verdadera relación jerárquica de superior a inferior entre dos distintos tipos de cuerpos normativos generales, situación que no acontece en el caso de la Ley del Seguro Social que no contiene, en sus disposiciones, previsión expresa respecto de la creación de la Ley Aduanera, razón por la cual, sin importar que una sea ley reglamentaria y otra ley ordinaria no existe condición alguna de subordinación que las relacione, guardando entera independencia entre sí, y compartiendo su mismo nivel jerárquico, respecto del orden normativo del que han emanado. En otras palabras, en observancia del principio instituido por el constituyente en el texto del artículo 133 de la carta magna, y toda vez que no ha sido la Ley del Seguro Social la razón de creación, ni tampoco dispuso el origen de la Ley Aduanera, su igualdad jerárquica es evidente, sin ser posible, válidamente hablando, pretender subordinar una a la otra por el solo acontecimiento de que la primera, Ley del Seguro Social, reglamente específicamente una fracción del apartado A del artículo 123 constitucional, y la otra sólo regula una determinada materia, como lo es en el caso, la Ley Aduanera. Tesis aislada, *Seminario Judicial de la Federación*, t. I, segunda parte-1, enero a junio de 1988, octava época, tribunales colegiados de circuito, p. 394.

2. *La rigidez constitucional*

La rigidez de una Constitución se produce siempre que en determinado texto constitucional existan procedimientos diferenciados para la aprobación de las leyes y para la aprobación de las reformas constitucionales.

Dicha diferenciación puede hacerse de varias maneras. Se puede establecer que sea el mismo órgano el que lleve a cabo ambos tipos de reformas, pero siguiendo un procedimiento distinto, normalmente más complejo para el caso de las reformas constitucionales. En este sentido, se pueden requerir mayorías calificadas o supercalificadas para aprobar una reforma constitucional, o se puede necesitar de un procedimiento que implique un periodo más largo de tiempo; bajo sistemas parlamentarios se puede incluso requerir que cuando se propone una reforma constitucional se disuelva el Poder Legislativo y se convoque a nuevas elecciones de forma que sean los nuevos legisladores los que se encarguen de votar la iniciativa propuesta por la legislatura precedente.

Otra posibilidad es que las reformas legales y las reformas constitucionales sean llevadas a cabo por órganos diferentes. Concretamente, el derecho comparado ofrece bastantes ejemplos de textos constitucionales que solamente pueden ser reformados por asambleas convocadas con ese único objeto, o bien por órganos que tienen una composición compleja: integrados tanto por el Poder Legislativo federal como por los poderes legislativos locales, por mencionar un ejemplo que puede darse en un Estado organizado federalmente.

Las Constituciones rígidas se suelen oponer para efectos pedagógicos a las Constituciones flexibles. Son flexibles aquellas Constituciones que pueden ser modificadas siguiendo el mismo procedimiento para la aprobación o modificación de las leyes.

En un sistema constitucional que cuente con una Constitución flexible, como ha señalado Riccardo Guastini, la Constitución y la ley tienen la misma fuerza, se encuentran ubicadas en un mismo nivel jerárquico. En consecuencia, el principio que regula sus relaciones no es el de *lex superior derogat inferiori*, sino el de *lex posterior derogat priori*, la ley (la norma, mejor dicho) posterior en el tiempo deroga a la anterior. Esto significa, además, que si una ley contiene una disposición contraria a la Constitución, dicha ley se entiende no como una violación constitucional, sino como una modificación a lo dispuesto por el texto de la Constitución.¹⁴²

¹⁴² Guastini, Riccardo, "La Constitución como límite a la legislación", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2002, pp. 235 y ss.

La distinción entre Constituciones flexibles y Constituciones rígidas fue elaborada originalmente por James Bryce en una obra clásica sobre el tema.¹⁴³ En la actualidad dicha distinción ha perdido en buena medida su relevancia práctica, puesto que la enorme mayoría de los textos constitucionales contemporáneos son rígidos. Por ello, hoy en día se habla más de grados de rigidez, que de rigidez o flexibilidad *tout court*.¹⁴⁴

El grado de rigidez de cada texto constitucional concreto se encuentra en relación directa con la mayor o menor dificultad que dispone ese mismo texto para su propia reforma. Con un grado máximo de rigidez se encuentran las Constituciones que no permiten cambiar ninguna de sus disposiciones; en realidad, en esos casos, se habla de “Constituciones petrificadas”, más que de Constituciones rígidas. Hay otras Constituciones que no permiten la revisión de algunas de sus disposiciones, consagrando por tanto espacios intocables para la acción del poder reformador de la Constitución. En este último supuesto se encuentran por ejemplo la Constitución italiana de 1947, que no permite la revisión de la forma republicana del Estado italiano (artículo 139), y la Constitución alemana de 1949, que no permite la reforma de la división de la Federación en Estados, el principio de cooperación de los Estados en la potestad legislativa o los principios de sus artículos 1o. y 20 (artículo 79.3).¹⁴⁵ Otras Constituciones, en fin, contienen un doble proceso de reforma: uno más complejo, normalmente reservado para las modificaciones que afecten a los derechos fundamentales y a los principios básicos de la organización estatal; y otro procedimiento que sirve para modificar las disposiciones no esenciales que se contienen en la Constitución: es el caso de la Constitución española de 1978 (artículos 167 y 168).

Algunos autores distinguen entre una rigidez “débil” y una rigidez “fuerte”.¹⁴⁶ La primera se da en aquellas Constituciones que se limitan a precisar que su reforma debe hacerse o bien por un órgano especial distinto de los demás poderes constituidos, o bien por el Poder Legislativo ordinario pero a través de un procedimiento dificultado, de modo que las leyes no pueden contrariar la Constitución bajo la pena de ser ilegítimas, es decir, inválidas. La rigidez “fuerte”, por su parte, es una cualidad de aquellas Constituciones que, además de lo anterior, establecen también un control jurisdiccional de la legislación

¹⁴³ Bryce, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

¹⁴⁴ Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 50; Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 189.

¹⁴⁵ Otro ejemplo se encuentra en el artículo 288 de la Constitución portuguesa de 1976.

¹⁴⁶ Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., pp. 73 y 74.

que se encarga de verificar, llegado el caso, si una norma legislativa o infralegislativa vulnera o contraría la norma constitucional y procede a anularla si así fuera.

La Constitución mexicana de 1917 puede ser calificada como una Constitución rígida en un doble sentido. Por una parte tiene un procedimiento de reforma, establecido en su artículo 135, diferente —más complicado— que el que se utiliza para la legislación ordinaria (tiene incluso un procedimiento rígido en extremo, previsto en el artículo 73 fracción III). Por otro lado, el procedimiento de reforma es llevado a cabo por un órgano diferente al que se encarga de expedir y reformar las leyes; el poder reformador de la Constitución se integra no solamente por las dos cámaras del Congreso de la Unión, sino también por las legislaturas de los Estados.

Sin embargo, la rigidez constitucional, a pesar de estar recogida expresamente en el texto de la carta magna, no ha sido una realidad en su funcionamiento práctico. Puede decirse, de hecho, que la Constitución ha sido reformada incluso con mayor facilidad que algunas de las leyes inferiores: prácticamente ninguna ley ha sufrido tantas reformas como el texto constitucional. Una parte considerable de esas reformas ha tenido que ver con los derechos fundamentales; en general, las reformas sobre los derechos han sido positivas, pues han tenido como objetivo superar las deficiencias que tenía el catálogo original de 1917 en la materia que nos ocupa.

La rigidez no solamente debe estar prevista en el texto de la Constitución, sino también ser observada en la práctica política de un Estado. Los gobernantes deben aprender a ver los beneficios a largo plazo de la estabilidad constitucional frente a los beneficios inmediatos que les pueda reportar una reforma a la carta magna. Por desgracia, en la medida en que la Constitución de 1917 ha acumulado en su texto una serie de disposiciones de detalle que no tienen nada que hacer dentro de una carta fundamental y en virtud de que esas disposiciones son en buena parte reflejo de las preferencias de un determinado tipo de régimen político que actualmente ya no existe, las reformas se van a tener que seguir dando en los próximos años.

En términos generales puede afirmarse que en México la necesidad de acudir a constantes reformas constitucionales, aparte de lo que ya se ha dicho, se debe a la falta de interpretación constitucional; es la interpretación constitucional lo que ha permitido que por ejemplo en Estados Unidos la Constitución siga siendo un texto vivo y aplicable cotidianamente después de más de tener más de dos siglos de vigencia y contando con menos de 30 reformas en toda su historia. En la medida en que nuestros jueces vayan sentando criterios más sustantivos en el tema de los derechos fundamentales se irá reduciendo la necesi-

dad de acudir constantemente a la reforma constitucional. Esos criterios, sin embargo, deberán estar nutridos previamente con buenos análisis teóricos y con una sólida educación jurídica, la cual a su vez estará a cargo tanto de las escuelas y facultades de derecho en general, como de las escuelas de formación judicial en particular.

Tanto la supremacía como la rigidez constitucional tienen gran importancia para la teoría de los derechos fundamentales. Una y otra protegen a esos derechos frente a las acciones de los poderes públicos y de los particulares. ¿Cómo podría ser defendido un derecho fundamental frente a un acto legislativo si la Constitución no fuera rígida? ¿Cómo podría imponerse, por mencionar un caso, el derecho a la vivienda digna frente a la administración pública si no tuviéramos claro que la Constitución está por encima de las decisiones administrativas? ¿Cómo podrían juzgar los tribunales federales si un acto viola la Constitución sin acudir a los conceptos de supremacía y rigidez constitucional? Debido a esa importancia es que se ha considerado oportuno incluir, dentro de este libro, tanto el apartado anterior como el presente, puesto que, aunque es cierto que los temas tratados tienen que ver más con la teoría general de la Constitución que con la teoría de los derechos fundamentales, es igualmente verdad que sin tener claros estos conceptos muy poco se puede avanzar en el tema de los derechos. Y lo mismo puede aplicarse al tema de la garantía —o sea de la protección que merecen los derechos—, sobre el que nos detenemos en el apartado siguiente.

3. *La garantía de los derechos fundamentales*

Tal vez sea en las técnicas de garantía donde las Constituciones actuales se jueguen su prestigio y su lugar dentro de las complejas sociedades contemporáneas. Poco es lo que puede hacer y significar una Constitución dentro del entramado estatal si no se reconocen de forma efectiva y real (es decir, si no se garantizan) los derechos fundamentales, puesto que tales derechos, como se ha señalado acertadamente, “actúan legitimando, creando y manteniendo consenso; garantizan la libertad individual y limitan el poder estatal, son importantes para los procesos democráticos y del Estado de derecho, influyen en todo su alcance sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto y satisfacen una parte decisiva de la función de integración, organización y dirección jurídica de la Constitución”.¹⁴⁷ Para que los derechos se hagan realidad se requiere de potentes instrumentos de control de la constitucionalidad, o mejor dicho, de un sistema completo de garantía de la Constitución.

¹⁴⁷ Hesse, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, *cit.*, p. 90.

Para que ese sistema de defensa pueda ser eficaz hay que tener presente que cualquier violación de la Constitución debe ser considerada ilícita por la propia Constitución o por otra norma del ordenamiento,¹⁴⁸ pues como dice Ignacio de Otto, “si la infracción de la Constitución escrita es lícita, los preceptos de esa Constitución serán constitucionales sólo en el sentido de que están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, pues una norma que puede ser infringida lícitamente no es una norma”.¹⁴⁹

Otro concepto que debe considerarse al tratar el tema de la defensa constitucional es el del control, el cual a su vez es indispensable para hablar de una Constitución normativa. Para Manuel Aragón, “el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se ‘realice’... o dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no pura entelequia o desnuda vaciedad”.¹⁵⁰ Difícilmente cabe hablar hoy en día de Constitución normativa sin control de constitucionalidad de las leyes y sin que los jueces puedan confrontar con la Constitución todos los actos de los poderes públicos y aquellos actos de los poderes privados que también incidan en la órbita de los derechos fundamentales.¹⁵¹

El funcionamiento práctico de los sistemas de garantía de los derechos, a pesar de los innegables avances teóricos y dogmáticos que se han registrado en los últimos años, no siempre ha tenido el impacto que sería deseable. Tiene razón Pedro de Vega cuando afirma que

esos generosos esfuerzos teóricos, y ese admirable sistema de garantías, establecido y generalizado en la mayoría de las Constituciones del mundo, no siempre se han visto coronados por el éxito... desde el punto de vista práctico, la realidad nos muestra con inexorable tozudez cómo, incluso en las democracias más consolidadas, el aparatoso desarrollo constitucional de instituciones de salvaguarda de la libertad, termina siendo en múltiples ocasiones más que el bastión efectivo protector de so-

148 Hay que tener presente, sin embargo, como Norberto Bobbio nos lo recuerda, que el establecimiento de una sanción jurídica no es una propiedad de *todas* y cada una de las normas del ordenamiento, y desde luego, vale agregar, no lo es de la Constitución, sino del ordenamiento en su conjunto; *Teoría general del derecho*, trad. de Eduardo Rozo Acuña, Madrid, Editorial Debate, 1991, pp. 124 y ss.

149 Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 18.

150 “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 19, 1987, pp. 15-52 (la cita en p. 16).

151 Sobre el tema de los derechos fundamentales como derechos oponibles a los particulares se abunda más adelante.

ciudades de hombres libres, un gótico y complicado monumento al servicio de la retórica, de la inanidad o de la impotencia.¹⁵²

El conjunto de instrumentos de protección de los derechos fundamentales que tenemos en México da buena cuenta de la razón que le asiste a De Vega.

Por el desarrollo que se ha dado en los últimos años, quizá sea pertinente dividir los mecanismos de protección de los derechos en: *a)* mecanismos internos y *b)* mecanismos internacionales. Hacer un estudio exhaustivo de los diversos procedimientos por medio de los que se pueden proteger los derechos fundamentales en México no es posible en este momento, pues con seguridad requiere de un tratamiento monográfico y separado del que merece la parte sustantiva de los derechos fundamentales, que es de lo que trata este libro. En este contexto, se harán solamente unas muy someras referencias, destinadas sobre todo a posibilitar el mejor entendimiento de lo que más adelante se irá exponiendo en los diversos capítulos de la obra.¹⁵³

Recordemos que Luigi Ferrajoli ha explicado que las garantías de los derechos fundamentales pueden dividirse en primarias y secundarias; las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por tanto violen también las garantías primarias.¹⁵⁴ Como podrá ver el lector en seguida, en los apartados siguientes haremos referencia a las “garantías secundarias” que existen en México (a algunas de ellas solamente).

Es importante poner de manifiesto que no hay que confundir la inexistencia de una garantía con la inexistencia del derecho que esa garantía debe proteger; en otras palabras, un derecho existe por el hecho de que está previsto en un texto normativo, con independencia de que existan los mecanismos que garanticen su preservación en caso de que sea violado.

Un criterio diferente ha sido sostenido, entre otros por Riccardo Guastini.¹⁵⁵ Para Guastini son “verdaderos derechos” aquellos que responden conjuntamente a tres condiciones: *a)* son susceptibles de tutela jurisdiccional; *b)* pue-

¹⁵² Vega, Pedro de, “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 687 y 688.

¹⁵³ El estudio más completo sobre los procesos a través de los cuales se articula la defensa constitucional (incluyendo, como es obvio, la de los derechos fundamentales) que se ha publicado en México es el de Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, 4 ts.

¹⁵⁴ “Garantías”, *cit.*, p. 40.

¹⁵⁵ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, *cit.*, pp. 213 y ss.

den ser ejercidos o reivindicados frente a un sujeto determinado, y *c*) su contenido está constituido por una obligación de conducta no menos determinada que el sujeto en cuestión.¹⁵⁶ Son derechos “sobre el papel” o “derechos ficción” todos aquellos que no responden al menos a una de estas condiciones. Guastini pone como ejemplo de “derechos ficticios” a los derechos sociales; tales derechos, de acuerdo con nuestro autor, no son justiciables y, “en realidad no confieren ningún ‘verdadero’ derecho”, ya que no se puede ubicar con precisión a ninguna contraparte a la que poder exigírselos.

Guastini acierta plenamente al señalar el carácter ambiguo de los derechos sociales y la necesidad de intervención legislativa para hacerlos aplicables y, bajo determinadas circunstancias, justiciables.¹⁵⁷ Pero creo que al hacer depender el carácter de “verdaderos derechos” de la existencia de una contraparte precisa o de la posibilidad de acudir ante un juez para hacerlos valer está rebajando la normatividad de la Constitución y viendo solamente una parte del problema.

Frente a la visión de Guastini, Ferrajoli afirma la ya mencionada independencia conceptual entre la existencia de un derecho y la existencia de sus correspondientes garantías.¹⁵⁸ Para Ferrajoli

es claro que si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes.¹⁵⁹

De acuerdo con Ferrajoli, ante la falta de una norma que señale a un sujeto concretamente obligado a satisfacer un derecho, o frente a la falta de un medio de acción que permita exigir el incumplimiento de esa obligación, en realidad no nos encontraríamos frente a un “no-derecho” (o “derecho ficticio”), sino

¹⁵⁶ *Estudios de teoría constitucional, cit.*, p. 221.

¹⁵⁷ Sobre estos problemas se abundará en el capítulo cinco de este libro.

¹⁵⁸ Dicha independencia había sido advertida, desde hace años aunque sin extraer todas las consecuencias que explicita Ferrajoli, por Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, Madrid, núm. 4, 1987, pp. 23-46.

¹⁵⁹ “Derechos fundamentales”, en su libro *Derechos y garantías. La ley del más débil, cit.*, p. 59. Guastini y Ferrajoli han protagonizado, entre otros teóricos y filósofos del derecho italianos, varias de las discusiones más importantes de los últimos años en torno a la cuestión de los derechos fundamentales; véase por ejemplo el trabajo de Guastini, “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en Ferrajoli, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales, cit.*, pp. 57-62.

frente a dos tipos de lagunas. Frente a *lagunas primarias* en el caso en que una norma no señale a un sujeto como obligado a realizar la conducta tendente a la satisfacción de un derecho; o frente a *lagunas secundarias* en el caso de no existir los mecanismos que invaliden o sancionen la violación de esa obligación.¹⁶⁰

Además de lo anterior, es importante resaltar que las vías de tipo jurisdiccional no son las únicas para defender los derechos fundamentales. En las democracias pluralistas del presente son varios los caminos que recoge el ordenamiento para hacer valer los derechos: unos jurisdiccionales, otros de carácter político-deliberativo y otros, en fin, simplemente sociales en sentido amplio. El propio Guastini reconoce que la garantía jurisdiccional es la típica, pero no la única: operan como garantías de los derechos, afirma, “todas las técnicas de organización constitucional que se pueden reconducir a la separación de poderes y, por eso mismo, a la creación de contrapoderes”.¹⁶¹

Teniendo presente pues la distinción necesaria entre los “derechos” y sus “garantías”, pasamos a exponer algunas cuestiones sumarias sobre la protección que los derechos tienen en México.

A. Las garantías internas

Normalmente la protección de la Constitución se encomienda, sobre todo desde la segunda posguerra mundial, a unos órganos especializados que desempeñan, entre otras funciones, lo que Mauro Cappelletti ha llamado la “jurisdicción constitucional de la libertad”.¹⁶²

En los últimos años, sin embargo, los instrumentos de tutela de los derechos se han ido enriqueciendo a través de la incorporación en los textos constitucionales de nuevos procedimientos y autoridades encargadas de vigilar su observancia.

El esquema de defensa de la Constitución en México, en términos generales, incluye los siguientes mecanismos:¹⁶³

- a) El juicio de amparo (artículos 103 y 107).

¹⁶⁰ “Derechos fundamentales”, *cit.*, pp. 61 y 62.

¹⁶¹ *Estudios de teoría constitucional*, *cit.*, p. 220.

¹⁶² *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1961; *id.*, *Justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, trad. de varios autores, México, UNAM, 1987; *cfr.*, además, Fix-Zamudio, H., “La defensa de la Constitución”, en la obra colectiva del mismo nombre, México, UNAM, 1984, trabajo también incluido en la recopilación de ensayos del mismo autor *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1993, pp. 253 y ss.

¹⁶³ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, UNAM, 1998, pp. 67 y ss.

- b) La controversia constitucional (artículo 105 fracción I).
- c) La acción de inconstitucionalidad (artículo 105 fracción II).
- d) La facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (artículo 97 párrafos segundo y tercero).
- e) El juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos (artículo 99 fracción V).
- f) El juicio de revisión constitucional electoral (artículo 99 fracción IV).
- g) El juicio político (artículo 110); y
- h) El procedimiento ante los organismos que componen el sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos (artículo 102 apartado B).

De los medios de defensa constitucional que se acaban de mencionar, para el efecto de la exposición de los capítulos siguientes nos interesan fundamentalmente dos: el juicio de amparo y el sistema no jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales. Los demás mecanismos también son muy relevantes para la tutela de los derechos fundamentales, pero son los dos mencionados los que tienen mayor importancia para efectos de permitir una correcta comprensión del sistema de derechos fundamentales en México. Repito que la exposición que sigue no pretende realizar un estudio de detenido de ambos mecanismos, sino simplemente suministrar los datos básicos para que el lector cuente con elementos suficientes para comprender más fácilmente algunas cuestiones que serán abordadas en los capítulos posteriores.

a. El juicio de amparo

De los mecanismos que se acaban de mencionar, vamos a estudiar en este apartado el juicio de amparo. En el siguiente apartado expondremos de forma somera lo relativo al *ombudsman*.

