

MIGUEL CARBONELL

DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA

DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA

Miguel Carbonell

Instituto Federal Electoral

Consejero Presidente

Dr. Leonardo Valdés Zurita

Consejeros Electorales

Mtro. Marco Antonio Baños Martínez

Dr. Lorenzo Córdova Vianello

Dra. María Macarita Elizondo Gasperín

Mtro. Alfredo Figueroa Fernández

Dr. Francisco Javier Guerrero Aguirre

Dra. María Marván Laborde

Dr. Benito Nacif Hernández

Secretario Ejecutivo

Lic. Edmundo Jacobo Molina

Contralor General

C. P. Gregorio Guerrero Pozas

Director Ejecutivo de Capacitación Electoral y Educación Cívica

Mtro. Luis Javier Vaquero Ochoa

Primera edición, marzo de 2013

© Instituto Federal Electoral

Viaducto Tlalpan núm. 100, esquina Periférico Sur

Col. Arenal Tepepan, 14610, México, D. F.

ISBN: 978-607-9218-22-5

Impreso en México/*Printed in Mexico*

Distribución gratuita. Prohibida su venta

Contenido

Presentación	7
Introducción	9
1. Antecedentes	15
2. Fundamento	19
3. Sujetos	25
4. Características	29
5. Obligaciones	35
6. Deberes	49
7. Los derechos humanos en los tratados internacionales	57
8. Derechos fundamentales, ciudadanía y reforma política	69
A modo de conclusión	75
Bibliografía	77
Sobre el autor	81

Presentación

Los derechos humanos son la mejor expresión de todos los valores que caracterizan a un sistema político democrático. Tal es la tesis principal que presenta el doctor Miguel Carbonell en este número de la colección Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática.

Mientras el constitucionalismo norma los procedimientos, deberes y garantías para la práctica de la democracia en un Estado de derecho, su aspiración se concretiza en los derechos humanos, esto es, el interés de un régimen democrático se orienta a mejorar la vida de los seres humanos que integran la sociedad. Así, el constitucionalismo “juridifica” la democracia estableciendo los derechos fundamentales en la Constitución, de modo que otorga sustancia y contenido a la democracia mediante formas jurídicas.

De ahí que la democracia constitucional sea reconocida como un régimen de gobierno que mezcla principios formales y sustanciales. En tanto estos principios sustanciales convergen en el reconocimiento, salvaguarda y protección de los derechos humanos, un régimen democrático debe procurar el respeto de las características inherentes de tales derechos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Esta perspectiva de la democracia, expuesta de manera brillante por el autor, revela ricas vetas para su interpretación, estudio y práctica. Sin duda, esta publicación será una fuente indispensable de importantes aportaciones para la concreción, consolidación y permanente mejora de nuestro sistema democrático.

Instituto Federal Electoral

Introducción

Cuando pensamos en lo que es la democracia y en cómo se ejerce, inmediatamente vienen a nuestra mente imágenes relacionadas con los partidos políticos, las campañas electorales, la publicidad que hacen los candidatos, la jornada electoral, el conteo de votos, el trabajo de los diputados y senadores, etcétera.

Todo eso, en efecto, es parte de lo que se debe entender por democracia. Si no existiera alguno de esos elementos no podría hablarse de que en un país hay democracia. No la hay si la existencia de partidos políticos está prohibida, si los candidatos no pueden hacer campañas electorales en las cuales se expresen con amplitud y libremente sobre todos los temas que afectan a la sociedad, si no se permite que los ciudadanos voten o si sus votos no son contados correctamente, si los representantes populares no pueden reunirse para discutir y aprobar las

reformas que necesita un país o una región, etcétera.

Ahora bien, los regímenes democráticos contemporáneos suelen caracterizarse como “democracias constitucionales”.¹ Es decir, se trata de una forma de organización política que intenta ser democrática y que para lograrlo se dota de un texto jurídico que tiene la máxima jerarquía normativa, llamado Constitución, el cual recoge en un nivel muy general las decisiones básicas de una determinada comunidad política.

Las constituciones desde su surgimiento han tenido dos tipos de contenidos: han establecido los derechos de las personas o de los ciudada-

¹ Una concepción muy afortunada de lo que es la democracia constitucional, como modelo evolucionado pero todavía incompleto, puede verse en Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, 2ª edición, Trotta, Madrid, 2010, pp. 25 y siguientes.

nos y han organizado lo que se conoce como la división de poderes. Esos dos elementos integran lo que se suele llamar el “contenido mínimo” de toda Constitución.

Con el paso del tiempo los textos constitucionales han ido incorporando otro tipo de contenidos (por ejemplo, preceptos relativos a la economía, al régimen de responsabilidades de los funcionarios, a cuestiones territoriales, entre otros muchos temas), pero siempre sobre la base articuladora de los derechos fundamentales de las personas y de la división del poder.