En México, el instrumento protector de los derechos por excelencia ha sido el juicio de amparo, regulado a nivel constitucional por los artículos 103 y 107 de la carta magna. Durante años el amparo fue la única vía para hacer valer los derechos fundamentales, pero conforme ha ido evolucionando la sociedad mexicana y se han hecho presentes nuevas necesidades de protección, poco a poco ha sido percibido como un instrumento claramente insuficiente. Hay dos aspectos concretos que conviene mencionar en este momento para hacer evidentes las limitaciones del amparo en la protección de los derechos, si bien son temas que deberán profundizarse en un texto distinto a este libro, que se dedique en exclusiva al estudio del propio amparo.

Los dos aspectos a los que me refiero son, por un lado, la muy estrecha *receptividad* —si se me permite el término— del amparo con respecto a ciertas

demandas, debido a las barreras que para la legitimación activa se contienen tanto en la Constitución como en la ley de amparo y en la jurisprudencia. Para decirlo en otras palabras, el amparo tiene una puerta muy pequeña de entrada, lo cual hace muy difícil —y en algunos casos imposible— plantear ciertas violaciones de derechos ante la justicia federal mexicana. Así sucede en buena medida por ejemplo con los llamados derechos difusos, con algunos derechos sociales (derecho a la salud, derecho al medio ambiente, derecho a la educación, derecho a la vivienda, entre otros) y con las violaciones de derechos que, siendo tales, no repercuten sobre una o más personas en lo individual, sino que presentan más bien perjuicios colectivos (desarrollo urbano, medio ambiente, políticas públicas, cuestiones de orden presupuestal en relación con el financiamiento de los derechos, recorte de derechos, etcétera). El origen de este problema seguramente se ubica en la fracción I del artículo 107 constitucional cuando señala que “El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada”; esta necesidad de acreditar el agravio para hacer procedente la demanda de amparo y el concepto mismo de “parte” que ha sido interpretado de forma muy restrictiva por la jurisprudencia, constituyen una primera limitación muy seria del juicio de amparo.¹⁶⁴

Por otro lado, el segundo aspecto que limita de forma importante al amparo es la *estrechez* de los efectos de las sentencias dictadas por los órganos de la justicia federal y concretamente la estrechez de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma general y abstracta (ley, tratado, reglamento, acuerdo, circular). Como se sabe, la fracción II del artículo 107 constitucional contiene lo que se denomina, por razones de orden histórico, “fórmula Otero”, que no es otra cosa más que la disposición por medio de la cual los efectos de la sentencia de amparo son relativos y no generales, toda vez que solamente se aplican a las partes que concurrieron al juicio (parte demandante y parte demandada) sin que, por regla general, puedan extenderse a otros supuestos o a otros agraviados que no hayan sido partes. La primera parte del texto de la fracción II del artículo 107, que es la que ahora interesa, dispone lo siguiente: “La sentencia (en el juicio de amparo) será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”.

La eliminación de la “fórmula Otero” ha sido demandada desde hace muchos años y con muy interesantes argumentos por juristas como Héctor Fix-Za-

¹⁶⁴ Sobre el tema, Ferrer MacGregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003.

mudío.¹⁶⁵ Sin embargo, el principio de relatividad también tiene sus defensores, quienes incluso sostienen que es justamente debido a esta fórmula que se ha salvado el juicio de amparo, porque de otro modo el Poder Judicial federal no habría podido resistir las “presiones” de los otros poderes.

Me parece que existen importantes argumentos que justifican, para una mejor protección de los derechos fundamentales en México, que se derogue la “fórmula Otero”. Los principales son los tres siguientes:

a) Al limitarse la eficacia protectora del amparo al sujeto que actuó dentro de un procedimiento se provoca una importante desigualdad ante la ley, pues la norma declarada inconstitucional se sigue aplicando a todos aquellos que no promovieron el juicio de garantías.¹⁶⁶ Esto supone la *consagración jurídica de la desigualdad*, pues desde el propio texto constitucional se impone un tratamiento desigualitario a sujetos que se encuentran en los mismos supuestos normativos.¹⁶⁷ En este sentido, se puede sostener que la “fórmula Otero” choca con uno de los principios más elementales de la democracia: aquel de acuerdo con el cual la ley debe tratar a todos los ciudadanos por igual, evitando situaciones que pueden representar una discriminación *de iure* entre ellos.

Sumado a la discriminación jurídica que generan, los efectos relativos de las sentencias de amparo también producen un estancamiento de los flujos de inversión privada que deberían llegar a diversos sectores de la economía nacional, pues con tales efectos se mantienen varias facultades del gobierno y la burocracia que son inconstitucionales. Su derogación, se dice, “favorecería el Estado de derecho y la credibilidad de la institución judicial”.¹⁶⁸

b) Al no permitirse la declaración general de inconstitucionalidad se va en contra del principio de economía procesal, pues se obliga a los ciudadanos afectados a tener que seguir promoviendo juicios de amparo contra leyes que han sido declaradas inconstitucionales un sinnúmero de veces. Esto supone una carga añadida para el Poder Judicial federal que va en detrimento de una pronta y expedita administración de justicia. De hecho, se ha llegado al absurdo de que para el caso de algunas leyes como en el pasado lo fue la reglamentaria de los artículos 4o. y 5o. constitucionales en materia de profesiones, el juicio de amparo se considere un trámite más (como llenar un formulario, entregar unas fotografías o pagar en el banco los derechos correspondientes)

¹⁶⁵ Ver por ejemplo su trabajo “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, en Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 1999, pp. 183 y ss.

¹⁶⁶ Fix-Zamudio, “La declaración general...”, *cit.*, p. 231.

¹⁶⁷ Sobre el sentido de la igualdad constitucional abundaremos en el capítulo dos *infra*.

¹⁶⁸ Rubio, Luis, “Un marco institucional obsoleto”, *El Mercado de Valores*, México, año LIX, núm. 10/99, Nacional Financiera, octubre de 1999, pp. 47 y 48.

dentro de los que había que cumplir para que a los extranjeros les fuera expedida su cédula profesional.¹⁶⁹

c) Finalmente, un tercer argumento importante es que con la “fórmula Otero” se burla de forma ostensible el principio de supremacía constitucional, pues se condiciona la superioridad de la carta magna al hecho de promover y ganar un amparo; es decir, para todos aquellos que por ignorancia, por falta de recursos o por no haber podido superar los innumerables tecnicismos consagrados en la Ley de Amparo no han podido obtener una sentencia favorable de los jueces federales, la supremacía constitucional es puro papel mojado, pues se les siguen aplicando las leyes, reglamentos o tratados que ya han sido considerados inconstitucionales.

La supremacía constitucional no puede limitarse a las partes que participaron en un juicio, sino que debe ser concebida como una fuerza irresistible que arrastra a las normas inconstitucionales fuera del ordenamiento jurídico; de otra manera la Constitución no sería en realidad una norma suprema, sino una norma cuya superioridad estaría sujeta a que se realizaran una serie de variables en ausencia de las cuales valdrían más las otras normas (que se supone están por debajo de ella dentro de la construcción jerárquica del ordenamiento). Hans Kelsen, al construir su magnífica teoría del control de constitucionalidad (mismo que, en su visión, debía de llevar a cabo un tribunal constitucional separado del Poder Judicial ordinario), justificaba la necesidad de dicho control con las siguientes palabras: “Una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos —sin poder anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria”.¹⁷⁰ Lo mismo viene a decir, años después y con otras palabras, Luigi Ferrajoli cuando afirma que “una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas —es decir, de *garantías*— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”.¹⁷¹

Me he querido detener en el tema de la “fórmula Otero” y en el debate que se ha suscitado alrededor de su posible desaparición porque es un asunto que refleja como ningún otro las limitaciones que existen en México en materia de protección de derechos fundamentales; es decir, si no somos capaces ni siquie-

¹⁶⁹ El ejemplo, en verdad esperpéntico, es narrado por Fix-Zamudio, “La declaración general...”, *cit.*, pp. 231 y 232.

¹⁷⁰ *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo, México, IJ-UNAM, 2001, p. 95.

¹⁷¹ *Derecho y razón*, trad. de Perfecto Andrés y otros, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 852.

ra de prever mecanismos de tutela de los derechos que respeten el principio de supremacía constitucional y resguarden la igualdad ante la ley de todas las personas que se encuentren en el territorio nacional —que son condiciones mínimas para que cualquier Estado moderno pueda considerarse democrático—, es obvio que todo lo que se diga sobre los derechos va a tener una escasa repercusión al momento en que deban ser protegidos. Ya se ha señalado que es importante distinguir entre los derechos y sus mecanismos de garantía, de forma que la falta de tutela jurisdiccional de un derecho no signifique por sí sola la negación de la existencia del derecho mismo. Pero a ese entendimiento sigue, como lo ha explicado Ferrajoli, la responsabilidad de la teoría jurídica para llamar la atención sobre la falta de garantías para ciertos derechos, a fin de que esa laguna sea correctamente llenada; con ese objetivo se ha expuesto la problemática de la “fórmula Otero”.

El juicio de amparo ha permitido la tutela de los derechos fundamentales (no de todos, según lo que ya vimos) debido a que agrupa bajo un solo instrumento una serie de procedimientos que en otros países están regulados de forma separada. Por ejemplo, bajo el procedimiento de amparo se puede plantear en México la inconstitucionalidad de una ley, se puede preservar la libertad personal a través del llamado “amparo *habeas corpus*”, se pueden combatir actos jurídicos de la administración pública, se puede proteger la propiedad comunal de la tierra y se pueden combatir las sentencias judiciales.¹⁷² Es decir, el amparo mexicano es un instrumento de carácter complejo bajo cuyo rubro genérico en realidad se esconden procedimientos de signo muy diverso que quizá en el futuro sea aconsejable separar a fin de obtener mayores rendimientos prácticos gracias a una regulación sectorial de los mismos, que asigne a cada uno de ellos las peculiaridades necesarias para contar con una mejor protección de los derechos fundamentales.

b. El ombudsman

Aparte del juicio de amparo, el mecanismo interno de defensa de la Constitución que interesa más para la temática de este libro es el del sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos, instrumentado a través de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de las comisiones estatales de derechos humanos.

¹⁷² Sobre los “sectores” del amparo mexicano, Fix-Zamudio, *Ensayos sobre el juicio de amparo*, *cit.*, pp. 18 y ss.

La regulación constitucional del *ombudsman* en México se encuentran en el apartado B del artículo 102 de la carta magna.¹⁷³ El texto de ese apartado es el siguiente:

El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por diez consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán sustituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo periodo.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del Consejo Consultivo, será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco años, podrá ser reelecto por una sola vez y sólo podrá ser removido de sus funciones en los términos del título cuarto de esta Constitución.

El presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentará anualmente a los poderes de la Unión un informe de actividades. Al efecto comparecerá ante las Cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley.

¹⁷³ Sobre la regulación constitucional del *ombudsman*, *cfr.* Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 1998. Para la ubicación del sistema mexicano de protección no jurisdiccional de derechos humanos en el amplio movimiento mundial para la adopción de la figura del *ombudsman*, Fix-Zamudio, Héctor, "Reflexiones comparativas sobre el *ombudsman*", en su libro *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999, pp. 347 y ss.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.

Lo que más nos interesa de ese precepto son tanto la naturaleza de los órganos que crea, determinada fundamentalmente por su ubicación orgánica respecto al resto de poderes del Estado y por el tipo de resoluciones que pueden dictar, así como la competencia principal que les asigna la Constitución.

Por lo que hace a su ubicación orgánica, la CNDH es, de acuerdo con el texto del artículo 102, un órgano constitucional autónomo, como lo son también, en nuestro ordenamiento, los tribunales agrarios, el Banco de México y el Instituto Federal Electoral.¹⁷⁴

Como se sabe, los órganos constitucionales autónomos tienen las siguientes características:

a) Configuración inmediata por la Constitución; esto significa que es el propio texto constitucional el que prevé su existencia, pero sin limitarse simplemente a mencionarlos, sino determinando su composición, los métodos de designación de sus integrantes, su estatus institucional y sus competencias principales.

b) Una segunda característica de estos órganos es que resultan centrales para la configuración del modelo de Estado y, en este sentido, se vuelven necesarios e indefectibles en la medida en que si desaparecieran se vería afectada la globalidad del sistema constitucional o el buen funcionamiento del modelo de “Estado de derecho”.

c) Una tercera característica es que estos órganos participan en la dirección política del Estado, esto es, inciden en la formación de la voluntad estatal, ya sea en los procesos de toma de decisiones o en la solución de conflictos al interior del Estado de que se trate.

d) Los órganos constitucionales autónomos se ubican fuera de la estructura orgánica de los poderes tradicionales. Esto significa que no se pueden adscribir orgánicamente a ninguno de esos poderes: no forman parte de la administración pública (en ninguna de sus variables), ni del Poder Legislativo, ni tampoco del judicial.¹⁷⁵ Esta independencia orgánica se manifiesta no solamente a través de la ausencia de controles burocráticos, sino también con la existencia

¹⁷⁴ Al respecto, Carbonell, Miguel, *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2004, pp. 103 y ss.

¹⁷⁵ Sobre el sentido y los alcances de la “no pertenencia” de estos órganos a los poderes tradicionales, ver Salvador Martínez, María, *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ariel, 2002.

de una cierta autonomía financiera o garantía económica a favor del órgano constitucional; de otra forma, la independencia orgánica podría verse fácilmente vulnerada a través de la asfixia en el suministro de los recursos económicos. La obligación para el legislador de otorgar los fondos necesarios para el desempeño de las funciones de los órganos constitucionales autónomos formaría parte de la “garantía institucional” que se menciona párrafos adelante y que la Constitución les asegura, pues no se trata nada más de tener un ámbito de competencias constitucionalmente determinado, sino también de que ese ámbito cuente con los medios suficientes para poder ser actuado y actuable en la realidad cotidiana del Estado.

E) Otra característica de estos órganos, derivada justamente de su no incorporación orgánica dentro de ninguno de los tres poderes tradicionales que se acaban de señalar en el punto anterior, es que tienen una “paridad de rango” con los demás órganos y poderes, de tal forma que no se encuentran subordinados a ellos. Esto no significa, sin embargo, que las decisiones de los órganos constitucionales autónomos no sean controlables o revisables, por ejemplo, por el Poder Judicial.

Para sintetizar lo anterior, se puede afirmar que los órganos constitucionales autónomos: *a)* son creados de forma directa por el texto constitucional; *b)* cuentan con una esfera de atribuciones constitucionalmente determinada, lo cual constituye una “garantía institucional” que hace que tal esfera no esté disponible para el legislador ordinario (esto significa que la ley no podrá afectar ese ámbito competencial garantizado por la Constitución e, incluso, no solamente no lo podrá afectar sino que tendrá que asegurarlo y dotarlo de efectividad a través de la regulación concreta que por vía legislativa se haga de los mandatos constitucionales); *c)* llevan a cabo funciones esenciales dentro de los Estados modernos, y *d)* si bien no se encuentran orgánicamente adscritos o jerárquicamente subordinados a ningún otro órgano o poder, sus resoluciones —a menos que se trate de órganos límite, como lo puede ser un tribunal constitucional— son revisables según lo que establezca la Constitución de cada país.

Los órganos constitucionales autónomos deben ser distinguidos de los llamados “órganos auxiliares” u “órganos de relevancia constitucional”. Estos últimos compartirían algunas, pero no todas, de las características que definen a los órganos constitucionales autónomos. Normalmente, la característica que les falta es la que tiene que ver con la no inclusión en la estructura orgánica de alguno de los poderes tradicionales. En este sentido, serían órganos auxiliares o de relevancia constitucional, por mencionar ejemplos que existen en el ordenamiento jurídico mexicano, la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación, dependiente de la Cámara de Diputados (artículo 79 de la Constitu-

ción); el Consejo de la Judicatura Federal (artículo 100 constitucional) y el Tribunal Electoral (artículo 99 de la Constitución), ambos integrados dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial de la Federación. En estos tres casos es la propia Constitución la que los crea y les asegura un ámbito competencial propio y definido, concediéndoles en algunos supuestos incluso facultades de órganos límite, es decir, de órganos que toman decisiones no revisables por ninguna otra instancia, pero manteniéndolos orgánicamente ubicados dentro de uno de los poderes tradicionales. En el derecho constitucional comparado existen muchas variedades de órganos auxiliares o de relevancia constitucional, como los tribunales de cuentas o los consejos económicos y sociales.

De acuerdo con el párrafo cuarto del apartado B del artículo 102 constitucional, la CNDH tiene autonomía de gestión y presupuestaria, así como personalidad jurídica y patrimonio propios. Por el mecanismo de nombramiento y remoción de sus principales órganos (la Presidencia y el Consejo Consultivo), así como por su ubicación fuera de los tres poderes tradicionales podemos sostener, como ya se ha dicho, que se trata de un órgano constitucional autónomo. En términos del mismo apartado B del artículo 102, los miembros del Consejo Consultivo son nombrados por mayoría calificada (dos terceras partes de los miembros presentes) del Senado de la República o, en sus recesos, por la Comisión Permanente por medio de la misma votación calificada. De la misma manera es elegido el presidente de la Comisión, quien dura en su encargo cinco años, pudiendo ser reelecto para un periodo adicional con la misma duración. El presidente de la Comisión debe rendir anualmente un informe de sus actividades ante los poderes de la Unión.

Sobre la competencia de la Comisión, el artículo 102 apartado B realiza cuatro precisiones, dos en sentido positivo y dos en sentido negativo. Las dos primeras, en sentido positivo, señalan la competencia de la CNDH para conocer de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público que violen los derechos humanos y para conocer de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas. Las dos precisiones competenciales en sentido negativo son las que señalan que la CNDH no podrá conocer de quejas contra el Poder Judicial de la Federación y que tampoco tendrá competencia en asuntos electorales, laborales o jurisdiccionales. La primera de esas limitaciones ha ge-

nerado bastantes discusiones y es probable que, en el futuro, pudiera ser removida del texto constitucional.¹⁷⁶

Aparte de la competencia, una de las cuestiones que más ha llamado la atención de los juristas mexicanos desde la creación de la CNDH es la que se refiere al tipo de resoluciones que puede dictar. Recordemos que el párrafo segundo del apartado B del artículo 102 constitucional dispone que la Comisión podrá formular recomendaciones públicas, no vinculatorias, así como denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Respecto de las denuncias y quejas no parece haber mucho que discutir: en efecto, toda autoridad pública que tenga conocimiento de un hecho que pueda ser sujeto de responsabilidad de cualquier tipo está obligada a interponer una queja o una denuncia ante la autoridad competente para el efecto de que esa responsabilidad puede ser correctamente deslindada. Las dudas han surgido más bien por lo que hace al carácter de las recomendaciones. A muchos abogados tradicionales no les ha gustado que una autoridad pública emita “simples recomendaciones”, que según ellos serían como llamadas a misa si no van acompañadas del signo más característico de los actos de autoridad: la coerción, es decir, la amenaza de aplicar la fuerza en caso de que no se observe lo que ordena el acto de autoridad en cuestión. Es por eso que con frecuencia se oyen opiniones que claman por que las recomendaciones de la Comisión sean obligatorias, desconociendo de ese modo los orígenes de la institución y el papel que está llamada a desempeñar en el sistema constitucional mexicano.

Las recomendaciones de la Comisión no son obligatorias ni lo podrían ser porque la lógica que rige el funcionamiento de los *ombudsman* no se basa en el respaldo de la fuerza, sino en el respaldo que, en los Estados democráticos, da la autoridad moral de quien emite una recomendación. Para decirlo en otras palabras, la fuerza de la Comisión no descansa en el hecho de que sus recomendaciones puedan ser obligatorias, sino en el hecho de que sea una institución que genere confianza popular y cuyas resoluciones estén apoyadas solamente en hechos irrefutables, de forma que las autoridades que no estén dispuestas a observar su contenido se hagan merecedoras de un profundo descrédito en la opinión pública. Ese descrédito les puede parecer poco a los juristas tradicionales, pero en un Estado democrático es muy importante, puesto que una reprobación de la opinión pública puede tener efectos mayores incluso a los que tendría el imponer una sanción contra un determinado funcionario.

¹⁷⁶ Un buen panorama de las posibilidades que los *ombudsmen* tienen en relación con el poder judicial puede verse en el libro colectivo, *El ombudsman judicial*, México, CNDH, 1993.

Es algo que no resulta fácil de entender para quienes han oído desde los primeros cursos de la carrera que la característica esencial del derecho es el uso de la fuerza para hacer cumplir lo que establecen las normas jurídicas; quizá fuera así para una visión exclusivamente positivista del ordenamiento jurídico, cuyo análisis se desarrollaba en el plano de la más estricta legalidad; hoy en día, sin embargo, los análisis jurídicos deben tomar en cuenta otra noción igualmente importante: la de legitimidad. Ese es el objetivo de las recomendaciones de la Comisión: si un funcionario público no las cumple verá minada su legitimidad para permanecer en el puesto, aunque nada en su desempeño pueda ponerse en duda desde la óptica de la legalidad (por lo que hace al cumplimiento de la recomendación, no por lo que respecta al acto que da lugar a la misma, que evidentemente sí que debe haber supuesto una violación de la legalidad).

Como quiera que sea y dejando de lado las dudas que pueda suscitar su funcionamiento o el alcance de las recomendaciones, lo cierto es que la creación de la CNDH es uno de los mayores aciertos del poder reformador de la Constitución en los últimos años. La mejor prueba de ello es que la Comisión aparece, encuesta tras encuesta, como la institución pública nacional que, junto con el Instituto Federal Electoral, suscita los mayores índices de confianza ciudadana, lo cual es un logro que hay que valorar muy positivamente.¹⁷⁷ Desde que existe la Comisión los derechos fundamentales están mejor protegidos en México, lo que no significa, desde luego, que hayan desaparecido las violaciones a los mismos, sino simplemente que contamos con un instrumento más de protección que, en términos generales, ha demostrado con creces su utilidad y buen funcionamiento.

B. *Las garantías internacionales*

En el anterior apartado nos hemos referido a algunos instrumentos internos de protección de los derechos fundamentales (juicio de amparo y *ombudsman*); en éste analizaremos los medios de protección “externos”, es decir, los que están previstos por el sistema jurídico internacional. Particularmente, es importante hacer una breve referencia a dos de ellos: a) el sistema interamericano de protección de los derechos (que tiene como instituciones protagonistas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington, y a la

¹⁷⁷ Los datos concretos sobre la credibilidad y confianza de la ciudadanía en la CNDH pueden verse por ejemplo en Luján Ponce, Nohemí, “Credibilidad y confianza políticas: elementos para un diagnóstico de la cultura política en México”, en VV. AA., *Deconstruyendo la ciudadanía. Avances y retos en el desarrollo de la cultura democrática en México*, México, Segob, Miguel A. Porrúa, 2002, pp. 391-394.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica), y *b*) el Tribunal Penal Internacional.

Insisto en que las referencias a ambos instrumentos de tutela serán muy breves y superficiales debido a que su estudio detenido debe hacerse en los textos especializados en el tema del “derecho procesal constitucional” o de la “defensa de la Constitución”; el análisis de los siguientes párrafos tiene por único objetivo suministrar el conocimiento mínimo indispensable para entender el desarrollo temático de los siguientes capítulos, en los que será frecuente hacer referencia a decisiones y criterios tomados por algunos de los órganos que integran esos dos mecanismos (sobre todo de los órganos que integran el sistema interamericano ya que, como se sabe, el Tribunal Penal Internacional apenas está dando sus primeros pasos).

a. El sistema interamericano de derechos humanos

La regulación básica del sistema interamericano de protección de los derechos humanos se encuentra en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) y como ya se ha mencionado se articula a través de dos instituciones: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión, en lo sucesivo) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte, en lo sucesivo). Ambas instituciones están llamadas a tener una gran importancia para el sistema mexicano de derechos fundamentales en la medida en que el Estado mexicano les ha reconocido la competencia para que puedan conocer de actos presuntamente violatorios de esos derechos cometidos dentro de territorio nacional.¹⁷⁸

La Comisión se compone de siete miembros, elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) de una lista de candidatos propuestos por los países miembros; deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocido conocimiento en materia de derechos humanos (artículo 34 y 36 del Pacto de San José). Durarán en su encargo cuatro años y podrán ser reelectos una vez; no podrán formar parte de la Comisión más de un nacional de cada país (artículo 37).

La competencia de la Comisión está recogida en el artículo 41 del Pacto, en el que se establece, entre otras cuestiones, la posibilidad de la Comisión para formular recomendaciones a los gobiernos, preparar estudios o informes y solicitar a los gobiernos informes sobre medidas que se hayan adoptado en mate-

¹⁷⁸ Sobre el tema, Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 9, julio-diciembre de 2003, pp. 3-54.

ria de derechos humanos; también puede atender consultas formuladas por los Estados a través de la Secretaría General de la OEA.

Su competencia quizá más relevante sea la de recibir denuncias o quejas a causa de violaciones al Pacto, por parte de cualquier persona, de grupos de personas o de entidades no gubernamentales (artículo 44).¹⁷⁹ El artículo 47 del Pacto señala los requisitos que deben reunir las quejas o denuncias; se trata de un precepto muy importante porque también condiciona la competencia de la Corte. De acuerdo con ese artículo, para que las quejas o denuncias sean admitidas: *a)* es necesario que se hayan agotado todos los recursos internos, es decir, que se hayan utilizado todos los medios posibles que ofrece el derecho nacional del país de que se trate (esta es una regla típica de todos los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, que siempre se presentan como mecanismos subsidiarios que entran en funcionamiento únicamente cuando no se puede obtener una adecuada reparación en el derecho interno); *b)* es necesario que se presenten dentro del plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que el interesado haya sido notificado de la decisión definitiva; *c)* que el asunto no esté pendiente de resolución en otro procedimiento internacional, y *d)* que se cumpla con algunas formalidades en la petición, como la indicación del nombre, domicilio y firma de quien la presenta.

Los requisitos del agotamiento de los recursos internos y del plazo de seis meses no serán aplicables cuando: *a)* no exista en la legislación interna el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; *b)* no se haya permitido al presunto afectado el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o se le haya impedido agotarlos, y *c)* haya retardo injustificado en la resolución de los recursos internos.

Carmona Tinoco sostiene que la labor de la Comisión,

desde su creación hasta la fecha ha sido incansable y puede calificarse de titánica, especialmente si se toma en cuenta la naturaleza y el alto número de peticiones por violaciones a los derechos humanos que ha debido atender, la cooperación a veces renuente y en algunas ocasiones casi nula por parte de los Estados, y las condiciones financieras en que ha tenido que trabajar debido a los recursos económicos siempre insuficientes comparados con el tamaño de su labor.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Hay otras normas jurídicas internacionales que también le dan competencia a la Comisión para conocer de quejas; sobre este punto, Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", *cit.*, p. 15.

¹⁸⁰ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", *cit.*, p. 12.

Por su parte, la Corte se compone de siete jueces, los cuales serán electos en votación secreta y por mayoría de votos por la Asamblea General de la OEA, de entre una lista de candidatos propuestos por los Estados partes en el Pacto de San José (artículos 52 y 53). Los jueces duran en el cargo seis años y pueden ser reelegidos una vez (artículo 54).¹⁸¹

Solamente los Estados partes y la Comisión pueden someter un caso ante la Corte, siempre que se haya agotado el procedimiento que el Pacto establece ante la propia Comisión (artículo 61); es decir, el funcionamiento de la Corte es doblemente subsidiario: lo es respecto a la jurisdicción interna y lo es respecto a los trabajos de la Comisión, que actúa como una especie de filtro previo sobre los asuntos que pueden ser llevados ante la Corte.

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto, siempre que los Estados involucrados hayan reconocido su competencia (artículo 62).

El artículo 63 del Pacto señala los efectos que podrá tener una sentencia de la Corte que reconozca la violación del propio Pacto y la posibilidad de que se dicten medidas precautorias en ciertos casos;¹⁸² su texto es el siguiente:

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En caso de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

La Corte posee competencia contenciosa, en los términos de lo que se acaba de decir, y una competencia consultiva, que se ha revelado como un instrumento de gran importancia para difundir el sistema interamericano de derechos humanos y para precisar los contenidos sustantivos del Pacto. La competencia consultiva está prevista en el artículo 64 del Pacto en los siguientes términos:

¹⁸¹ Sobre el tema de la Corte Interamericana, Fix-Zamudio, Héctor, “El sistema americano de protección de los derechos humanos” y “Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos”, ambos en su libro *Protección jurídica de los derechos humanos, cit.*, pp. 271 y ss. y 455 y ss., así como García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, IJ-UNAM, 2002.

¹⁸² También la Comisión Interamericana puede dictar medidas urgentes de protección de acuerdo con los artículos 25 y 29 de su Reglamento Interior.

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos...

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Los alcances la función consultiva de la Corte han sido precisados, justamente en la primera de la opiniones consultivas emitidas por ese órgano (la OC 1/82).¹⁸³

Los fallos de la Corte deberán estar motivados y serán definitivos e inapelables (artículos 66 y 67).

Tanto los miembros de la Comisión como los jueces de la Corte gozan, durante su mandato, de inmunidad diplomática y no pueden ser sujetos de responsabilidad por los votos y opiniones que emitan durante el ejercicio de sus funciones (artículo 70).

En los hechos, el gobierno mexicano ya está siendo un usuario muy activo del sistema interamericano de derechos humanos; de acuerdo con el Informe Anual del año 2002 de la Comisión Interamericana, México ocupa el segundo lugar de entre los 35 países del continente americano que mayor número de casos y peticiones de trámite tiene ante esa instancia.¹⁸⁴

b. La Corte Penal Internacional

Uno de los objetivos más antiguos y anhelados de la comunidad internacional, luego de haber vivido los sucesos trágicos de las dos guerras mundiales sucedidas en el siglo XX, ha sido la construcción de una jurisdicción internacional que tuviera la competencia de juzgar las peores violaciones de derechos humanos. La idea se comenzó a barajar desde los años cincuenta cuando todavía estaba muy viva la imagen de los juicios de Nuremberg, contra los criminales de guerra nazis.

No fue sino hasta 1998 cuando en una reunión de plenipotenciarios realizada en Roma finalmente se hizo realidad la idea de la Corte Penal Internacional, en buena medida gracias al impulso de cientos de organizaciones no gubernamentales.

¹⁸³ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, pp. 705 y ss.

¹⁸⁴ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", cit., p. 25; en este trabajo puede encontrarse una muy interesante síntesis de los casos que la Comisión ha resuelto sobre México (pp. 26 y ss.).

mentales que ejercieron eficaces presiones sobre los gobiernos tanto antes como durante la reunión de Roma.

El resultado de esa reunión fue el Estatuto de la Corte,¹⁸⁵ un instrumento largo y complejo, cuya aplicación no será fácil.¹⁸⁶ En el Estatuto se perfila una Corte de perfil más bien bajo, limitada en su competencia y con un procedimiento planteado farragosamente en el texto. La oposición declarada de Estados Unidos y de varios de sus países aliados puede, en el futuro, suponer un lastre importante para los trabajos de la Corte, aunque el solo hecho de que exista ya es un avance.

De acuerdo con el artículo 1o. del Estatuto, la Corte Penal Internacional (CPI, en lo sucesivo), “será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional... y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”.

La competencia de la CPI se limita a delitos muy graves, que atentan brutalmente contra los derechos fundamentales: crimen de genocidio, crimen de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión (artículo 5o. del Estatuto).¹⁸⁷ Cada uno de estos delitos está descrito por los artículos 6o. (genocidio), 7o. (crímenes de lesa humanidad) y 8o. (crímenes de guerra); el crimen de agresión tendrá que ser definido en una futura reforma del Estatuto, de conformidad con sus artículos 121 y 123, según lo establece el artículo 1.2 del propio Estatuto.

La competencia de la CPI no se extiende hacia el pasado, sino que se surte solamente por hechos sucedidos luego de la entrada en vigor del Estatuto (artículo 11.1). Para que la CPI ejerza su competencia es necesario que sea instada para ello a través del Fiscal de la propia Corte; el Fiscal puede ser instado a promover una acción ante la Corte por un Estado parte o por el Consejo de Seguridad de la ONU; el fiscal también puede actuar de oficio en la investigación de hechos que, presuntamente, puedan ser de competencia de la CPI (artículos 13, 14 y 15).

La responsabilidad que puede determinar la CPI es individual, es decir, la Corte se encarga de juzgar individuos y no a Estados. Los individuos tendrán responsabilidad, según el artículo 25.3 cuando:

¹⁸⁵ Su texto puede consultarse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, pp. 1431 y ss.

¹⁸⁶ El significado político y jurídico de la Corte, así como las consecuencias que de su Estatuto derivan para México han sido analizados con profundidad en García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, México, INACIPE, 2002.

¹⁸⁷ Sobre este punto, García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, cit., pp. 65 y ss.

a) cometan por sí solos, con otro o por conducto de otro, un crimen competencia de la CPI;

b) ordenen, propongan o induzcan la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) cuando con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sean cómplices, encubridores o colaboren de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) contribuyan de algún modo en la comisión o en la tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común, siempre que la contribución sea intencional;

e) en el caso del crimen de genocidio, cuando se haga una instigación directa y pública para que se cometa;

f) cuando intenten cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad; podrá quedar libre de responsabilidad un sujeto que desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume, si dicha renuncia al propósito delictivo es realizada de forma íntegra y voluntariamente.

El Estatuto de la CPI será aplicable a todas las personas, con independencia del cargo oficial que tengan, incluso si se trata de jefes de Estado o de gobierno, miembros de un Parlamento, representantes elegidos, etcétera. Ningún tipo de inmunidad o procedimiento especial será un obstáculo para que la Corte ejerza su competencia sobre determinada persona (artículo 27).

En virtud del tipo de delitos que sanciona el Estatuto, teniendo en cuenta su gravedad y su potencial de destrucción de los derechos humanos, se establece por el propio Estatuto un sistema especial de responsabilidad para los jefes y superiores de las fuerzas armadas de un país (artículo 28). Esto es especialmente importante y, según creo, positivo, ya que no es infrecuente que cuando se pretenden fincar responsabilidades por el funcionamiento de órganos integrados por muchas personas (como puede ser un ejército), los que acaban siendo responsables sean los oficiales de inferior grado, sin que se pueda sancionar a los jefes. Teniendo en cuenta lo anterior es que el artículo 28 del Estatuto parece una disposición muy realista. También en virtud del tipo de actos de que se trata, el Estatuto dispone que no existirá la prescripción (artículo 29).

Por lo que hace a la composición y organización de la CPI, el Estatuto nos indica que formarán parte de ella 18 magistrados (artículo 36.1), que serán electos por votación secreta por una asamblea de los Estados parte convocada para ese fin (artículo 36.6 inciso A) y que durarán en su cargo nueve años, no pudiendo ser reelegidos (artículo 36.9 inciso A). De entre los magistrados se

eligen el presidente de la Corte y los dos vicepresidentes, los cuales durarán en el cargo tres años o hasta el término de su mandato como magistrado, si éste se produjere antes; podrán ser reelectos una vez (artículo 38.1).

Junto a los magistrados, la otra pieza central del organigrama de la CPI es el fiscal; según el artículo 42.1 del Estatuto señala que

La Fiscalía actuará en forma independiente como órgano separado de la Corte. Estará encargada de recibir remisiones e información corroborada sobre crímenes de la competencia de la Corte para examinarlas y realizar investigaciones o ejercitar la acción penal ante la Corte. Los miembros de la Fiscalía no solicitarán ni cumplirán instrucciones de fuentes ajenas a la Corte.

La elección del Fiscal se realiza por voto secreto y por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea de los Estados partes. Tanto el fiscal como los fiscales adjuntos durarán en su cargo nueve años y no podrán ser reelegidos (artículo 42.4.).

En el ámbito internacional la CPI puede suponer en el futuro próximo un importante mecanismo de control sobre las peores formas de violación de los derechos. La existencia de la Corte viene a poner un poco de orden en una esfera internacional que, en muy buena medida, todavía hoy se rige por la ley del más fuerte. Sin embargo, con la CPI sucede como con el resto de mecanismos internacionales de control: los países que más lo necesitan son los que menos cooperan en su funcionamiento; es decir, los Estados que menos problemas tienen de violación de derechos humanos han sido los primeros en suscribir el Estatuto de la Corte, mientras que los que ostentan las peores marcas de violaciones no solamente no lo han suscrito, sino que han intentado boicotear su funcionamiento por todos los medios. Es una paradoja de la que el derecho internacional no se podrá librar en el corto plazo, al menos mientras siga estando construido sobre la base de la voluntad de los Estados (construcción de tipo contractualista) y no se pueda imponer en contra de quienes no quieran participar voluntariamente.

Pese a lo anterior, es obvio que la causa de los derechos humanos está mejor servida contando con una CPI, cualquiera que sean sus alcances reales, que sin ella. Su mera existencia debe juzgarse como un avance de importantes dimensiones. Por esa razón debemos apoyar la integración completa de México en esta nueva corriente del derecho penal internacional y remover todas las (viejas) suspicacias que pudieran existir en torno a los tribunales internaciona-

les.¹⁸⁸ Lo mejor que puede hacer el Estado mexicano es demostrar que no tiene ningún esqueleto en el armario y que incluso si se descubriera alguno se tendría la capacidad suficiente para aplicar los mecanismos de exigencia de responsabilidad que están previstos tanto a nivel interno como a nivel internacional. La aceptación de la competencia de la CPI (y más en general de la lógica de todas las cortes y tribunales internacionales) es una buena prueba de madurez democrática.

III. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS

Siguiendo con el estudio de las características generales del régimen constitucional de los derechos en la Constitución mexicana, toca ahora revisar un tema clásico dentro de la teoría de los derechos: el de su titularidad. Desde luego, se trata de un tema central y que recorre por completo a la teoría de los derechos, teniendo además un impacto significativo sobre su aplicación práctica.

Dejando por ahora de lado las cuestiones que podrían suscitarse a partir de una teoría general de los derechos fundamentales, conviene concentrarnos simplemente en lo que sobre el tema dispone la Constitución de 1917.¹⁸⁹

A la luz de nuestro texto constitucional y siguiendo en parte el concepto de derechos fundamentales defendido por Luigi Ferrajoli, habría dos grandes esferas diferenciadas en la titularidad de los derechos: en la primera de ellas (la más amplia) se encontrarían los derechos que el texto constitucional asigna a todas las personas; en la segunda esfera estarían aquellos derechos que están limitados por razón de la ciudadanía, es decir, aquellos que la Constitución asigna solamente a los ciudadanos. Veamos con algún detalle la integración de cada una de estas esferas.

1. *Derechos asignados a todas las personas*

La mayoría de los artículos constitucionales que establecen derechos fundamentales los asignan claramente a todas las personas. De hecho, el primer párrafo del artículo 1o. señala como regla general que “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitu-

¹⁸⁸ En torno a la postura de México sobre la CPI, ver el cap. III (“México ante el Estatuto de Roma”) del libro de García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, cit., pp. 107 y ss.

¹⁸⁹ De hecho, en materia de titularidad de los derechos, lo mejor es atender a los términos en que cada ordenamiento constitucional regula el problema, ya que son difíciles las soluciones generales; al respecto, Gómez Montoro, Ángel J., “Titularidad de los derechos fundamentales”, en Aragón, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III, pp. 116 y ss.

ción...”. A partir de esta disposición podemos sostener que la regla general es que la titularidad de los derechos constitucionalmente establecidos corresponde a “todo individuo”, con independencia de sus características de edad, nacionalidad, estado civil, lugar del territorio en donde viva, etcétera.

Siguiendo la misma línea, se puede citar por ejemplo el artículo 3o. constitucional, que comienza señalando que “Todo individuo tiene derecho a recibir educación”. A veces la atribución universal de un derecho se hace de forma negativa, como se puede apreciar en la primera parte del artículo 5o. constitucional cuando señala que “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode...”. Mediante una interpretación *a contrario sensu* debemos entender que el artículo 5o. establece que *toda* persona tiene derecho a ejercer la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode.

En otros preceptos el texto constitucional no hace referencia al sujeto titular, por lo que debemos aplicar la regla general derivada del primer párrafo del artículo 1o. Es lo que sucede en el artículo 6o. constitucional cuando establece que “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa...”, o en el artículo 7o. cuando señala que “Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos en cualquier materia”. En esos casos, a falta de determinación directa del sujeto titular, se debe entender que lo son todas las personas que estén en territorio nacional o bajo jurisdicción del Estado mexicano (por ejemplo en las embajadas, consulados, buques con bandera mexicana, aviones, etcétera).

2. *Derechos asignados a los ciudadanos mexicanos*

Hay algunos derechos que el texto constitucional reserva solamente a los ciudadanos mexicanos. En este caso se pueden diferenciar dos supuestos. En el primero, la Constitución reserva el conjunto de un derecho a los ciudadanos; en el segundo, la Constitución asigna a todas las personas un derecho, pero ciertos aspectos de ese derecho los reserva solamente a los ciudadanos mexicanos. Como ejemplo de los primeros tenemos los derechos de sufragio activo y pasivo, es decir, el derecho de votar y ser votados para acceder a un cargo de representación popular. Como ejemplo de lo segundo podemos citar el derecho de petición (reconocido en el artículo 8o. constitucional) o el derecho de asociación (que se encuentra en el artículo 9o. de la carta magna); esos derechos son asignados por el texto constitucional a todas las personas, pero en los preceptos citados se establece que el derecho de petición en materia política o el derecho de asociación en la misma materia se reservan a los ciudadanos mexicanos.

La regulación de la ciudadanía y de los derechos de quienes sean ciudadanos se encuentra, en general, en los artículos 34 y 35 de la Constitución mexicana. En el primero de ellos se establecen los requisitos para ser ciudadano, mientras que en el segundo se encuentran las prerrogativas de los ciudadanos, las cuales se vienen a sumar al resto de derechos que los ciudadanos tienen en tanto personas. El texto de ambos preceptos es el siguiente:

Artículo 34. Son ciudadanos de la República los varones y las mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

- I. Haber cumplido 18 años, y
- II. Tener un modo honesto de vivir.

Artículo 35. Son prerrogativas del ciudadano:

- I. Votar en las elecciones populares;
- II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley;
- III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país;
- IV. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; y
- V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

Del artículo 34 llama la atención su fracción II, que parece bastante desfasada en el tiempo. La exigencia de “tener un modo honesto de vivir” para ser ciudadano se ha quedado como un requisito más teórico que real (por suerte, ya que su aplicación podría dar lugar a múltiples atropellos y abusos). ¿Cómo se puede acreditar la “honestidad” de un cierto modo de vida?, es más ¿qué modos de vida son honestos y cuáles no?, e incluso ¿quién podría determinar jurídicamente el catálogo de esas modalidades y con qué consecuencias? La verdad es que más valdría derogar esa fracción, de forma que la ciudadanía mexicana se adquiriera por el solo hecho de tener la nacionalidad mexicana y ser mayor de 18 años.

La Constitución también señala algunas obligaciones específicas de los ciudadanos en el artículo 36, que dispone lo siguiente:

Artículo 36. Son obligaciones del ciudadano de la República:

- I. Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo de que subsista; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen las leyes.