De esa forma, las reglas básicas de funcionamiento de la democracia han sido plasmadas de forma expresa en la Constitución, pero además (en una especie de círculo virtuoso) los contenidos constitucionales que acabamos de señalar han venido a robustecer y enriquecer la forma en que se entiende el significado de la propia democracia.

En efecto, las constituciones establecen:

- a) cómo se debe competir por alcanzar los puestos de representación popular (las condiciones de la contienda electoral), y
- b) la forma en que se deben ejercer tales puestos y las facultades de sus titulares (el proceso legislativo, la dirección de la política exterior, los nombramientos de los principales funcionarios del Estado, el mando sobre las fuerzas armadas, por mencionar solamente algunos ejemplos).

Todo eso supone una “dimensión formal” de la democracia, vinculada con dos procesos de toma de decisiones esenciales en todo régimen democrático:

- a) quién gobierna, y
- b) cómo gobierna.²

² Sobre este punto, Luigi Ferrajoli apunta que la concepción formal o procedimental de la democracia la identifica simplemente conforme a formas y procedimientos: “La identifica, en una palabra, por el *quién* (el pueblo o sus representantes) y el *cómo* (la regla de la mayoría) de las decisiones, independientemente de sus conteni-

Por ejemplo, en ese nivel llamado “formal o procedimental” de la democracia constitucional se establecen las cuestiones que determinan si un país tiene un régimen parlamentario o uno presidencial, si los legisladores son electos por tres o por seis años, si el presidente puede o no reelegirse, el tiempo de duración de las campañas electorales, los requisitos para formar nuevos partidos políticos, etcétera. Las reglas vinculadas con la división de poderes suelen ser una extensión lógica de tales determinaciones.³

Por su parte, el establecimiento a nivel constitucional de un catálogo de derechos humanos añade una dimensión ya no formal, sino “sustancial” al régimen democrático, dado que nos indica lo que no pueden hacer los gobernantes y lo que no pueden dejar de hacer. No es un juego de palabras: las constituciones establecen mandatos

dos, es decir, de qué viene decidido”, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, tomo II, p. 9.

³ Ferrajoli ha expuesto una concepción moderna de la división de poderes en *Democracia y garantismo*, *op. cit.*, pp. 102-109; también en *Principia Iuris*, *op. cit.*, tomo II, pp. 191 y siguientes.

que obligan a las autoridades a “abstenerse” de realizar ciertas conductas, y otros mandatos que las obligan a “hacer” ciertas cosas, tomar determinadas decisiones o alcanzar algunos objetivos.

A reserva de explicarlo con detalle más adelante, podemos preliminarmente poner algunos ejemplos evidentes que explican lo que se acaba de señalar. Si la Constitución establece que toda persona tiene libertad de expresión, eso significa que ninguna autoridad puede imponer la censura respecto de lo que quiera decir o escribir alguien. Si la Constitución establece que existe libertad de tránsito, eso implica que las autoridades no nos pueden detener de forma injustificada ni pueden impedir que nos desplazemos de un lugar a otro de la república. Estos ejemplos ilustran la dimensión de los derechos humanos a partir de la cual hay cosas que las autoridades (y tampoco los particulares, en casi todos los casos) no pueden hacer.

De la misma forma, si la Constitución señala que tenemos derecho

a la educación, eso significa que las autoridades no pueden dejar de hacer ciertas cosas; por ejemplo, no pueden dejar de prever un presupuesto para el sistema educativo, no pueden dejar de construir la infraestructura necesaria para que se puedan tomar clases, no pueden dejar de contratar maestros, de equipar las aulas y laboratorios, de diseñar los planes de estudios, de establecer los requisitos para el acreditamiento de los niveles académicos, de expedir los títulos que correspondan a la obtención de cada grado académico, etcétera.

Algo parecido podría decirse con respecto al derecho a la salud, al derecho a la vivienda, al derecho al agua, al derecho a la alimentación o al derecho al medio ambiente. Todos esos derechos, establecidos constitucionalmente, implican tareas a cargo del Estado; si los poderes públicos no las cumplen, estarían violando la Constitución.⁴

⁴ Miguel Carbonell, “Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución mexicana”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos*

La dimensión sustancial de la democracia, en consecuencia con lo que acabamos de señalar, no se refiere a procedimientos y elecciones, sino al contenido del régimen democrático: lo que la democracia puede concretamente hacer para mejorar la vida de los seres humanos. Por eso es que los derechos humanos son la mejor forma de expresión de todos los valores que caracterizan a un sistema político democrático.