La organización y el funcionamiento permanente del Registro Nacional de Ciudadanos y la expedición del documento que acredite la ciudadanía mexicana son servicios de interés público, y por tanto, responsabilidad que corresponde al Estado y a los ciudadanos en los términos que establezca la ley,

II. Alistarse en la Guardia Nacional;

III. Votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley;

IV. Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los estados, que en ningún caso serán gratuitos; y

V. Desempeñar los cargos concejiles del municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado.

Al contenido del artículo 36 y sus implicaciones volveremos a hacer referencia dentro del apartado dedicado a estudiar “Los deberes fundamentales”, dentro de este mismo capítulo.

En tanto que el artículo 34 establece como requisito tener la nacionalidad mexicana para poseer la ciudadanía, conviene considerar el mandato constitucional que señala bajo qué condiciones se puede obtener la nacionalidad.¹⁹⁰ Se trata del artículo 30, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 30. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A).- Son mexicanos por nacimiento:

I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.

II.- Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;

III.- Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y

IV.- Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B).- Son mexicanos por naturalización:

I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.

II.- La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

¹⁹⁰ Para un análisis más detenido del régimen jurídico de la nacionalidad en México, ver Climent Bonilla, Ma. Margarita, *Nacionalidad, estatalidad y ciudadanía*, México, Porrúa, 2002.

Hay tres artículos más que debemos tener en cuenta para entender esta segunda esfera en la titularidad de los derechos fundamentales en México. Me refiero a los artículos 31, 32 y 33 constitucionales.

El artículo 31 establece las obligaciones de “los mexicanos” en los siguientes términos:

Son obligaciones de los mexicanos:

I. Hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley;

II. Asistir en los días y horas designados por el Ayuntamiento del lugar en que residan, para recibir instrucción cívica y militar que los mantenga aptos en el ejercicio de los derechos de ciudadanos, diestros en el manejo de las armas, y conocedores de la disciplina militar;

III. Alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la patria, así como la tranquilidad y el orden interior, y

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del estado y municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

A partir de la interpretación conjunta de los artículo 31 y 36 se pueden desprender que hay: *a)* ciertas obligaciones que tienen solamente los “mexicanos”, es decir, quienes tengan la nacionalidad mexicana, con independencia de su edad y de si tienen o no un “modo honesto de vivir”, y *b)* ciertas obligaciones que tienen solamente los “ciudadanos mexicanos”, que son, quienes además de ser mexicanos tengan más de 18 años y un modo honesto de vivir.

El artículo 32 señala lo siguiente:

La Ley regulará el ejercicio de los derechos que la legislación mexicana otorga a los mexicanos que posean otra nacionalidad y establecerá normas para evitar conflictos por doble nacionalidad.

El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión.

En tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública. Para pertenecer al activo del Ejército en tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, se requiere ser mexicano por nacimiento.

Esta misma calidad será indispensable en capitanes, pilotos, patrones, maquinistas, mecánicos y, de una manera general, para todo el personal que tripule cualquier

embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mercante mexicana. Será también necesaria para desempeñar los cargos de capitán de puerto y todos los servicios de practicaje y comandante de aeródromo.

Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano.

La verdad es que el contenido de este artículo es un poco extraño. Una parte del mismo podría incluso estar derogada, pues su texto proviene del texto original de la Constitución mexicana¹⁹¹ y de una reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de marzo de 1997. Con posterioridad, el 14 de agosto de 2001 fue reformado el artículo 1o. para incluir un tercer párrafo en el que, entre otras cuestiones, se señala que no se podrá discriminar a ninguna persona por razón de “origen nacional”. La no discriminación por origen nacional parece chocar claramente con el párrafo segundo del artículo 32 cuando señala que el legislador podrá determinar los cargos y las funciones en las que se podrá requerir ser mexicano por nacimiento. No se daría ese conflicto si el artículo 32 autorizara al legislador a señalar en qué cargos se requiere ser “mexicano” para poder ocuparlos, pues el artículo 1o. no señala a la “nacionalidad” como una de las causas por las que no se pueda discriminar.

En otras palabras: el legislador puede establecer distinciones para el acceso a cargos públicos entre quienes sean mexicanos y quienes no lo sean, pero no lo puede hacer entre quienes sean “mexicanos por nacimiento” y quienes simplemente sean “mexicanos”. La razón, como ya se ha dicho, es bien sencilla; en el primer caso se está utilizando el criterio de la “nacionalidad”, que es un criterio permitido; pero en el segundo se está utilizando el criterio del “origen nacional”, que es uno de los prohibidos por el artículo 1o. constitucional, en su párrafo tercero.

Al existir una contradicción entre el párrafo segundo del artículo 32 y el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, el intérprete debe utilizar un criterio de solución de antinomias para saber cuál es la norma aplicable a un caso concreto. Como se sabe, los criterios para resolver antinomias son el de la ley superior (*lex superior derogat inferiori*), el de la ley posterior (*lex posteriori derogat priori*) y el de especialidad (*lex specialis derogat generalis*).¹⁹² Para el caso que nos ocupa, el criterio que debemos aplicar es el de la ley posterior, ya que no podemos aplicar el de la ley superior (al tener ambos preceptos el máxi-

¹⁹¹ El texto original de la Constitución puede consultarse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Constituciones históricas de México*, México, UNAM, Porrúa, 2002, pp. 493 y ss.

¹⁹² Para un análisis de estos criterios y en general de las antinomias, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., capítulo IV.

mo rango dentro del sistema jurídico nacional), ni el de especialidad (puesto que los dos preceptos tratan con idéntico detalle el mismo tema). De acuerdo con el criterio de la ley posterior, la norma más reciente en el tiempo deroga a la anterior; en esa medida se puede sostener que el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional derogó al párrafo segundo del artículo 32 constitucional. En esa virtud, todas las normas de rango subconstitucional que exijan como requisito para ocupar un cargo público el ser “mexicano por nacimiento” se oponen al artículo 1o. constitucional y deben ser declaradas inconstitucionales por los órganos competentes.¹⁹³

Por su parte, el artículo 33 constitucional dispone que:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Como puede apreciarse de su simple lectura, se trata de un precepto arcaico y propio de un Estado autoritario, más que de uno democrático. Por un lado, viola varios tratados internacionales de derechos humanos, que con claridad señalan el derecho que tiene toda persona a ser oída y juzgada por un tribunal antes de ser privada de sus derechos (como el derecho a permanecer en el territorio nacional).¹⁹⁴ Por otra parte utiliza términos poco precisos, cuyo único ob-

¹⁹³ Sin embargo, si esas normas fueron expedidas antes del 15 de agosto de 2001 (que es cuando entró en vigor el párrafo tercero del artículo 1o.) entonces no hace falta una declaración de inconstitucionalidad para considerarlas insubsistentes, ya que la reforma constitucional las habría derogado. Como se explicará con más detalle en el capítulo segundo de este libro, una norma derogada es inexistente para el ordenamiento jurídico y ningún órgano público o persona particular puede aplicarla, con independencia de que su incompatibilidad con el texto constitucional haya sido o no declarada por un juez constitucional.

¹⁹⁴ Ver por ejemplo el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como los artículos 5.2 y 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la ONU en diciembre de 1985, y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en vigor para México desde el 23 de junio de 1981. Este último precepto dispone lo siguiente: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”. De

jetivo fue en su momento fomentar su aplicación arbitraria por parte del presidente de la República: ¿cómo, si no, debemos entender el uso del concepto de “conveniencia” —que además se determina según el libre juicio del presidente—, como condición para que se pueda expulsar del territorio nacional a algún extranjero? Se trata de una norma contraria al más elemental sentido común y debería ser derogada a la brevedad.

3. *Derechos de las personas jurídicas*

Es importante dilucidar también si las personas jurídicas pueden o no ser titulares de derechos fundamentales. Las preguntas a resolver serían las siguientes: ¿se puede sostener que la Constitución atribuye los derechos fundamentales solamente a las personas físicas o lo hace también para las personas jurídicas?, ¿en caso de que las personas jurídicas puedan ser titulares de los derechos fundamentales, lo son de todos o solamente de algunos? Resueltas las anteriores dos cuestiones habría que dilucidar si hay alguna diferencia entre las personas jurídicas de derecho privado y las personas jurídicas de derecho público respecto a la posible titularidad de los derechos fundamentales.

En algunos ordenamientos jurídicos el problema al que nos estamos refiriendo, si no está del todo solucionado, al menos se cuenta con una base constitucional para resolverlo. Así, por ejemplo, la Constitución de Alemania establece que “Los derechos fundamentales son extensivos a las personas jurídicas nacionales en la medida en que, según su respectiva naturaleza, les sean aplicables” (artículo 19.3). De forma parecida, el artículo 12 de la Constitución de Portugal dispone que “Las personas colectivas gozarán de los derechos y estarán sujetas a los deberes que se consignan en la Constitución” (artículo 12.2.).

En otros países el tema se ha desarrollado por vía jurisprudencial; es el caso de España, en donde el Tribunal Constitucional ha señalado que “en nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas” (sentencia 23/1989). En ocasiones este tipo de pronunciamientos constitucionales se han tenido que dictar debido a que la legislación sobre los medios de tutela de la Constitución reconocía legitimidad activa a las personas jurídicas; es decir, les permitía promover por ejemplo juicios de amparo. A partir de esa legitimación, las personas jurídicas fueron explorando las posibilidades que la jurisdicción constitu-

hecho, México interpuso una penosa reserva sobre este artículo cuando firmó el Pacto, aduciendo expresamente que chocaba con el contenido del artículo 33 constitucional.

cional estaba dispuesta a reconocerles en términos de su posible titularidad de derechos.¹⁹⁵

En México la Ley de Amparo deja abierta la posibilidad de que las personas jurídicas acudan al juicio de amparo, por lo cual debemos pensar que en esa medida son también titulares de derechos fundamentales. No tendría caso reconocerles la posibilidad de promover juicios de amparo si no se pensara que tienen esa titularidad, ya que el amparo procede solamente a instancia de parte agraviada (artículo 107 constitucional fracción I) y siempre en contra de una presunta violación de derechos fundamentales (artículo 103 constitucional fracción I) o contra una invasión de esferas competenciales entre los diversos niveles de gobierno (artículo 103 constitucional fracciones II y III). El artículo 8o. de la Ley de Amparo establece que “Las personas morales privadas podrán pedir amparo por medio de sus legítimos representantes”; por su parte el artículo 9o. de la misma Ley establece, en su primer párrafo, que “Las personas morales oficiales podrán ocurrir en demanda de amparo, por conducto de los funcionarios o representantes que designen las leyes, cuando el acto o la ley que se reclame afecte los intereses patrimoniales de aquéllas”.

A partir de estos datos, podemos concluir que la respuesta a la pregunta de si las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales es afirmativa. La siguiente cuestión a resolver entonces, como se apuntaba, es si las personas jurídicas pueden ser titulares de todos los derechos fundamentales o solamente de algunos. La respuesta, de nuevo, la puede proporcionar cada ordenamiento constitucional concreto. Como principio puede afirmarse que las personas jurídicas serán titulares de derechos de acuerdo con su naturaleza, es decir, lo serán de aquellos que por su objeto no sean propios y exclusivos de las personas físicas.

Así, las personas jurídicas podrán ser titulares del derecho a la igualdad, de la inviolabilidad del domicilio, de la libertad de asociación (para integrarse en un conjunto de sociedades o agrupaciones, por ejemplo), del derecho a la información, de los derechos en materia tributaria, del derecho a no pagar multas excesivas, de las libertades económicas, del derecho de petición, del derecho a una tutela judicial efectiva, etcétera. Pero no serán titulares del derecho a la readaptación social, del derecho a la protección de la salud, del derecho a la educación, de la protección frente a la pena de muerte, de los derechos de las personas con discapacidad, del derecho de sufragio activo y pasivo, etcétera.

¹⁹⁵ Gómez Montoro, Ángel J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I, p. 389.

Faltaría por resolver la tercera de las preguntas que formulamos al inicio de este apartado: aceptando que las personas jurídicas puedan ser titulares de los derechos fundamentales, pero solamente en la medida en que el objeto de los propios derechos lo permita, ¿dicha titularidad se extiende por igual a las personas jurídicas de derecho privado y a las personas jurídicas de derecho público?

La respuesta a esta tercera interrogante debe ser negativa. Como regla general se puede afirmar que la titularidad de los derechos fundamentales no es posible para las personas jurídicas de derecho público. La persona jurídica de derecho público no es un instrumento para el ejercicio de derechos fundamentales.¹⁹⁶ Este tipo de personas más que derechos tienen “competencias” o “atribuciones”. Esas competencias tienen canales y vías específicos de defensa (como lo pueden ser, en el ordenamiento jurídico mexicano, las controversias constitucionales establecidas en el artículo 105 fracción I de la Constitución). Excepcionalmente, se podría aceptar que una persona jurídica de derecho público promoviera juicios de amparo —en los términos del ya mencionado artículo 9o. de la ley respectiva— cuando se afecten sus intereses patrimoniales o incluso cuando se vea afectado su derecho a una tutela judicial efectiva (por ejemplo cuando un tribunal local se niegue a conocer de un juicio iniciado por una persona jurídica de derecho público).

En la práctica de los últimos años en México, las personas jurídicas de derecho público han optado por utilizar la vía de las controversias constitucionales del artículo 105 para defender sus pretensiones. Los juicios de amparo promovidos por esas personas son cada vez más escasos.

Ahora bien, las personas jurídicas de derecho público serán titulares de los mismos derechos que tienen las personas jurídicas de derecho privado cuando actúen bajo la legislación de derecho privado (es decir, cuando desarrollen relaciones jurídicas de igualdad con otra persona); tal caso se verifica, por poner un ejemplo, cuando un órgano público celebra un contrato de alquiler con un particular. En estos supuestos las personas de derecho público se asemejan a las de derecho privado y están sujetas, en consecuencia, al mismo régimen jurídico.

4. *Derechos de los inmigrantes*

En otro tema, merece una mención especial la situación de los inmigrantes irregulares, que es uno de los sectores más desprotegidos, tanto en nuestro país como en muchas otras naciones. Como lo veremos con detalle en el capítulo

¹⁹⁶ Gómez Montoro, Ángel J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, *cit.*, p. 437.

tercero de este libro, al estudiar la libertad de tránsito, el artículo 11 constitucional establece que

Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

Es decir, la Constitución en efecto sujeta el derecho a entrar en el territorio nacional y a viajar por el mismo a lo que establezca la legislación en materia de migración, pero ese es el único derecho que limita para los extranjeros, incluso si se hayan en situación irregular por haber ingresado en el territorio nacional sin cumplir con los requisitos establecidos por la ley. Es decir, los extranjeros que se encuentren en territorio nacional gozan de todos los derechos fundamentales que la Constitución asigna a todas las personas y solamente podrán ver limitados los derechos que establece el artículo 11 de la Constitución en virtud de lo que disponga la legislación migratoria.

En consecuencia, todos los extranjeros son titulares y pueden ejercer sin cortapisa alguna los derechos que la Constitución reconoce, con excepción de aquellos cuya titularidad asigna solamente a los ciudadanos. Si alguna autoridad o alguna ley restringieran el ejercicio de cualquier derecho fundamental de los asignados a todas las personas a la acreditación de una determinada situación migratoria, estarían violando la Constitución. La situación migratoria, por sí misma, no puede ser un límite ni a la capacidad para ser titular de los derechos fundamentales ni a la capacidad para ejercerlos; solamente podrá tener repercusiones negativas en términos de derechos fundamentales en cuanto a la permanencia en el territorio nacional, de acuerdo con el artículo 11 de la Constitución. Podemos sostener que los extranjeros, tengan o no una situación migratoria acorde con lo que establecen las leyes, tienen, entre otros, el derecho a no ser discriminados, el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a la readaptación social en caso de que sean sentenciados a una pena privativa de la libertad, los derechos que establece el artículo 20 constitucional para el caso de que estén sujetos a un proceso penal, el derecho de petición, la libertad de trabajo, de asociación, de expresión, de imprenta, etcétera.

Aunque en forma tímida e incipiente, así parecen reconocerlo entre otros los siguientes dos criterios jurisprudenciales:

EXTRANJEROS INDOCUMENTADOS. PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO POR. CASO NO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 33 CONSTITUCIONAL. No es exacto que un extranjero carezca de capacidad jurídica para promover el juicio de amparo, en casos diversos al ejercicio de las facultades que concede el artículo 33 constitucional al Ejecutivo de la Unión, pues aun en el supuesto de que se trate de un extranjero sin autorización para permanecer en territorio mexicano, el solo hecho de entrar a ese territorio nacional implica la protección de las leyes mexicanas, en términos de los artículos 1o. y 2o. de la propia Constitución federal. Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 721/84. Christopher Lee Wade Roberts. 4 de julio de 1984. Unanimidad en resolutive y mayoría en consideraciones. Ponente: J. S. Eduardo Aguilar Cota. Secretario: Ricardo Rivas Pérez. Séptima época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 187-192, sexta parte, p. 74.

DENUNCIA O QUERRELLA. LOS EXTRANJEROS SE ENCUENTRAN LEGITIMADOS PARA PROMOVELA, AUN CUANDO NO ACREDITEN SU LEGAL ESTANCIA EN EL PAÍS. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no distingue entre los nacionales y extranjeros, al señalar que todo individuo que se encuentra en territorio mexicano goza de las garantías que otorga la propia Constitución, con las limitaciones que en ella se establecen; por otro lado, el numeral 33 dispone que los extranjeros tienen derecho a las garantías que otorga en su capítulo I, título primero, dentro de las cuales se encuentra la contenida en el dispositivo 17, segundo párrafo, de la misma Ley Fundamental, el cual señala que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijan las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. En consecuencia, todo extranjero que sufra una lesión en su esfera jurídica, se encuentra legitimado para denunciar o querrellarse aun en el caso de que no compruebe su legal estancia en el país. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, novena época, Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, tesis XX, 2º 13 P, p. 1740.

El tema de los derechos que tienen los migrantes indocumentados ha sido abordado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 18/03 de 17 de septiembre de 2003. Se trata de un documento jurídico de gran interés no solamente porque afecta al núcleo mismo del tema de la titularidad de los derechos fundamentales, sino también porque fue emitido a petición del gobierno de México, debido en buena medida a las múltiples violaciones de derechos humanos que sufren los mexicanos indocumentados que están en los Estados Unidos. Aunque la solicitud del gobierno de México se enfocaba en particular a los derechos laborales de los migrantes, el pronunciamiento de la Corte contiene algunos elementos de carácter general que sirven para el tema que estamos tratando.

La tragedia cotidiana de los migrantes mexicanos en Estados Unidos, sin embargo, no debe hacernos perder de vista que también en suelo mexicano se cometen graves abusos en contra de migrantes de otros países. Muchos de esos abusos, inclusive, se encuentran legitimados por la legislación que establece restricciones inaceptables (por violar la Constitución y varios tratados internacionales de derechos humanos) en perjuicio de los derechos de los migrantes que llegan a México por una u otra razón (muchos de ellos utilizan el territorio nacional para llegar hasta los Estados Unidos).

En la OC 18 la Corte estima que la situación migratoria de una persona “no es condición necesaria para que (un Estado) respete y garantice el principio de igualdad y de no discriminación, puesto que... dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona que se encuentre en su territorio” (párrafo 118).

De la aplicación del principio de igualdad y de no discriminación no se desprende, según la Corte, que un Estado esté impedido para hacer distinciones entre los nacionales y los no nacionales, o entre los extranjeros que se encuentran legalmente en el país y los que se encuentran ilegalmente en su territorio. Para la Corte, “sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto a los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos” (párrafo 119; el requisito de que las distinciones sean objetivas, proporcionales y razonables se reitera en el párrafo 168).

Como consecuencia de lo anterior, la Corte afirma que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos...” (párrafo 134).

IV. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Una de las cuestiones más importantes y, según creo, menos estudiadas por la teoría jurídica de los derechos fundamentales en México es la que tiene que ver con la relación que existe entre estos derechos y la forma federal de Estado que establece la Constitución.

No es posible realizar en este momento una explicación detenida del significado del federalismo como forma de organización estatal, por lo que a continuación se ofrecen simplemente algunos elementos que nos permitan entender sus principales significados así como su impacto sobre los derechos fundamentales.

El sistema federal fue adoptado por primera vez en México en la Constitución de 1824, que en su artículo 4o. señalaba que “La nación mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal”, y en el artículo siguiente mencionaba a las partes integrantes de la Federación.

Durante el siglo XIX el federalismo mexicano sufrió, como casi todas las demás instituciones del país, varias crisis de anarquía. Tanto el desorden fiscal que producía la duplicidad de impuestos y las trabas arancelarias entre las entidades federativas, como la presencia de cacicazgos locales, dieron lugar a importantes exigencias para revertir el modelo federal y convertir a México al centralismo. Incluso el tema fue una bandera esencial del partido liberal en su lucha contra los conservadores,¹⁹⁷ que lograron que el centralismo se llegara a reconocer en algunos documentos constitucionales del siglo pasado.¹⁹⁸ A pesar de todo, desde la Constitución de 1857 el federalismo se ha mantenido como uno de los postulados fundamentales del constitucionalismo mexicano.

Aunque, como es obvio, el modelo federal de la Constitución fue copiado de la Constitución norteamericana, en el caso de México, al revés de como sucedió en el país de origen de la institución, el federalismo no sirvió para conjuntar realidades anteriores y en cierta forma dispersas, sino para crear unidades descentralizadas dentro de un país con tradiciones fuertemente centralistas heredadas del periodo colonial¹⁹⁹ —implantando el llamado federalismo “segregativo” o “descentralizador”—.

La articulación de la República mexicana como un Estado federal impone una ordenación peculiar de las fuentes del derecho en tanto otorga a los entes federados un espacio constitucionalmente garantizado, con mayor o menor amplitud según se verá, de “autonomía normativa”, diferenciado del perteneciente a la Federación.

¹⁹⁷ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional*, 34a. ed., México, Porrúa, 2001, pp. 110 y 111; Aguilar Villanueva, Luis F., “El federalismo mexicano: funcionamiento y tareas pendientes”, en Hernández Chávez, Alicia (coord.), *¿Hacia un nuevo federalismo?*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 109.

¹⁹⁸ *Vid.* la síntesis histórica que realiza, por ejemplo, Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 7a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 421 y ss. Más recientemente, Hernández Chávez, Alicia, “Las tensiones internas del federalismo mexicano”, en *id.* (coord.), *¿Hacia un nuevo federalismo?*, *cit.*, pp. 15 y ss.

¹⁹⁹ Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, *cit.*, p. 112 y Carpizo, Jorge, “Sistema federal mexicano”, *Los sistemas federales del Continente Americano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972, p. 469. La explicación de los dos tipos de procedimientos para llegar al federalismo, es decir, el que parte de la unidad para crear entidades descentralizadas y el que una realidades político-geográficas anteriormente dispersas, puede verse en Friedrich, Carl J., *Gobierno constitucional y democracia*, Madrid, Aguilar, 1975, pp. 386 y ss. (bibliografía adicional sobre el tema en La Pérgola, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 193, nota 1).

El federalismo supone el reconocimiento de la existencia de fuerzas distintas del poder central que tienen su propia sustantividad, y que en esa virtud reclaman un campo propio de acción jurídico-política traducido entre otras cosas en la posibilidad de crear por sí mismos normas jurídicas. Es una variante más del exuberante pluralismo de las sociedades actuales,²⁰⁰ pluralismo territorialmente definido en el caso mexicano, que da lugar a la existencia de una pluralidad de fuentes del derecho.

La Constitución mexicana recoge la cláusula federal en sus artículos 73 y 124, aunque la forma federal del Estado se establece en el artículo 40.

En el artículo 73 se establecen las facultades del Congreso de la Unión para legislar, es decir, se delimitan las materias que son competencia de las autoridades federales. Esta delimitación no es muy precisa por cuanto la última fracción del artículo mencionado (la XXX) establece, igual que la Constitución norteamericana (artículo 1o. sección VIII párrafo 18), las facultades implícitas para legislar (*implied powers*), que permiten ampliar considerablemente la esfera federal, tal como de hecho ha sucedido en el modelo original estadounidense.

Por su parte, el artículo 124 constitucional dispone que todas las facultades que no están *expresamente* concedidas a los poderes federales se encuentran “reservadas” a los Estados. En consecuencia, se establece a favor de estos últimos una competencia *residual*, teóricamente muy amplia.

Tanto el artículo 73 como el 124 suponen normas atributivas de competencias —normas que confieren poderes o, más ampliamente, normas sobre la producción jurídica— pero deben complementarse con aquellas otras normas que, a pesar de no otorgar competencias de forma positiva, prohíben a la Federación o a los Estados regular ciertas materias, constituyéndose en algunos casos en limitaciones materiales a las facultades legislativas enunciadas en los artículos mencionados.

Así, por ejemplo, el artículo 24 en su segundo párrafo establece que “El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna”.²⁰¹

²⁰⁰ *Cfr.*, en general, Giugni, Marco G., “Federalismo e movimenti sociali”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Bolonia, núm. 1 de 1996, pp. 147-170 y Caminal Badia, Miquel, “Nacionalismo, federalismo y democracia territorial”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 73, Madrid, junio de 1997, pp. 10-16.

²⁰¹ Hay que recordar que, aunque no lo digan expresamente, los derechos fundamentales constituyen por sí mismos limitaciones de carácter material a las facultades de creación normativa del Estado. Sin embargo, con el ejemplo citado me quiero referir solamente a aquellos casos en que la limitación es explícita y se enfoca a una forma de creación normativa en concreto (aunque la prohibición del artículo 24 no hay que entenderla como dirigida única-

En cuanto a las prohibiciones a los estados, éstas pueden ser absolutas o relativas. Son prohibiciones absolutas aquellas que la Constitución prevé que los estados jamás podrán realizar y que se enumeran en el artículo 117. Son prohibiciones relativas aquellas en las que la actuación de las entidades federativas está subordinada a la autorización del Congreso de la Unión, las cuales se encuentran previstas en el artículo 118. En este último caso, la autorización del Congreso —entiendo que a través de una ley marco o ley-base, si fuera el caso, o a través de un decreto si se tratara de una autorización de carácter singular y concreta— es condición necesaria para la existencia y parámetro de validez de las normas que, con posterioridad, dicten las entidades federativas.

La distribución constitucional de competencias entre la Federación (limitada por lo establecido en el artículo 73, tanto de forma explícita como implícita) y las entidades federativas (que mantienen una competencia abierta ya que su alcance no está predeterminado por el artículo 124) debe completarse señalando que en los últimos años se han producido una serie de reformas constitucionales que en vez de seguir el modelo de distribución competencial del federalismo dual (es decir, el que se articula a través de dos esferas competenciales separadas, que marcan los límites de actuación de cada nivel de gobierno de forma más o menos precisa) se han acercado al modelo del federalismo cooperativo. En este modelo, la Constitución asigna una determinada competencia no a uno u otro nivel de gobierno, sino a todos a la vez. En la Constitución mexicana se pueden citar como ejemplos de este tipo los casos de seguridad pública (artículo 73 fracción XXIII), educación (artículo 73 fracción XXV), asentamientos humanos (artículo 73 fracción XXIX inciso c) y protección al ambiente (artículo 73 fracción XXIX inciso g).

El cuadro constitucional de distribución de competencias se completa con el régimen jurídico del municipio (definido en el artículo 115) y con el del Distrito Federal (establecido en el artículo 122).

A partir del anterior esquema, la pregunta pertinente para el tema de los derechos fundamentales sería la siguiente: ¿cómo afecta el sistema de distribución de competencias a las facultades de los distintos niveles de gobierno en materia de derechos fundamentales?; o para decirlo en otras palabras: ¿qué le corresponde hacer a cada autoridad en materia de derechos?

Al revisar el texto constitucional en su conjunto, nos damos cuenta que algunos aspectos de la distribución competencial en materia de derechos fundamentales están establecidos de forma más o menos clara. Por ejemplo, el artículo 123 constitucional señala que algunos aspectos del derecho al trabajo

mente al Congreso de la Unión sino a cualquier órgano de producción jurídica, de acuerdo a lo dispuesto por el primer párrafo del mismo artículo).

serán competencia de las autoridades federales y otros lo serán de las autoridades locales (artículo 123, apartado A, fracción XXI). De la misma forma, hay previsión constitucional expresa por lo que hace al derecho a la educación (artículo 73 fracciones XXV y XXVII) y al derecho al medio ambiente (artículo 73 fracción XXIX-G). Pero ¿qué sucede con la gran mayoría de los derechos fundamentales que estando previstos en la Constitución no están asignados a uno o a otro nivel de gobierno? ¿cuál es la autoridad obligada a respetar el derecho de petición, la libertad de expresión, la libertad de tránsito, la libertad de prensa, la no discriminación, el derecho a la información, etcétera?

Si atendemos al criterio de la universalidad de los derechos podemos sostener que, en principio, todas las autoridades —sin importar el nivel de gobierno al que pertenezcan— deben respetarlos. A la misma conclusión se puede llegar si tomamos en cuenta el principio de supremacía constitucional: en virtud de que la Constitución obliga a todas las autoridades, la distribución de competencias no puede servir como excusa para desentenderse de las obligaciones que los derechos generan para las autoridades.

Que los derechos fundamentales suponen obligaciones precisas para las autoridades de los distintos niveles de gobierno y que, en consecuencia, la división vertical de poderes no puede ser alegada como excusa para dejar de cumplir con esas obligaciones es algo que está además muy claro a partir del derecho internacional de los derechos humanos. Al respecto el artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) dispone, en la parte que nos interesa, lo siguiente:

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.
2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

El sentido del artículo 28 ha sido precisado en varias ocasiones tanto por la Comisión Interamericana como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; según estos órganos, la estructura federal de un Estado parte no puede

servir como obstáculo o impedimento para dejar de cumplir con lo dispuesto por la Convención, que obliga al Estado como un todo.²⁰²

De lo expuesto se concluye, por tanto, que los derechos fundamentales obligan a todos los poderes del Estado, con independencia de la distribución competencial que se haga; dicha distribución competencial podrá asignar además “deberes reforzados” con respecto a ciertos derechos a algunas autoridades.

Queda claro, en consecuencia, que las obligaciones de respeto de los derechos corren a cargo de todos los poderes, incluso considerando que algún nivel de gobierno tenga obligaciones reforzadas hacia ciertos derechos. Aparte del deber de respeto, las autoridades de los distintos niveles de gobierno también tienen la obligación positiva de tomar todas las medidas que sean pertinentes para tutelar y hacer eficaz un derecho. Pongamos un ejemplo concreto. El artículo 6o. constitucional dispone en su última parte que “el derecho a la información será garantizado por el Estado”. ¿A quién corresponde legislar en materia de derecho a la información? Si hacemos una lectura parcial del texto constitucional podemos concluir que, toda vez que el artículo 73 constitucional no establece la facultad del Congreso de la Unión de legislar en materia de derecho a la información, aplicando el artículo 124 esa materia sería una facultad exclusiva de los congresos locales. Pero si aceptamos ese punto de vista entonces estaremos defendiendo el criterio —un tanto absurdo— de que el artículo 6o. constitucional genera para las autoridades federales solamente un deber de respeto, pero que no supone la obligación para el Congreso de la Unión de emitir la legislación pertinente a efecto de que se pueda contar con los elementos normativos necesarios para hacer efectivo el derecho en cuestión.

El derecho a la información es además un buen ejemplo para ilustrar el problema al que nos estamos refiriendo ya que tiene un contenido en buena medida indeterminado, lo que ha generado grandes equívocos en su aplicación práctica.²⁰³ Lo mismo sucede, por ejemplo, con el derecho que establece el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional para impugnar las determinaciones de Ministerio Público que sobre el no ejercicio y el desistimiento de la acción penal por la vía jurisdiccional, “en los términos que establezca la ley”. Esa ley a la que se refiere el artículo 21, ¿es una ley federal o una ley local? Ante la falta de claridad por años ningún nivel de gobierno se ha sentido aludido por el mandato del artículo 21, al grado que ante la inactividad del legislador los jueces fe-

202 Un análisis detenido de este problema puede verse en Dulitzky, Ariel E., “La Convención Americana de Derechos Humanos y los Estados Federales: algunas reflexiones”, en VV. AA., *Defensa de la Constitución, garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 157 y ss.

203 Sobre el tema abundaremos en el capítulo cuarto de este libro.

derales han tenido que sentar jurisprudencia en el sentido de que, mientras la ley no disponga otra cosa, la forma de impugnar esas determinaciones del Ministerio Público era a través del juicio de amparo (es decir, la vía jurisdiccional corresponde a una autoridad de carácter federal, con independencia del nivel de gobierno al que esté adscrito el Ministerio Público que ha dictado la resolución que se quiere impugnar).

Tanto en el caso del derecho a la información como en el del derecho establecido por el artículo 21 párrafo cuarto, la obligación de legislar para hacer eficaces los mandatos constitucionales corresponde tanto al Congreso de la Unión como a las legislaturas de los estados. Cualquier conclusión en otro sentido sería contraria a la supremacía constitucional, al principio de universalidad de los derechos y —en ciertos aspectos— al artículo 28 de la Convención Americana.

En resumen: los derechos fundamentales generan obligaciones para las autoridades de todos los niveles de gobierno, que bajo cualquier circunstancia deben respetarlos. La obligación de las autoridades estará además reforzada si un precepto constitucional le asigna una competencia concreta. Aun a falta de mandato constitucional expreso, las autoridades de todos los niveles no solamente deben de respetar los derechos mediante conductas de abstención, sino que deben hacer todo lo que esté a su alcance para lograr la eficacia plena de los derechos, sin poder esgrimir ningún tipo de estructuración competencial (salvo el caso en que un precepto constitucional así lo establezca de forma clara y contundente) para dejar de tomar medidas en favor de los derechos.

Un criterio distinto al que se acaba de exponer es el que sostiene Ignacio Burgoa. Para este autor, la determinación de las obligaciones positivas a cargo de cada nivel de gobierno está en relación directa con la materia de que se trate. Vale la pena transcribir el párrafo en el que expone su punto de vista, para estar en posibilidad de comprender mejor su propuesta. Burgoa sostiene lo siguiente:

...dentro de nuestro sistema federal, ¿son competentes las legislaturas locales o el Congreso de la Unión para expedir leyes reglamentarias de las garantías individuales a falta de prevención expresa que al respecto contenga la Constitución? Para solucionar esta cuestión hay que atender a la materia o esfera en la que incidan los derechos públicos subjetivos de que se trate, es decir, a la órbita dentro de la cual se ejercitan o pueden ejercitarse. Así, si dicha materia o esfera pertenece a la competencia legislativa del Congreso de la Unión, este organismo será el facultado para reglamentar, dentro de aquélla, la garantía individual correspondiente; por el contrario, si el ámbito del goce o ejercicio del derecho público subjetivo no está considerado como materia de normación a favor del Poder Legislativo Federal, sino de

las legislaturas locales (lo que se puede decidir sin dificultad observando lo dispuesto por el artículo 124 constitucional), éstas son las autorizadas para expedir leyes reglamentarias de las garantías individuales.²⁰⁴

Dentro del mismo párrafo Burgoa transcribe una tesis jurisprudencial de la quinta época del *Semanario Judicial de la Federación* que corrobora su criterio.

La exposición de Burgoa no deja sin resolver un dilema importante: ¿qué sucede con aquellos derechos en los que la Constitución no establece ni da pista alguna sobre la autoridad que puede legislar en la materia? Sostener que se reducen a la exclusiva competencia de las legislaturas locales parece un sin sentido, ya que entonces podríamos pensar que el Congreso de la Unión no tiene ninguna competencia en materia de no discriminación, de libertad de expresión, de libertad de imprenta, entre otros derechos; si ese criterio fuera válido serían inconstitucionales, entre otras, la Ley de Imprenta, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Por el contrario, desde mi punto de vista, la situación es un poco más compleja y deben seguirse las indicaciones que ya se han expuesto párrafos arriba, en las que en síntesis se sostiene que: todos los derechos fundamentales suponen obligaciones de respeto para todos los niveles de gobierno; hay algunos derechos que contienen “obligaciones reforzadas” de respeto en virtud de que así lo indica algún precepto constitucional (por ejemplo cuando asigna una competencia determinada); todas las autoridades tienen el deber de utilizar todos los medios jurídicos y de otro tipo que tengan a su alcance para hacer eficaces y desarrollar todos los derechos fundamentales, a menos que la Constitución expresamente asigne algún tipo de competencia sobre cierto derecho en particular (pueden ser competencias exclusivas o concurrentes, como ya se ha explicado).

En el caso de que exista una competencia constitucionalmente establecida sobre cierto derecho, las autoridades no competentes deberán abstenerse de legislar o actuar en la materia, puesto que de hacerlo estarían violando, entre otros, los artículos 14 y 16 constitucionales al actuar sin fundamento jurídico alguno.

V. INTERPRETACIÓN

La interpretación jurídica es uno de los grandes temas de la ciencia jurídica contemporánea. Sería muy difícil intentar hacer aunque fuera un resumen de

²⁰⁴ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, cit., p. 201.

los múltiples aspectos que están en juego en materia de interpretación jurídica en general y de interpretación constitucional en particular.²⁰⁵ En lo que sigue nos limitaremos a dar algunas indicaciones muy superficiales, intentando aportar reflexiones específicas que sirvan para una mejor interpretación de los derechos fundamentales en la Constitución mexicana.

Para comenzar el estudio de la interpretación de los derechos fundamentales debe señalarse que, en la medida en que tales derechos están incorporados en normas jurídicas, se les deberán aplicar en lo que sea posible los criterios interpretativos tradicionales.²⁰⁶

En este sentido, para interpretar los derechos fundamentales se pueden tomar en cuenta los siguientes métodos generales de la interpretación jurídica:

- Criterio lógico, según el cual hay que entender las normas de derecho fundamental como si fuesen consistentes con las demás normas constitucionales;²⁰⁷ el intérprete no puede representar el texto constitucional como una serie de enunciados ilógicos, sino que debe proceder de tal forma que se advierta una cierta coherencia normativa. Esto no evita —ni el intérprete puede tampoco contribuir a disimularlo— que entre las normas constitucionales que contemplan derechos fundamentales pueda haber contradicciones o tensiones, en cuyo caso se tendrán que tomar en cuenta criterios hermenéuticos adicionales, como lo son la ponderación o la proporcionalidad, a los que nos referiremos más adelante.
- Criterio sistemático, según el cual hay que considerar a la Constitución como una unidad, de manera que el intérprete debe enlazar las normas de derechos fundamentales entre sí,²⁰⁸ descubriendo su sentido y alcances en relación con el sentido y alcances del resto del texto constitucional. El derecho fundamental debe ser contextualizado en el conjunto de la Constitución para lograr su adecuada interpretación.
- Criterio gramatical o filológico, según el cual debe atenderse al significado lingüístico contenido en las normas de derechos fundamentales.²⁰⁹ La interpretación lingüística, sin embargo, no se debe limitar al significado que nos ofrecen los diccionarios, sino que comprende también —de forma más amplia— el significado que la cultura y la tradición jurídicas

²⁰⁵ Para una primera aproximación, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit.

²⁰⁶ Al respecto, Rodríguez Toubes, Joaquín, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 189.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 190.

²⁰⁸ *Idem*.

²⁰⁹ *Idem*.

le dan a cierto término; igualmente, el significado lingüístico puede ser conocido a través de lo que se haya establecido en sentencias que constituyan precedentes obligatorios, en sentencias de tribunales de otros países y por el resto de órganos encargados de aplicar el derecho, incluyendo desde luego los significados lingüísticos individualizados por los teóricos de los derechos fundamentales.

- Criterio histórico, según el cual hay que intentar precisar el sentido que a una determinada norma de derecho fundamental le dio el poder constituyente o el poder reformador de la Constitución. La reconstrucción de la voluntad constituyente se puede realizar por medio de los debates parlamentarios, de las exposiciones de motivos que fundamentaron determinadas iniciativas de reforma, o por la legislación histórica sobre la materia. Debe notarse, sin embargo, que cuando se habla de investigar la “voluntad del constituyente” en realidad se alude a una ficción,²¹⁰ puesto que esa voluntad no puede ser otra que el propio texto constitucional; además, las asambleas constituyentes democráticas suelen ser muy plurales, por lo que intentar precisar una “voluntad unitaria” es una tarea prácticamente imposible de realizar.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la interpretación histórica es un método hermenéutico de carácter subsidiario, ya que sirve cuando el resto de métodos interpretativos no proporcionan suficientes elementos para comprender el alcance de alguna disposición constitucional. Así lo considera en la tesis siguiente:

INTERPRETACIÓN HISTÓRICA TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN. Para fijar el justo alcance de una disposición contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante la insuficiencia de elementos que derivan de su análisis literal, sistemático, causal y teleológico, es factible acudir tanto a su interpretación histórica tradicional como histórica progresiva. En la primera de ellas, con el fin de averiguar los propósitos que tuvo el Constituyente para establecer una determinada norma constitucional, resulta necesario analizar los antecedentes legislativos que reflejan con mayor claridad en qué términos se reguló anteriormente una situación análoga y cuál fue el objeto de tales disposiciones, dado que por lo regular existe una conexión entre la ley vigente y la anterior; máxime, si a través de los diversos métodos de interpretación del precepto constitucional en estudio se advierte que fue intención de su creador plasmar en él un principio regulado en una disposición antes vigente, pues en tales circunstancias, la verdadera intención del Constituyente se puede ubicar en el mantenimiento del criterio que se

²¹⁰ *Idem.*

sostenía en el ayer, ya que todo aquello que la nueva regulación no varía o suprime de lo que entonces era dado, conlleva la voluntad de mantener su vigencia. Ahora bien, de resultar insuficientes los elementos que derivan de esta interpretación, será posible acudir a la diversa histórica progresiva, para lo cual deben tomarse en cuenta tanto las condiciones y necesidades existentes al momento de la sanción del precepto constitucional, como las que se advierten al llevar a cabo su interpretación y aplicación, ya que toda norma fundamental constituye un instrumento permanente de gobierno, cuyos preceptos aseguran la estabilidad y certeza necesarias para la existencia del Estado y del orden jurídico; por tanto, ante un precepto constitucional que por su redacción permite la adecuación de su sentido a determinadas circunstancias, ya sea jurídicas, o de otra índole, para fijar su alcance, sin imprimirle un cambio sustancial, debe atenderse precisamente a la estabilidad o modificación que han sufrido esas circunstancias, sin que con ello sea válido desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al Constituyente a establecer la disposición en estudio. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, junio de 2000, tesis P./J. 61/2000, p. 13.

En sentido parecido, la Corte señala la importancia de acudir a interpretaciones que nos permitan conocer la voluntad del constituyente, por ejemplo en la siguiente tesis:

INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR. El propio artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el poder revisor. Así, el método genético-teleológico permite, al analizar la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma constitucional, los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión y el propio debate, descubrir las causas que generaron determinada enmienda al código político, así como la finalidad de su inclusión, lo que constituye un método que puede utilizarse al analizar un artículo de la Constitución, ya que en ella se cristalizan los más altos principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en nuestro sistema jurídico. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VII, abril de 1998, tesis P. XXVIII/98, p. 117.

Pese a lo anterior, debe señalarse que la interpretación de carácter histórico dirigida fundamentalmente a conocer la voluntad del poder constituyente no puede utilizarse de forma prevalente frente a otros métodos hermenéuticos; es-

to es importante ya que ha existido una cierta corriente interpretativa en nuestros tribunales según la cual lo importante no es lo que realmente dicen las normas, sino “lo que quisieron decir” sus autores. Si se acepta este punto de vista (privilegiando la supuesta *voluntas legis* por encima del propio texto) se abre la puerta a cualquier tipo de excesos y arbitrariedades, dando lugar con ello, como lo demuestra una cantidad considerable de tesis jurisprudenciales de nuestro pasado reciente, a la aplicación sesgada e incluso corrupta de la Constitución y de las leyes. En otras palabras, por ningún motivo se puede sustituir la letra de la ley (o de la Constitución) por el supuesto significado del “espíritu” de la norma o por la intención que tuvieron sus autores.

—Criterio sociológico y teleológico, según el cual se deben tomar en cuenta los objetivos que persiguen los derechos fundamentales;²¹¹ el intérprete debe considerar siempre que el texto constitucional fue expedido para ser relevante, no para formar parte de algún marco decorativo; de esa manera, la interpretación teleológica deberá tender a asegurar en la realidad el cumplimiento de los fines que persiguen los derechos fundamentales.

Conforme a lo anterior, por tanto, debemos tener presentes los métodos tradicionales de interpretación normativa al momento de analizar las disposiciones que contienen derechos fundamentales. Pero no podemos agotar en esos métodos la problemática de la interpretación constitucional, puesto que la Constitución requiere, por varias razones, de una interpretación en alguna medida distinta de la que puede aplicarse al resto de textos que componen el ordenamiento jurídico. En otras palabras, aunque los métodos tradicionales puedan ser *necesarios* para la interpretación constitucional, no son sin embargo *suficientes* para realizarla.

Lo anterior se debe a que la interpretación constitucional es parcialmente distinta de la interpretación legal.²¹² Dicha distinción se produce por razón de grado (puesto que, como ya vimos, la Constitución es la norma suprema del sistema jurídico), pero sobre todo por razón de la *cualidad* de la norma constitucional,²¹³ que tiene una estructura y una función peculiares que exigen del in-

²¹¹ *Ibidem*, pp. 190 y 191.

²¹² Una discusión importante sobre este punto puede verse en Guastini, Riccardo, “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, en su libro *Estudios sobre la interpretación jurídica*, *cit.*, cap. VI.

²¹³ Aragón, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, núm. 1, 1997, p. 184.

térprete un ejercicio hermenéutico bien distinto del que postulaba Savigny en el siglo pasado para interpretar las leyes.²¹⁴

El problema de la interpretación es hoy en día el problema central de la teoría de la Constitución.²¹⁵ La búsqueda de esquemas interpretativos que maximicen la “capacidad prestacional” —es decir, la posibilidad de tener efectos prácticos sobre la realidad cotidiana— de las normas constitucionales que contienen derechos fundamentales es uno de los empeños que mayor dificultad ofrece dentro de nuestro panorama jurídico.

En el sistema jurídico mexicano el estudio de la interpretación constitucional (y en particular de la interpretación *constitucionalmente correcta* de los derechos fundamentales) tiene una gran importancia, sobre todo si se tiene en cuenta que sigue estando presente en la práctica de nuestros tribunales el postulado positivista que creía que la interpretación simplemente era la aplicación por un juez neutral de una consecuencia lógica una vez que el intérprete ponía en claro y sin problema alguno una premisa mayor y otra menor.²¹⁶

El constitucionalismo moderno ha venido a romper en buena medida con esa concepción. Si el positivismo postulaba la tesis de la subsunción, según la cual, como se acaba de decir, toda solución jurídica es directamente deducible de las premisas que ofrecen los hechos, por una parte y la norma jurídica aplicable, por la otra, el constitucionalismo más reciente cambia esa forma de interpretación por la de la *ponderación*.²¹⁷

En efecto, los textos constitucionales modernos están llenos de principios, no de reglas;²¹⁸ ante la presencia de principios y valores constitucionales que entran en conflicto, la subsunción se revela como un método interpretativo un tanto superado,²¹⁹ y lo que se exige al intérprete es acudir a métodos distintos

214 Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 617 y ss.; Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 31 y ss.

215 Rubio Llorente va más allá y afirma que el problema de la interpretación es el problema central de la teoría del Estado y, en alguna medida, de la teoría del derecho, *La forma del poder, cit.*, p. 605.

216 El proceso histórico-jurídico de esa concepción ha sido explicado por Fix-Zamudio, Héctor, “El juez ante la norma constitucional”, en su libro *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos, cit.*, pp. 1 y ss.

217 Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales, cit.*, cap. III.

218 Sobre el concepto de “reglas”, el de “principios” y sus relaciones recíprocas ver Atizena, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, cap. I.

219 Eduardo García de Enterría es contundente en este punto: “Desde el momento en que ha quedado claro que hay que operar directamente con valores, la operación aplicativa es todo menos mecánica”, “La democracia y el lugar de la ley”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 92, octubre-diciembre de 1996, pp. 619 y 620.

que incorporen conceptos como los de ponderación, razonabilidad o proporcionalidad; bajo esos esquemas, el intérprete puede solucionar un caso concreto sin tener que decidir sobre la validez de dos normas enfrentadas; lo que corresponde hacer al juez constitucional es ponderar los bienes en tensión y tratar de potenciar o maximizar ambos hasta donde sea *razonable*, procurando nunca sacrificar totalmente uno de ellos (excepto, claro está, en casos límite).²²⁰

La razonabilidad, dice Luis Prieto, “podría ser el lema de la justicia constitucional tanto en su tarea de control de la ley como de protección de los derechos fundamentales”.²²¹ Pensemos por ejemplo en el principio de igualdad, en el cual “no puede haber subsunción porque no existe propiamente una premisa mayor constitucional”;²²² es decir, la norma constitucional nos dice que todos debemos ser tratados como iguales, sin que pueda prevalecer discriminación por razón de sexo, raza, ideología, estado de salud, etcétera, pero nunca nos dice cuándo en concreto se configura un trato desigual (en el trabajo, en la escuela, en la familia, en la administración de justicia, etcétera). Otro ejemplo notable de la necesidad de ponderación lo constituyen la libertad de expresión y el derecho a la intimidad o el derecho al honor.²²³

Cuando se da un conflicto entre los respectivos bienes tutelados, no solamente no puede imponerse en definitiva ninguno de ellos (puesto que todos tienen rango de supremos por estar previstos en la Constitución), sino que el juez está obligado a preservar ambos hasta donde sea posible.²²⁴ En este contexto, Luis Prieto señala que

se hace del razonamiento una exigencia constitucional y, por ello, cabe decir que los valores, principios y derechos fundamentales contribuyen a hacer más difíciles los casos fáciles, esto es, obligan a un planteamiento siempre más problemático de las soluciones sencillas basadas en la subsunción. En otras palabras, el modelo paleopositi-

²²⁰ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 160 y ss.; sobre la razonabilidad, Carrasco Perera, A., “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 11, 1984.

²²¹ *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, p. 38.

²²² *Ibidem*, p. 39.

²²³ Rodríguez Bereijo, Álvaro, “La libertad de información en la jurisprudencia constitucional”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997, pp. 2-7. Sobre la libertad de expresión y los derechos a la intimidad y al honor abundamos en el capítulo tercero *infra*.

²²⁴ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 161. El Tribunal Constitucional español impone “una exigencia de razonamiento complejo que huya de la mera subsunción; no se trata de imponer el triunfo de la libertad de expresión o del derecho al honor, sino sólo de mostrar y justificar el camino argumentativo que conduce a una u otra solución”, Prieto, *Constitucionalismo y positivismo*, cit., p. 41.

vista de interpretación se muestra incapaz de dar cuenta del tipo de interpretación requerido por el constitucionalismo.²²⁵

Otra modificación al paradigma interpretativo positivista hecha por el constitucionalismo consiste en la nueva consideración “política” de la labor del juez, sobre todo del juez constitucional. Mientras para el positivismo, como consecuencia obvia de la tesis de la subsunción, el juez no hacía más que aplicar automáticamente la ley, hoy se acepta que “las decisiones judiciales tienen siempre un componente valorativo”.²²⁶

El juez, lejos de aplicar con absoluta neutralidad la ley, como se cree en México por herencia de la concepción positivista, pasa a integrarse dentro de la lucha política por varios motivos; en primer lugar, por el “componente valorativo” de su actividad; luego porque conoce de controversias políticas (por ejemplo disputas entre las mayorías y las minorías parlamentarias) y, finalmente, porque si el constitucionalismo es una ideología basada y comprometida con ciertos valores, el juez que decida de forma *constitucionalmente adecuada* toma parte dentro de la lucha por la preservación y extensión de esos valores. Se trata, en suma, de un juez “comprometido” no de un neutro decisor jurídico.²²⁷

Para comprender correctamente el tema de la interpretación de los derechos fundamentales hay que considerar que en la Constitución mexicana no hay reglas de interpretación del propio texto constitucional. Alguna previsión interpretativa se encuentra en los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 de la Constitución de 1917, pero en referencia a los juicios penales y a los civiles, no a los derechos fundamentales.²²⁸ Tampoco en el derecho internacional de los derechos humanos son muy abundantes las disposiciones normativas que nos señalen cómo debemos interpretar los derechos; destaca en este asunto el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), que establece lo siguiente:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

²²⁵ *Constitucionalismo y positivismo, cit.*, p. 41.

²²⁶ *Ibidem*, p. 38.

²²⁷ Sobre este punto, Andrés Ibáñez, Perfecto, “Garantía judicial de los derechos humanos”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 90, marzo de 1999, pp. 12-14.

²²⁸ El estudio de los párrafos mencionados se realiza en el capítulo cuarto de este libro.

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Como puede apreciarse, el artículo 29 del Pacto de San José establece una serie de reglas interpretativas: señala que no se puede utilizar el texto del propio Pacto para limitar un derecho en mayor medida de lo establecido por él. Señala también que el Pacto no puede servir para limitar un derecho reconocido en otro instrumento jurídico; esta disposición significa que el Pacto se asume como un texto regulador de derechos “mínimos”, que pueden ser ampliados por otros instrumentos; el intérprete deberá atender a la norma que tutele de manera más amplia el derecho en cuestión. Finalmente, del artículo 29 puede concluirse también que el Pacto tiene un carácter enunciativo y no limitativo, por lo cual su contenido no excluye del goce de otros derechos.

En cualquier caso, conviene tener presente que en materia de interpretación de los derechos fundamentales se requiere de los aplicadores jurídicos nuevas perspectivas y, sobre todo, que se dejen atrás los tradicionales postulados iuspositivistas. Hoy en día el razonamiento judicial en materia de derechos fundamentales debe ser capaz de aplicar racionalmente estándares como los de razonabilidad, corrección funcional, proporcionalidad, ponderación, etcétera.

Por lo que hace a los principios interpretativos particulares que se suelen aplicar a los derechos fundamentales, Edgar Carpio los ha sintetizado acertadamente en los siguientes postulados:²²⁹

—Principio *pro homine*, el cual tiene dos variantes principales: *Preferencia interpretativa*, según la cual el intérprete ha de preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental (y que se plasma en los subprincipios de *favor libertatis*, de protección a las víctimas o *favor debilis*, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de *in dubio pro operario*, de *in dubio pro reo*, de *in dubio pro actio-*

²²⁹ Carpio Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Pa-lestra Editores, 2004.

ne,²³⁰ etcétera). *Preferencia de normas*, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorables tiene su fundamento en el artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

- Posición preferente de los derechos fundamentales (*preferred freedoms*), de acuerdo con este principio, el intérprete que se enfrenta a un caso concreto en el que dos distintos derechos pueden entrar en colisión, debe aplicar de forma preferente alguno de ellos, siempre y cuando haya realizado antes un ejercicio de ponderación entre ellos. Así, y según se expone en el capítulo tercero, varios tribunales constitucionales han sostenido que la libertad de expresión y la libertad de prensa tienen un valor preferente frente a derechos como el de intimidad u honor, en virtud de que tales libertades tienen un papel esencial para la construcción de una opinión pública libre, que a su vez es condición necesaria de todo sistema democrático.
- Mayor protección de los derechos; de acuerdo con este principio, se entiende que la regulación constitucional de los derechos es solamente un *estándar mínimo*, que puede y debe ser ampliado por los distintos intérpretes que los aplican. Esto implica no solamente al intérprete judicial, sino también al legislador cuando promulga leyes o a la administración pública cuando expide reglamentos o cuando diseña políticas públicas para hacer realidad los derechos. Desde luego, un primer elemento de mayor protección de los derechos se suele encontrar en los tratados internacionales, los cuales deberán ser atendidos y correctamente aplicados por los jueces nacionales (por desgracia en México todavía no sucede esto, ya

²³⁰ La aplicación de este principio por los tribunales federales mexicanos llevaría a abandonar las tesis jurisprudenciales que indican que, en el juicio de amparo, el estudio de las causales de improcedencia es de orden público y preferente al estudio del resto de la demanda, lo cual en la práctica lleva a que muchos juicios de amparo sean sobreesidos, a veces invocando criterios que violan el principio de acceso a la justicia establecido por el artículo 17 de la Constitución mexicana. Carpio nos advierte que el principio *pro actione* constituye la aplicación del principio *pro homine* al ámbito procesal, de forma que el intérprete debe analizar las restricciones o limitaciones legales para acceder al órgano jurisdiccional de forma restrictiva, con el objetivo de lograr que el mayor número de procesos sea iniciado y, en la medida en que sea posible, se satisfaga la pretensión del demandante optimizando con ello el derecho a la jurisdicción (p. 41).

que los jueces conocen poco los tratados y además los abogados no suelen esgrimirlos en sus demandas).

- Fuerza expansiva de los derechos; este principio se puede aplicar tomando varias perspectivas. Por ejemplo en cuanto a la titularidad de los derechos (en este caso el intérprete debe extender cuanto sea posible el universo de los sujetos titulares, para que les llegue al mayor número de personas la protección de los derechos) o en cuanto a la eficacia horizontal y vertical de los derechos (esto nos lleva al tema de la *dritwirkung der grundrechte*, que en México apenas comienza a ser explorada, con mucho retraso con respecto a lo que se ha hecho en otros países).

Aunque no son los únicos que existen, los principios anteriores nos pueden servir como guía para interpretar correctamente las normas que contienen derechos fundamentales.

VI. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A PARTICULARES

Tradicionalmente, los derechos fundamentales se han concebido como posiciones jurídicas que los particulares podían oponer a los poderes públicos. Esta idea es en gran parte deudora del contexto histórico y del desarrollo doctrinal en el que surge la idea de los derechos. Por lo que hace al contexto histórico, hay que recordar que las primeras declaraciones de derechos nacen como una reacción contra el “Estado absolutista”, contra los regímenes monárquicos que negaban a sus súbditos los más elementales derechos y que ejercían el poder de manera despótica; el enemigo a vencer, pues, era el aparato estatal y lo que se intentaba proteger era la sociedad civil. Para esta visión, por tanto, no era concebible que las amenazas a los derechos pudieran venir justamente de la arena de los propios oprimidos, es decir, de los particulares.

Por otro lado, ya hemos revisado la concepción derivada de la “teoría liberal” de los derechos, según la cual cada persona tiene protegida una esfera infranqueable para los poderes públicos que le asegura la posibilidad de conducirse como lo prefiera en muchos ámbitos de su existencia. Esa visión, como ya también se apuntaba, ha tenido mucha influencia en México, tanto a nivel teórico como sobre los pronunciamientos de nuestros jueces.

A nivel teórico se ha defendido durante décadas por la doctrina nacional la idea de que los derechos fundamentales establecen relaciones jurídicas entre los particulares (sujeto activo, titular del derecho en cuestión) y las autoridades

(sujeto pasivo, obligado a respetar el contenido del derecho).²³¹ Aceptando este punto de vista, la Constitución en el artículo 103 fracción I y la Ley de Amparo en su artículo 1o. fracción I disponen que el amparo procede contra “actos de autoridad” que violen las garantías individuales.

A nivel jurisprudencial se ha considerado, en consonancia con los dos artículos que se acaban de mencionar, que solamente contra actos de autoridad se puede promover el juicio de amparo; la jurisprudencia tradicional sobre el concepto de autoridad para efectos de amparo es la siguiente:

AUTORIDADES. El término “autoridades”, para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. IV, p. 1067.²³²

Con este punto de vista jurisprudencial se cerraba el círculo: ni teórica ni prácticamente tenía sentido plantear que los particulares pudieran violar los derechos fundamentales de otros particulares.²³³

Con el paso del tiempo, sin embargo, los análisis de los derechos fundamentales se han ido haciendo más refinados, lo que ha permitido desmontar algunas de las ideas tradicionales. Por un lado, hoy en día se entiende que, en efecto, muchas amenazas a los derechos siguen proviniendo de los poderes públicos, pero que también son estos mismos poderes los únicos que pueden contribuir a la satisfacción de muchos de nuestros derechos fundamentales; es decir, hoy en día el Estado no es visto como un enemigo de los derechos sino como un aliado de la sociedad en la consecución de los mismos, siempre que se trate de un gobierno democrático desde luego. Así, por ejemplo, es obvio que

²³¹ Así por ejemplo Ignacio Burgoa afirma que “La relación jurídica de supra a subordinación en que se manifiesta la garantía individual consta de dos sujetos, a saber, el *activo* o *gobernado* y el *pasivo*, constituido por el *Estados y sus órganos de autoridad*”, *Las garantías individuales*, *cit.*, p. 168.

²³² Este criterio ha sido parcialmente modificado, aunque sin consecuencias para el tema que nos ocupa, por la tesis “AUTORIDAD PARA EFECTOS DE JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PÚBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURÍDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DEL GOBERNADO”, tesis XXVII/97 del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo texto completo puede verse en Zaldívar, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, UNAM, 2002, pp. 71 y 72.

²³³ La crítica a las insuficiencias y lagunas del concepto de autoridad y de acto de autoridad para efectos de amparo pueden verse en Zaldívar, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, *cit.*, pp. 65 y ss.

la realización práctica de los derechos sociales (educación, vivienda, salud, trabajo, menores de edad, personas mayores, personas con discapacidad, etcétera) no puede quedar librada a lo que dispongan o quieran hacer las fuerzas de la sociedad civil, dominadas en muy amplia medida por la lógica del mercado (oferta, demanda, rendimientos, ganancias, intereses, rentabilidad, etcétera); en estos ámbitos, los intereses generales requieren de una acción amplia y decidida por parte del Estado, que se viene a convertir en el garante de los derechos.

Por otro lado, también nos hemos dado cuenta que no todo lo que se puede clasificar dentro del rubro “sociedad civil” es positivo para los derechos. Por el contrario, hoy en día muchas amenazas a nuestros bienes básicos provienen no tanto de la acción del Estado sino de la acción de otros particulares (actuando, con frecuencia, en complicidad con las autoridades, como suele suceder en el caso de México). Pensemos por ejemplo en el derecho a un medio ambiente sano; ¿quién tiene mayor capacidad de destrucción del ambiente, las autoridades o las grandes empresas? Podemos poner un ejemplo distinto: el derecho a la igualdad; ¿la discriminación en nuestras sociedades —la exclusión de una persona por tener un determinado color de piel, por ser mujer, por pertenecer a un pueblo indígena, por tener una discapacidad— se produce por los órganos públicos o por los particulares? ¿cuando una persona se niega a alquilarle una vivienda a otra esgrimiendo como motivo las creencias religiosas del solicitante o cuando una mujer es despedida de su trabajo por estar embarazada estamos o no frente a una discriminación y, en consecuencia, frente a una violación de derechos fundamentales realizada por particulares? Los ejemplos, como es obvio, podrían multiplicarse; a varios de ellos iremos haciendo referencia en los próximos capítulos en relación con los derechos concretos que nos asegura el texto constitucional mexicano.

Frente a la visión tradicional de los poderes públicos como únicos sujetos pasivos posibles dentro de la relación jurídica derivada de los derechos fundamentales, hoy surge un punto de vista alternativo que nos llama la atención sobre los “poderes salvajes” que existen en las sociedades contemporáneas, tanto en la esfera del mercado como en los ámbitos sociales no regulados.²³⁴

A partir de esta nueva realidad (que quizá no es nueva, pero de la que la teoría constitucional se ha dado cuenta recientemente) se ha desarrollado una concepción distinta de los derechos fundamentales, desde la que se puede hablar de los “efectos horizontales” de los derechos fundamentales o de la “eficacia entre particulares” de estos mismos derechos.

²³⁴ En este sentido, Ferrajoli, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, en VV. AA., *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, 2002, pp. 99 y ss.

Se trata de una cuestión bastante compleja que ha sido objeto de un número importante de estudios y monografías.²³⁵ Su tratamiento y exposición en un texto general sobre los derechos fundamentales en la Constitución mexicana es muy difícil de realizar, debido a la complejidad del tema y al espacio que su desarrollo requiere. El lector interesado en profundizar sobre el tema debe acudir a la bibliografía especializada que ya se ha citado.

A pesar de la jurisprudencia tradicional sobre el concepto de autoridad para efectos del amparo, en alguna de sus decisiones la Suprema Corte ha considerado que también los particulares pueden violar preceptos constitucionales que contemplan derechos fundamentales.²³⁶ Se trata, sin embargo, de construcciones todavía muy precarias, que sin duda deberán ser fortalecidas en el futuro inmediato, puesto que tal como están tienen un escaso rendimiento explicativo y aplicativo.

A nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido también la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. En concreto, la Corte considera que el Estado debe hacer valer los derechos fundamentales en las relaciones sujetas al derecho privado, pues de otra manera, podrían darse violaciones de derechos que le acarrearán responsabilidad internacional. La Corte afirma, a propósito de los derechos de los trabajadores, que

En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares [Opinión Consultiva núm. 18, párrafo 140].

²³⁵ Las dos obras más importantes en la materia que se han publicado en español son Bilbao Ubillas, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, BOE, 1997 y Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000. También puede ser interesante consultar los ensayos de Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995 y Von Münch, Ingo, “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, en Salvador Corderch, Pablo (coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997.

²³⁶ Un análisis de este tema en la jurisprudencia mexicana puede verse en Mijangos y González, Javier, “El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 14, 2003, pp. 81 y ss.

En el mismo sentido, la Corte considera que

La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de esos derechos [Opinión Consultiva núm. 18, párrafo 147].

VII. LOS DEBERES CONSTITUCIONALES

Junto a los derechos fundamentales, la Constitución señala también una serie de “deberes constitucionales”. Aunque, como ha señalado Bobbio, uno de los grandes avances del mundo moderno ha sido la separación entre los derechos y los deberes, asignando los primeros a todas las personas sin ningún tipo de condición, sino por el simple hecho de haber nacido, esto no es obstáculo para que la Constitución pueda asignar también una serie de deberes.

Dichos deberes, en consonancia con lo que ha explicado Bobbio, no pueden bajo ningún concepto entenderse como requisitos para disfrutar de los derechos fundamentales, no son un tipo de condición o barrera que haya que superar. Pero en virtud de que contribuyen a regular desde la Constitución la conducta de las personas, conviene al menos hacer una breve mención de ellos. Una teoría coherente de los derechos debe tener presentes también los deberes si no quiere caer en posturas irresponsables o poco realistas; es obvio que el goce efectivo de los derechos podrá llevarse a cabo en la medida en que también se logre el acatamiento de los deberes. De hecho, una de las críticas que se suele hacer a las teorías de los derechos es que pasan por alto los deberes.²³⁷ Por tales razones es que debemos considerar esa cuestión en este apartado.

Los deberes constitucionales a los que nos referimos, que quizá en sentido estricto se deberían llamar “deberes fundamentales”, son aquellos que la Constitución establece para los particulares; no hacemos referencia a los deberes u obligaciones que el texto constitucional impone a todos los órganos públicos al señalar sus atribuciones (es muy representativo de lo que se acaba de decir el

²³⁷ Ver el comentario al respecto que hace Cruz Parceró, Juan Antonio, “Las críticas al lenguaje de los derechos”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 18, diciembre de 2001, pp. 46-49.

encabezado del artículo 89 constitucional cuando establece que “Las facultades y obligaciones del presidente son las siguientes...”).²³⁸

Para estar en capacidad de identificar un deber constitucional en el sentido que se indica, hay que atender a lo que literalmente disponga la Constitución. En la mayor parte de los casos, los deberes impuestos a los particulares por la Constitución no pueden ser aplicables directamente, entre otras cosas porque la misma Constitución no establece ningún tipo de sanción por su incumplimiento; por eso tiene razón Francisco Rubio Llorente cuando señala que en realidad los deberes constitucionales tienen como destinatario más bien al legislador, que deberá darles contenidos precisos.²³⁹

El primer deber constitucional aparece en el artículo 3o. de la carta magna, cuando en su párrafo inicial señala que la educación preescolar, primaria y secundaria son obligatorias. Esa misma disposición se reitera en el artículo 31 al disponer que “Son obligaciones de los mexicanos: I. Hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley”.

Sobre esta obligación hay que considerar que los sujetos a los que se dirige son menores de edad y que por tal razón el Estado no puede aplicar medidas coactivas para hacerla cumplir. Hay que considerar que los menores están sujetos a patria-potestad o tutela, razón por la cual el deber constitucional puede y debe redirigirse hacia los adultos que ejercen dichas potestades sobre los menores; serán los adultos entonces los responsables del eventual incumplimiento de la obligación señalada en el texto constitucional.²⁴⁰ Sobra decir que, en la práctica, la posibilidad de que el Estado haga cumplir esta obligación es más bien remota, como lo demuestran las altas tasas de ausentismo y deserción escolares.²⁴¹

El mismo artículo 3o., como se verá más adelante con detalle, permite que los particulares impartan educación; para quienes lo hagan la Constitución impone otro deber en los siguientes términos:

²³⁸ Sobre el sentido del concepto “deber constitucional” aplicado a las autoridades, *cfr.* Selwyn Miller, Arthur, “Toward a Concept of Constitutional Duty”, *The Supreme Court Review 1968*, Chicago, 1968, pp. 199 y ss.

²³⁹ Rubio Llorente, Francisco, “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, Madrid, mayo-agosto de 2001, p. 21.

²⁴⁰ Rubio Llorente, Francisco, “Los deberes constitucionales”, *cit.*, p. 26.

²⁴¹ Sobre ellas se abunda al tratar el tema del derecho a la educación como derecho social, dentro del capítulo quinto de este libro.

En el caso de la educación primaria, secundaria y normal, los particulares deberán:

- a) Impartir la educación con apego a los mismos fines y criterios que establecen el segundo párrafo y la fracción II, así como cumplir los planes y programas a que se refiere la fracción III, y
- b) Obtener previamente, en cada caso, la autorización expresa del poder público, en los términos que establezca la ley [artículo 3o. fracción VI].

Los que parecen condensar de forma más sistemática, al menos a primera vista, los deberes constitucionales, son el ya mencionado artículo 31 y el artículo 36, ambos de la Constitución. En el primero de ellos se señalan las obligaciones “de los mexicanos” y en el segundo las “de los ciudadanos”. Sus textos son los siguientes:

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

I. Hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley;

II. Asistir en los días y horas designados por el Ayuntamiento del lugar en que residan, para recibir instrucción cívica y militar que los mantenga aptos en el ejercicio de los derechos de ciudadanos, diestros en el manejo de las armas, y conocedores de la disciplina militar;

III. Alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la patria, así como la tranquilidad y el orden interior, y

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del estado y municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Artículo 36. Son obligaciones del ciudadano de la República:

I. Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo de que subsista; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen las leyes.

La organización y el funcionamiento permanente del Registro Nacional de Ciudadanos y la expedición del documento que acredite la ciudadanía mexicana son servicios de interés público, y por tanto, responsabilidad que corresponde al Estado y a los ciudadanos en los términos que establezca la ley,

II. Alistarse en la Guardia Nacional;

III. Votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley;

IV. Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos; y

V. Desempeñar los cargos concejiles del municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado.

Como se puede apreciar, las obligaciones corresponden, en términos generales, a los siguientes aspectos: educación, cuestiones militares, deberes tributarios y deberes laborales. Entre los primeros está el ya mencionado de recibir la educación preescolar, primera y secundaria. Entre los deberes militares se encuentra el de asistir a recibir instrucción militar, así como el de alistarse en la Guardia Nacional; ninguno de estos deberes militares se verifica en la práctica; la única obligación militar que medianamente se lleva a cabo (con grandes deficiencias y plagada de actos de corrupción) es la de realizar el servicio militar obligatorio, que deriva de un mandato legal y no directamente de la Constitución. El deber tributario se encuentra en la fracción IV del artículo 31.²⁴²

Por lo que hace a los deberes laborales, que se concretan en la obligación de desempeñar cargos públicos (fracciones IV y V del artículo 36), hay que tomar en cuenta que el artículo 5o. constitucional establece la libertad de trabajo, lo que incluye la libertad para elegir la labor que cada persona quiera desempeñar. Habría sin embargo que considerar que el mismo artículo 5o. establece expresamente que

En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquellas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale.

Los deberes constitucionales ya estaban presentes, de alguna u otra manera en los inicios del Estado constitucional mexicano, aunque con un sentido ligeramente distinto al que hoy en día le da el texto de la Constitución de Querétaro. Así, resulta curioso recordar que el artículo 41 de la Constitución de Apatzingán de 1814 establecía que “Las obligaciones de los ciudadanos para con la patria son: una entera sumisión a las leyes, un obedecimiento absoluto a las autoridades constituidas, una pronta disposición a contribuir a los gastos públicos, un sacrificio voluntario de los bienes y de la vida cuando sus necesidades lo exijan. El ejercicio de estas virtudes forma el verdadero patriotismo”. Aunque ya se pueden ver en ese artículo algunas de las ideas que perduran hasta hoy en día (como la obligación de contribuir al gasto público) lo que resulta no-

²⁴² En general sobre el deber de contribuir a los gastos públicos, Rubio Llorente, Francisco, “Los deberes constitucionales”, *cit.*, pp. 46-48.

table es la ingenuidad con que estaba adornado al suponer que un texto constitucional podría lograr la “entera sumisión a las leyes”, el “obedecimiento absoluto” o el sacrificio voluntario de la propia vida por las necesidades de la patria. Se trata de un ejemplo notable del romanticismo propio de la primera etapa de la codificación constitucional.

En el derecho internacional de los derechos humanos la noción de deber no es extraña. Por mencionar un ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 señala en su artículo 29.1 que “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”. De forma parecida, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad” (artículo 32.1).

Desde un punto de vista de filosofía política y de teoría de la justicia, es obvio que el adecuado desarrollo y preservación de los derechos fundamentales en una sociedad democrática exige que los ciudadanos asuman una serie de deberes no en el sentido jurídico del término, sino en un cierto sentido moral o cívico. Es decir, para lograr la vigencia efectiva de los derechos todos debemos asumir una ética pública que refleje el compromiso con los valores que esos derechos buscan defender y preservar. Insisto: no se trata de una reflexión que se pueda hacer desde el ámbito jurídico, sino que pertenece al campo de la axiología moral y de la ética. Algunos autores han sostenido, por ejemplo, que aunque no esté prohibido fumar y que el consumo de cigarrillos forme parte —en términos generales y con las limitaciones que se imponen cuando se quiere fumar en ciertos lugares— de una libertad no regulada, es importante que las personas reduzcan ese consumo en favor de su propio derecho a la salud y del derecho a la salud de los demás. De la misma forma, aunque la libertad de expresión pueda amparar y proteger ciertos discursos de corte racista o degradante para ciertos grupos, una ética de los derechos nos indica que debemos de mantener nuestros discursos dentro de ciertos parámetros de normalidad, no ya para evitar violar una u otra norma jurídica, sino para reforzar los derechos en el ámbito de la ética pública.²⁴³ Sobra decir que las consideraciones éticas y axiológicas no pueden servir en ningún caso para impedir *jurídicamente* la posibilidad de mantener una ética distinta a la de la mayoría; los derechos fundamentales sirven justamente para proteger al disidente individual, a quien decide comportarse según los dictados de su conciencia, por ejemplo fumando 50 cigarrillos al día o hablando sobre la inferioridad de ciertas razas en una plaza

²⁴³ Ver, en este sentido, las consideraciones de Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *The Cost of Rights*, Nueva York, Norton, 2000, pp. 135 y ss.

pública. Los derechos fundamentales sirven justamente para eso, o no sirven para nada.

VIII. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO DE DERECHO: NOTAS PARA UNA SOCIOLOGÍA DE LOS DERECHOS

Antes de terminar este primer capítulo, de carácter general e introductorio al estudio de los concretos derechos fundamentales establecidos en la Constitución mexicana, el lector debe estar advertido de algunas cuestiones colaterales al tema de los derechos, que tienen que ver con el concepto más amplio de Estado de derecho y que se podrían ubicar metodológicamente en una perspectiva sociológica de los derechos.

En primer término habría que señalar que el interés por los derechos fundamentales —o más ampliamente por los derechos humanos— es muy reciente en México. Desde hace poco más de una década, el debate sobre los derechos humanos en México ha crecido en cantidad y en calidad. Una concreción importante de ese debate ha sido la incorporación constitucional de la figura del *ombudsman* en 1992 (artículo 102 inciso B), lo cual ha traído un elemento innovador al ordenamiento jurídico mexicano y ha contribuido para poner en el centro de interés de la opinión pública varios de los temas de la agenda de los derechos humanos que llevaban años sin ser discutidos y analizados.

Lamentablemente, el interés de individuos y organizaciones no se ha visto siempre y en todos los casos correspondido con una actuación coherente y comprometida con los derechos por parte de los poderes públicos, con excepción de lo realizado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que ha servido como una institución clave para el desarrollo de (y la toma de conciencia sobre) los derechos en los últimos años en México.

Podría ser muy amplia la lista de carencias que tienen los derechos en el quehacer jurídico y político nacional. Muchas de ellas están referidas en los capítulos que siguen. Hay algunas otras, de carácter más general, de las que conviene dar cuenta en este momento.

La primera tiene que ver con el desorden que impera dentro del título primero capítulo primero de la Constitución de 1917. Es muy notable que la sistemática utilizada en la redacción del capítulo relativo a las “Garantías individuales” en la Constitución de 1917 no parece, en la actualidad, la más apropiada. A partir de las múltiples reformas que han tenido los primeros 29 artículos de la carta magna, su contenido se ha ido ensanchando de tal forma que hoy en día resulta prácticamente incomprensible. La confusión y la mezcla en un solo precepto de cuestiones bien distintas o incluso distantes son la regla en esta parte

de la Constitución. El lenguaje empleado tanto por el poder constituyente como por el poder reformador tampoco es un modelo de pulcritud. El texto constitucional no contiene varios de los nuevos derechos que ya figuran en otras cartas fundamentales, ni las grandes declaraciones de principio que suelen habitar en las mismas.

En este sentido, una primera condición para que el texto constitucional pueda ser, no digo ya aplicado a plenitud, sino simplemente comprendido, es la de rediseñar por completo toda la temática de los derechos en la Constitución. Obviamente, no es que en el estado actual de la Constitución no se pueda hacer nada, pero sí que es cierto que bajo el contenido y la redacción vigentes las limitaciones para la actuación práctica de los derechos empiezan desde el propio texto constitucional, lo cual es muy grave.

Una segunda carencia importante que conviene mencionar en este momento y que impacta en la temática del presente ensayo tiene que ver con el pobre papel que han jugado y siguen jugando los mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos. En la arena de la protección jurisdiccional seguimos teniendo en México una serie de lastres de enormes dimensiones.

No se trata solamente de la no existencia de vías jurisdiccionales internas para proteger los derechos sociales, sino en general del funcionamiento deficiente del poder encargado por mandato constitucional de proteger los derechos fundamentales. El Poder Judicial federal, a pesar de que en los últimos años ha sido modernizado de forma importante,²⁴⁴ sigue actuando de manera poco “comprometida” (por decirlo de algún modo) con los derechos.

Como se verá en los capítulos que siguen, una parte de la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte (por no hablar de la jurisprudencia histórica, de la que se pueden sacar ejemplos que harían sonrojar al más conspicuo defensor de la “razón de Estado”) pone de manifiesto la poca preparación de sus integrantes en materia de derecho constitucional en general y de derechos fundamentales en particular. En casi todas sus sentencias la Corte sigue anclada en un modelo de interpretación constitucional marcadamente positivista,²⁴⁵ sin tomar en cuenta los nuevos desarrollos que se han producido en el mundo en los últimos años. Es urgente una actualización de nuestro jueces en materia de interpreta-

²⁴⁴ De este tema me he ocupado en Carbonell, Miguel, “¿El tercero ausente? Poder Judicial y democracia en México”, *Metapolítica*, México, núm. 30, julio-agosto de 2003, pp. 94-101; *id.*, “El nuevo papel del poder judicial y la transición a la democracia en México”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Madrid, núm. 46, marzo de 2003, pp. 91-95.

²⁴⁵ Las características de la “interpretación positivista”, a la que ya nos hemos referido en el apartado dedicado a la interpretación dentro de este mismo capítulo, han sido explicadas en Prieto, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, *cit.*

ción constitucional y en particular de interpretación de los derechos fundamentales.

Las anteriores carencias, que tienen que ver con una óptica interna de la protección jurisdiccional de los derechos, se complementan con otras que se refieren al ámbito internacional. Quizá más por necesidades históricas y geográficas que por convicción política, México se ha mostrado tradicionalmente reacio a reconocer mecanismos internacionales de solución de controversias.

No fue sino hasta finales de 1998 cuando reconoció —con algunas reservas más bien penosas— la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Frente a la creación del Tribunal Penal Internacional la diplomacia mexicana se mostró en un inicio muy tímida, apoyando un modelo restrictivo de Tribunal, en consonancia con la postura adoptada por los Estados Unidos en la Conferencia de Roma encargada de redactar su Estatuto. El proceso de ratificación del Estatuto de Roma por parte del Estado mexicano ha estado marcado por importantes resistencias, provenientes tanto de los sectores más conservadores del gobierno mexicano (como las fuerzas armadas), como de algunos sectores reaccionarios instalados en el Poder Legislativo.

Es de esperarse que en el futuro inmediato, ante la nueva caracterización del escenario político internacional, México vaya cambiando algunos de sus principios de política exterior recogidos en el artículo 89 fracción X, de forma que se pueda sumar a la importante corriente de defensa internacional que busca hacer de los derechos realidades universales.

Desde luego, resulta ya muy ingenuo seguir arguyendo cuestiones de soberanía para no reconocer los mecanismos internacionales de derechos humanos cuando en todas las demás materias —sobre todo en las de contenido económico— México se ha abierto de par en par, integrándose completamente en las nuevas coordenadas que marca la globalización.

Aparte de lo anterior y de muchas otras cuestiones que haría falta explicar, en México todavía no se ha creado una cultura de los derechos humanos. Los derechos siguen siendo patrimonio casi exclusivo de universitarios ilustrados y de una parte de las cada vez más depauperadas clases medias urbanas, pero no significan nada para los millones de pobres que habitan el territorio mexicano. En este punto se requiere de un esfuerzo masivo de difusión de los derechos, en el que mucho pueden contribuir los medios de comunicación masiva.

Hoy en día, junto a los trabajos de frontera, los teóricos del derecho deben hacer un esfuerzo muy intenso y sostenido de difusión de la cultura jurídica, y particularmente de la cultura constitucional. A veces escribimos sobre la Constitución y sobre los derechos humanos pensando que todos los habitantes de México están al tanto de lo que aquélla establece o que saben perfectamente

cuáles son esos derechos. Pasamos por alto un requisito previo para la efectividad de los derechos fundamentales: que sean conocidos por sus titulares y por los obligados a su cumplimiento. No hay forma más fácil y más gratuita de violar un derecho que bajo el amparo de la ignorancia de sus titulares.

Las evidencias empíricas, sin embargo, deberían de llamar la atención sobre lo dicho: las encuestas parecen demostrar que las personas no conocen el texto constitucional mexicano, ni están al tanto de los derechos que establecen los tratados internacionales en su favor.

Por ejemplo, de acuerdo con los datos de la “Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas”, levantada entre noviembre y diciembre de 2001 por la Secretaría de Gobernación,²⁴⁶ a la pregunta “¿Qué tanto conoce los derechos de los mexicanos establecidos en la Constitución?”, el 60% de los encuestados respondió que “poco” y el 35% que “nada”; es decir, el 95% de los encuestados dijo conocer poco o nada sus derechos constitucionales; solamente el 4.5% dijo conocer “mucho” sus derechos.

En la misma encuesta se preguntó “En México, ¿quién tiene la facultad para aprobar las reformas a la constitución?”. Con esta pregunta se buscaba determinar el nivel de conocimiento de nuestra carta magna. Ningún porcentaje relevante de los encuestados sabía lo que establece el artículo 135 constitucional. El 20.5% directamente dijo que “no sabe”; el 29% dijo que la reforma constitucional la hace “El presidente”, el 40% que “El Congreso”, el 4.5% que la “Suprema Corte de Justicia”, el 1.5% que la “Comisión Nacional de los Derechos Humanos” y el 0.8% que el “Instituto Federal Electoral”.

Estos datos ponen de manifiesto, entre otras cosas, la necesidad de difundir los contenidos constitucionales vigentes y de hacerlos llegar a sus destinatarios.

Repito: la primera y más obvia forma de violación de un derecho se produce cuando ese derecho no es ni siquiera conocido, cuando su titular no sabe que lo tiene, cuando nadie se lo ha explicado y no tiene forma alguna para hacerse con ese conocimiento. La implicación de grandes sectores de la población en la lucha por los derechos, la movilización social a su favor es una condición necesaria —aunque no suficiente, como se ha encargado de demostrar la historia de los últimos años— para que esos derechos salgan de los textos constitucionales y los tratados académicos y se materialicen en nuestra experiencia cotidiana. La implicación popular es indispensable para evitar también la manipulación fraudulenta en contra de los derechos, a la que con cierta frecuencia han acudido nuestros políticos para quitarse de encima su falta de ideas o su palmaria in-

²⁴⁶ Un resumen de la misma se encuentra en la revista *Este País. Tendencias y Opiniones*, México, núm. 137, agosto de 2002.

capacidad de resolver los problemas sociales respetando las reglas del Estado de derecho. Como sostenía el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Louis Brandeis, “un pueblo inerte es la mayor amenaza para la libertad”; a esa inercia se le vence con un debate público abierto y bien nutrido, el cual, según el propio Brandeis, “es un deber político”.²⁴⁷

Pero también es necesario un compromiso renovado de la cultura jurídica y constitucional, que en el pasado ha preferido silenciar las enormes violaciones de derechos humanos que se han sucedido en México a cambio de seguir disfrutando de una serie de prebendas y beneficios que ha obtenido bajo la sombra de los poderes públicos. Como señala Ferrajoli, “depende también de la cultura jurídica que los derechos, según la bella fórmula de Ronald Dworkin, sean tomados en serio, ya que no son sino significados normativos, cuya percepción y aceptación social como vinculantes es la primera, indispensable condición de su efectividad”.²⁴⁸

Los puntos que se acaban de referir, a pesar de su gravedad, no son sino la cara amable —por decirlo de alguna manera— de la problemática de los derechos humanos en México. Todavía en su informe anual 2001 (que analiza los hechos sucedidos durante el año precedente), la organización Human Rights Watch ha documentado la existencia en el país de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, torturas, denegación y dilación de justicia, corrupción de los agentes encargados de aplicar la ley, etcétera.²⁴⁹ Vale la pena detenerse en algunos puntos de ese texto.

El informe comienza con las siguientes palabras: “Las graves violaciones a los derechos humanos, entre ellas la tortura y la detención arbitraria, continuaron en México durante el 2000”. Del escaso compromiso con los derechos humanos por parte de algunos jueces y ministerios públicos da cuenta el siguiente párrafo:

Las deficiencias en la administración de justicia fueron de hecho una preocupación importante. Los agentes del Ministerio Público ignoraron con frecuencia los abusos policiales y también fabricaron directamente pruebas, y la supervisión judicial de su trabajo fue seriamente inadecuada. Los tribunales aceptaron pruebas obtenidas mediante violaciones a los derechos humanos, lo que incluyó registros ilegales, y los jueces citaron precedentes legales que menoscabaron las garantías de los derechos humanos.

²⁴⁷ Ver su voto concurrente en *Whitney vs. California* de 1927.

²⁴⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 68.

²⁴⁹ Dicho informe se puede consultar en www.hrw.org.

En junio de 1999 expresó el mismo parecer la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias, quien después de una visita a México escribió un informe en el que se decía que en el país “persisten las ejecuciones extrajudiciales y la impunidad de quienes las cometen”.²⁵⁰ Luego de dar a conocer sus impresiones, no faltaron las voces —incluso desde las cámaras del Congreso y por parte de los entonces responsables de la política interior y exterior— que señalaron que con esa actitud la Relatora estaba “invadiendo la soberanía” de México y sobrepasándose en sus funciones: fueron muestras claras de la vieja tesis soberanista empleada para solapar violaciones de los derechos humanos.²⁵¹

Sin embargo, la Relatora fue incluso mucho más suave que el Departamento de Estado estadounidense, que en un informe sobre los derechos humanos en México presentado al Congreso de Estados Unidos —citado en el informe de Human Rights Watch—, incluía el siguiente párrafo:

Entre los continuos abusos graves se encuentran los asesinatos extrajudiciales; las desapariciones; la tortura y otras violaciones; la corrupción policial y su presunta implicación en abusos relacionados con el narcotráfico; las malas condiciones en las prisiones; el arresto y la detención arbitrarias; la prolongada detención provisional; la falta de debido proceso; la ineficiencia y la corrupción judicial; los registros ilegales; los ataques y amenazas contra periodistas; cierta autocensura; los atentados, hostigamientos y amenazas contra observadores de derechos humanos; la violencia y discriminación contra la mujer; la prostitución y el abuso infantil; la discriminación contra los pueblos indígenas; la violencia y la discriminación contra las minorías religiosas; la violencia contra los homosexuales; las limitaciones de los derechos del trabajador; el trabajo infantil abundante en la agricultura y la economía informal; y el tráfico de personas.

Se podrá desacreditar la fuente si se quiere (a estas alturas casi a nadie pueden parecerles neutrales los análisis de dicho Departamento), pero lo importante es analizar y discutir, más allá de quién haya escrito lo anterior, si son o no ciertos los hechos que se afirman. Habría más de un indicio para afirmar que sí lo son.

Ni el gobierno ni los órganos encargados de ejercer la jurisdicción laboral salen mejor parados del análisis de Human Rights Watch: “El gobierno mantuvo algunas restricciones legales sobre la libertad de asociación y el derecho de

²⁵⁰ El texto del informe se encuentra en el documento E/CN.4/2000/3/Add.3.

²⁵¹ Ver Carbonell, Miguel, “La lucha por los derechos humanos”, *Reforma*, 2 de agosto de 1999.

huelga de los trabajadores, y los juzgados laborales responsables de conocer los casos de despidos improcedentes y de otro tipo no fueron imparciales”.

Por otro lado, las condiciones que privan en los reclusorios y cárceles mexicanas nada tienen que ver con la dignidad humana, tal como desde hace varios años ha comprobado y denunciado la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Y lo mismo puede decirse del sistema penal en su conjunto, empezando por las policías preventivas, siguiendo por los ministerios públicos y terminando por los jueces penales.

En buena medida, lo que se acaba de decir tiene que complementarse mencionando otras deficiencias de más largo alcance —si cabe—, producto sobre todo de la falta de implantación a nivel nacional de los principios del Estado de derecho y del fenómeno creciente y preocupante de la violencia ilegal, perpetrada tanto desde algunos órganos públicos como por los particulares.

Aunque sería muy prolijo intentar mostrar con detalle lo que se acaba de apuntar, es importante que antes de empezar con el estudio teórico de los derechos fundamentales en el sistema constitucional mexicano, se tenga bien presente que hay una serie de factores de orden práctico que impiden que dichos derechos puedan valer (quiero decir, que valgan en la realidad, que es una cuestión distinta al hecho de que tengan validez desde el punto de vista jurídico) en todo el territorio nacional.

El advenimiento de la democracia no ha significado, por sí mismo, que se cumpla en cada rincón del país con lo que establece la ley; por el contrario, en aspectos relacionados con el Estado de derecho hay muchas cosas que parecen no haber cambiado nada o muy poco.

Por un lado, tenemos el problema de la delincuencia, creciente e impune, en los grandes núcleos de población. En el ámbito rural, por el contrario, lo que tenemos es el ejercicio cotidiano de violencia ilegal, como consecuencia de que el Estado no ha logrado hacerse con el monopolio de la fuerza,²⁵² en este hecho tiene un papel no menor el gran número de armas de todo tipo que circula por el país.

Creo que, en términos generales, ya no se puede hablar de un plan orquestado desde las instituciones públicas para torturar o para desaparecer delincuentes; es posible que en los años recientes las agresiones por motivos políticos hayan descendido considerablemente; pero siguen siendo muy graves los abu-

252 Sobre el tema, Plant, Roger, “El imperio de la ley y los desfavorecidos en América Latina: una perspectiva rural”, en Méndez, Juan E. y otros (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002, pp. 93 y ss.

sos policiales durante la detención, así como las condiciones carcelarias en las que se cumplen las sanciones.²⁵³

El problema de las cárceles es uno de los más importantes en materia de derechos fundamentales, pues tal parece que son territorios en donde únicamente rigen dos leyes, que en realidad son una sola: la ley del más fuerte y la ley del dinero. Como señala Paulo S. Pinheiro:

Las condiciones de las cárceles se caracterizan por la superpoblación en la mayor parte de las instituciones de la región. La alimentación, las condiciones sanitarias y la asistencia médica son pobres. En gran parte de los casos, el manejo de estos establecimientos es arbitrario y opresivo, y con frecuencia el funcionamiento interno de las prisiones se deja en manos de los presos mismos. Las consecuencias de estos factores sobre los cientos o miles de presos que se concentran en espacios muy limitados y se encuentran sujetos a una verdadera opresión por parte de los guardias y a la violencia sexual de otros presos incluyen con frecuencia disturbios y motines. La reacción de las fuerzas policiales a estas protestas ha generado, en numerosos países de la región, masacres cometidas en nombre de la restauración del “orden”. La cárcel en América Latina es el espacio del desorden que queda en evidencia como consecuencia de las revueltas carcelarias.²⁵⁴

Es obvio que, con todo lo que se ha dicho, es muy difícil poder hablar de un régimen democrático consolidado.²⁵⁵ El Estado en general en América Latina y en México en particular se ha vuelto sumamente débil. Se debe enfrentar a enemigos muy poderosos, algunos de los cuales operan incluso bajo la protección oficial y desde dentro de los propios órganos públicos. El fortalecimiento de las redes del crimen organizado —sobre todo del narcotráfico— ha minado aún más las ya de por sí débiles bases de legitimidad del Estado.

La respuesta frente a la criminalidad no es muy alentadora: se están militarizando de forma alarmante los órganos encargados de la seguridad pública. Esto es lamentable, entre otras cuestiones, porque parece que no nos queremos dar cuenta de la experiencia de algunos de los países de nuestro entorno, que ya han ensayado antes ese tipo de solución, la cual ha terminado fracasando, bien

²⁵³ Rodley, Nigel S., “Tortura y condiciones de detención en América Latina”, en Méndez, Juan E. y otros (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, cit., pp. 37 y ss.

²⁵⁴ Pinheiro, Paulo S., “Introducción. La efectividad de la ley y los desfavorecidos en América Latina”, en Méndez, Juan E. y otros (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, cit. p. 18.

²⁵⁵ O’Donnell, Guillermo, “Las poliarquías y la (in)efectividad de la ley en América Latina”, en Méndez, Juan E. y otros (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, cit., pp. 305 y ss.

sea porque los militares han sido blancos fáciles para la corrupción o bien porque, en un momento dado, los propios militares deciden que es tiempo de tomar directamente el poder a fin de estar en condiciones de restablecer el orden de una vez por todas. Con tal de quedar bien instantáneamente con la opinión pública nuestros gobernantes olvidan que lo difícil no es sacar a los militares de sus cuarteles, sino hacer que regresen a ellos.

Al aumentar la inseguridad pública y con el crecimiento de la delincuencia (o al menos de su percepción, que no siempre es lo mismo), también se ha creado un lamentable clima de animadversión hacia los derechos humanos; con frecuencia se cae en la posición absurda de pensar que los derechos sirven para proteger delincuentes, idea que es capitalizada eficazmente por los políticos para hacer manipulaciones electorales de todo tipo. Lo cierto, sin embargo, es que ese clima de opinión pública existe y sería una necedad intentar no darse cuenta de ello. Lo más grave, sin embargo, es que a partir de esas percepciones, se comienzan a justificar atropellos a los derechos humanos, amparando una supuesta “mano dura” en contra de los delincuentes; Juan Méndez, que también menciona la indiferencia con que la población recibe los esfuerzos para mejorar los derechos, lo explica con las siguientes palabras:

En muchos países, la preocupación por la percepción del aumento del delito y por la inseguridad de los ciudadanos está favoreciendo una peligrosa tendencia a la justificación de la brutalidad policial, o al menos una tendencia a considerarla tan sólo un desafortunado hecho de la vida. En el mejor de los casos, existen protestas públicas contra la tortura y la brutalidad policial, ruidosas pero generalmente breves; en el peor de los casos, las manifestaciones toman la forma de apoyo activo a tales acciones. Las actitudes públicas hacia el delito, en no pequeña medida alentadas por rituales de prensa sensacionalista y alarmista, están frecuentemente marcadas por un sentido de la “justicia” al estilo Rambo que sólo puede alcanzarse esquivando los procesos legales y suprimiendo delicadezas tales como la presunción de inocencia.²⁵⁶

Como podrá percibir el lector, el cuadro general que se observa en México en materia de derechos humanos no permite ser muy optimistas, si bien hay datos que hacen suponer que algo se ha avanzado en los últimos años; por lo menos el tema ya figura dentro de la agenda pública nacional. No es poco.

²⁵⁶ Méndez, Juan E., “Problemas de violencia ilegal. Una introducción”, en Méndez, Juan E. y otros (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, cit., p. 34.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR VILLANUEVA, Luis F., “El federalismo mexicano: funcionamiento y tareas pendientes”, en HERNÁNDEZ CHÁVEZ, Alicia (coord.), *¿Hacia un nuevo federalismo?*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- AJA, Eliseo, “Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2002.
- , “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 8, enero-junio de 2000.
- , “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Garantía judicial de los derechos humanos”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 90, marzo de 1999.
- ARAGÓN, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 50, 1986.
- , “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 19, 1987.
- , “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, núm. 1, 1997.
- ATIENZA, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 4, 1986-1987.
- y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- AYALA CORAO, Carlos M., “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- BAÑO LEÓN, José Ma., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 24, 1988.

- BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1989.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, BOE, 1997.
- , *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- BOBBIO, Norberto, *L'eta dei diritti*, Turín, Einaudi, 1997.
- , *Teoría general del derecho*, trad de Eduardo Rozo Acuña, Madrid, Debate, 1991.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- , *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- BOVERO, Michelangelo, “Tutela supranacional de los derechos fundamentales y ciudadanía”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 18, diciembre de 2001.
- , “Ciudadanía y derechos fundamentales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 103, enero-abril de 2002.
- BRYCE, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- BURGOA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 7a. ed., México, Porrúa, 1989.
- , *Las garantías individuales*, 35a. ed., México, Porrúa, 2002.
- , *El juicio de amparo*, 29a. ed., México, Porrúa, 1992.
- CANCADO TRINDADE, Antonio A. y otros, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, México, UIA, Porrúa, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1961.
- , *Justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, trad. de varios autores, México, UNAM, 1987.
- CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 5a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2004.

- , *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2004.
- , “¿El tercero ausente? Poder judicial y democracia en México”, *Meta-política*, México, núm. 30, julio-agosto de 2003.
- , “El nuevo papel del poder judicial y la transición a la democracia en México”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Madrid, núm. 46, marzo de 2003.
- y otros (comps.), *Constituciones históricas de México*, México, UNAM, Porrúa, 2002.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos”, en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- , “El significado de la aceptación de la competencia de los comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia en México”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 1, enero-junio de 2003.
- , “Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 9, julio-diciembre de 2003.
- CARPISO, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, 2a. ed., México, Porrúa, IIJ-UNAM, 1998.
- y CARBONELL, Miguel, *Derecho constitucional*, México, Porrúa, UNAM, 2003.
- CASAL, Jesús María, “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, III, Montevideo, 2002.
- CASSESE, Antonio, “Modern Constitutions and International Law”, *Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, t. 192, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1986.
- CLIMENT BONILLA, Ma. Margarita, *Nacionalidad, estatalidad y ciudadanía*, México, Porrúa, 2002.
- COSSÍO, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, prólogo de Manuel Atienza, México, Fontamara, 1999.
- , “Las críticas al lenguaje de los derechos”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 18, diciembre de 2001.

- , “Derechos morales: concepto y relevancia”, *Isonomía*, México, núm. 15, octubre de 2001.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La curiosidad del jurista persa y otros escritos sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 1999.
- DÍEZ PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2003.
- DOMINGO, Tomás de, “El problema de la *drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 11, 2002.
- DULITZKY, Ariel E., “La Convención Americana de Derechos Humanos y los Estados Federales: algunas reflexiones”, en VV. AA., *Defensa de la Constitución, garantismo y controles. Libro en reconocimiento al doctor Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- , *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000.
- , “El derecho como sistema de garantías”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, 1992.
- , “Jurisdicción y democracia”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 29, 1997.
- , “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996.
- , “Quali sono i diritti fondamentali?”, en VITALE, E. (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turín, Rosenberg & Sellier, 2000.
- , “Garantías”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 38, julio de 2002.
- , “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, 2002.
- y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.
- FERRER MACGREGOR, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003.
- (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003.

- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constitucionales*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2000.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Reflexiones sobre la organización y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dyckinson, 1992.
- , “La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas”, *Estudios básicos de derechos humanos*, II, San José, IIDH, 1995.
- , *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, IJ-UNAM, 1999.
- , *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2a. ed., México, CNDH, 1999.
- , *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, 1998.
- , “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en FERRER MACGREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. I.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La democracia y el lugar de la ley”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 92, octubre-diciembre de 1996.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, IJ-UNAM, 2001.
- , *La Corte Penal Internacional*, México, INACIPE, 2002.
- , *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, IJ-UNAM, 2002.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , *Instituciones suicidas. Estudios de ética y política*, México, Paidós, UNAM, 2000.
- GOMES CANOTILHO, J. J., “¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 43, enero-abril de 1995.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel J., “Titularidad de los derechos fundamentales”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III.
- , “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.

- GUASTINI, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, Turín, Giappichelli, 1992.
- , *Le fonti del diritto e L'interpretazione*, Milán, Giuffré, 1993.
- , “Invalidity”, *Ratio Juris*, Londres, vol. 7, núm. 2, julio de 1994.
- , “La Constitución como límite a la legislación”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa, IJ-UNAM, 2002.
- , “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- , *Estudios de teoría constitucional*, 2a. ed., México, Fontamara, IJ-UNAM, 2003.
- , *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2003.
- HÄBERLE, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”, en *id.*, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, IVAP, 1996.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.
- , *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000.
- HERNÁNDEZ CHÁVEZ, Alicia, “Las tensiones internas del federalismo mexicano”, en *id.* (coord.), *¿Hacia un nuevo federalismo?*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- , *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995.
- , “Significado de los derechos fundamentales”, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996.
- IGLESIAS VILA, Marisa, “La interpretación de la Constitución y los conceptos esencialmente controvertidos”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002.
- IGNATIEFF, Michael, *Los derechos humanos como política y como idolatría*, introducción de Amy Gutmann, Barcelona, Paidós, 2003.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.
- , “Interpretación constitucional”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995.
- , “Interpretación conforme”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995.
- JORI, Mario, “Ferrajoli sobre los derechos”, en FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

- JULIO ESTRADA, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- , “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002.
- JUNQUERA, Rafael, “La fundamentación de los derechos humanos: un intento de sistematización”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 11, 2002.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979.
- , *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo, México, IJ-UNAM, 2001.
- KRIELE, Martin, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. de Eugenio Bulygin, Buenos Aires, 1980.
- , “L’universalità dei diritti dell’uomo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, 1992.
- KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.
- y NORMAN, Wayne, “El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía”, *La política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Barcelona, núm. 3, Paidós, 1997.
- , “Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts, Concepts”, en KYMLICKA, Will y NORMAN, Wayne (eds.), *Citizenship in Diverse Societies*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.
- LAPORTA, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, Madrid, núm. 4, 1987.
- LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y REAL, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- LUCAS, Javier de, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, 1994.
- , “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías”, *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, CGPJ, 1999.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *La constitución abierta y sus “enemigos”*, Madrid, UCM, 1993.
- LUJÁN PONCE, Nohemí, “Credibilidad y confianza políticas: elementos para un diagnóstico de la cultura política en México”, en VV. AA., *Deconstruyendo la ciudadanía. Avances y retos en el desarrollo de la cultura democrática en México*, México, Segob, Miguel A. Porrúa, 2002.

- MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998.
- MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
- MÉNDEZ, Juan E. y otros (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, “El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 14, 2003.
- MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos, *La unificación conceptual de los derechos humanos*, México, UNAM, Porrúa, 2002.
- NIETO, Alejandro, “Peculiaridades jurídicas de las normas constitucionales”, *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, Madrid, enero-diciembre de 1982.
- NINO, Carlos S., “Autonomía y necesidades básicas”, *Doxa*, Alicante, núm. 7, 1990.
- OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1989.
- , “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991.
- , “La universalidad de los derechos humanos”, en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y REAL, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- PINTORE, Anna, “Derechos insaciables”, en FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- PISARELLO, Gerardo, “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 41, julio de 2001.
- PRIETO, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1994.
- , *Constitucionalismo y positivismo*, 2a. ed., México, Fontamara, 1999.
- , “Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humanos”, *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.

- , “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- , *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- , *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- , *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós, 2001.
- , *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002.
- RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro, “La libertad de información en la jurisprudencia constitucional”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997.
- RODRÍGUEZ TOUBES, Joaquín, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000.
- ROLLA, Giancarlo, “La actual problemática de los derechos fundamentales”, *Asamblea*, Madrid, núm. 3, junio de 2000.
- , *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 75, septiembre de 1997.
- , “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 62, mayo-agosto de 2001.
- SALVADOR MARTÍNEZ, María, *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ariel, 2002.
- SAUCA, José Ma. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1994.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992.
- SELWYN MILLER, Arthur, “Toward a Concept of Constitutional Duty”, *The Supreme Court Review 1968*, Chicago, 1968.
- SOUSA, Boaventura de, *Reinventar el Estado. Reinventar la democracia*, Madrid, Sequitur, 1999.
- SPECTOR, Horacio, “La filosofía de los derechos humanos”, *Isonomía*, México, núm. 15, octubre de 2001.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional*, 34a. ed., México, Porrúa, 2001.

- VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991.
- , “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.
- VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002.
- VILLAVERDE, Ignacio, “Concepto, contenido y límites de los derechos fundamentales”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- VITALE, Ermanno, “Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales. Entre iusnaturalismo e iuspositivismo”, en FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- VON MÜNCH, Ingo, “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, en SALVADOR CODERCH, Pablo (coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997.
- VV. AA., *El ombudsman judicial*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1993.
- VV. AA., *A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México*, México, Cal y Arena, 1994.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti*, Turín, UTET, 1993.
- , *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995.
- ZALDÍVAR, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, IJJ-UNAM, 2002.
- ZOLO, Danilo, “La ciudadanía en una era poscomunista”, *La Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la sociedad*, Barcelona, núm. 3, Paidós, 1997.
- , “La strategia della cittadinanza”, en *id.* (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 1999.
- , “Cittadinanza. Storia di un concetto teorico-politico”, *Filosofia Politica*, XIV, núm. 1, abril de 2000.