Los derechos humanos son la expresión de valores tan democráticos como la igualdad, la libertad, la seguridad jurídica, los derechos de los pueblos, la tolerancia religiosa, etcétera. Al establecer en la Constitución una lista de derechos fundamentales, lo que en realidad estamos haciendo es “juridificar” la democracia: darle forma jurídica y otorgarle de esa manera sustancia y contenido.⁵

humanos: un nuevo paradigma, Porrúa, UNAM, México, 2012, pp. 63-102.

⁵ La idea de que la Constitución convierte en derecho (o “juridifica”) la democracia es compartida por toda la doctrina constitucional de la posguerra de la Segunda Guerra Mundial. Para

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que los conceptos de democracia y de constitucionalismo se nutren recíprocamente y dependen uno de otro. El constitucionalismo juridifica la democracia y le da forma expresa a través de la normatividad jurídica. La democracia, por su parte, es el régimen que hace posible que se materialicen en la práctica los valores de libertad, igualdad y seguridad jurídica que conforman la columna vertebral del constitucionalismo.

La democracia constitucional es un régimen de gobierno que mezcla principios formales y sustanciales: por un lado las normas formales relativas a quién y cómo gobierna; por otra parte las normas sustanciales que nos indican lo que puede ser realizado por las autoridades y lo que no puede dejar de ser

llevado a cabo, como expresión de los mandatos a través de los cuales se reconocen los derechos fundamentales.

De esta forma, la democracia de nuestros días asegura los iguales derechos de todas las personas y convierte en realidad el principio de la soberanía, el cual pasa de ser entendido como cualidad del Estado o de la nación (la soberanía nacional, tal como había sido planteada desde el surgimiento del Estado moderno), a ser una expresión de los derechos fundamentales de todas las personas. El individuo es por tanto el verdadero soberano, como titular de los derechos de libertad, de igualdad y sociales que le permiten desarrollar una vida dotada de sentidos y significados elegidos por él mismo y por nadie más; una vida que esté ajena a actos arbitrarios provenientes de poderes públicos y privados, que sea desarrollada con plenitud y de forma consciente.

Tiene razón Luigi Ferrajoli cuando apunta que los derechos fundamentales son “fragmentos de soberanía” que nos

una explicación sencilla de dicha idea puede verse Manuel Aragón Reyes, *Estudios de derecho constitucional*, 2ª edición, CEPC, Madrid, 2009, pp. 179 y ss.; del mismo autor, “La Constitución como paradigma”, en Miguel Carbonell (coord.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 4ª edición, Porrúa, UNAM, México, 2008, pp. 109-122.

convierten a todas y cada una de las personas en seres autónomos, capaces de tomar las decisiones más importan-

tes de nuestras vidas, tanto en la esfera privada como en la pública.⁶

⁶ “... la fórmula ‘la soberanía pertenece al pueblo’ quiere decir que pertenece al conjunto de sus ciudadanos, es decir, de todas las personas de las que el pueblo se compone: pertenece, en una palabra, a todos y a cada ciudadano en cuanto equivale a la suma de aquellos poderes y contrapoderes –los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales– que son los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Estos derechos [...] equivalen [...] a otros tantos *fragmentos de soberanía popular* correspondientes a todos y a cada ciudadano”, *Principia Iuris...*, *op. cit.*, tomo II, p. 14.

1. Antecedentes

El origen de los derechos humanos puede ser analizado desde dos puntos de vista: uno filosófico o teórico y otro normativo o jurídico.

Desde el punto de vista filosófico, los derechos humanos encuentran su fundamento en el pensamiento de la Ilustración. Autores como Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, incluso Beccaria en el terreno penal, nos ofrecen abundantes argumentos en defensa de la dignidad humana frente a la lógica del Estado absolutista que se había venido construyendo desde la Edad Media.⁷

Esos autores reivindican la existencia de ciertos derechos anteriores e incluso superiores al Estado. Su aproximación al tema de los derechos

tiene fuertes matices iusnaturalistas, lo cual no pudo haber sido de otra manera ya que cuando tales autores escriben sus muy importantes obras, eran escasas o muy débiles las normas jurídicas que preveían derechos humanos. Su discurso podía tener un fundamento teórico de orden racional o en algunos casos religioso, pero no jurídico.

El origen ya propiamente normativo de los derechos humanos se da junto con el advenimiento del Estado constitucional, en el último cuarto del siglo XVIII, tanto en Francia como en Estados Unidos.⁸ Al respecto son fundamentales tres documentos, que se encuentran entre los más importantes de la historia del derecho en general y de la historia de los derechos en par-

⁷ Un repaso histórico del surgimiento de los derechos humanos puede verse en Miguel Carbonell, *Una historia de los derechos fundamentales*, UNAM, Porrúa, CNDH, México, 2011.

⁸ Una narrativa histórica de ese momento fundacional puede verse en Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2006. Ver también Miguel Artola, *Constitucionalismo en la historia*, Crítica, Barcelona, 2005.

titular: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776), la Constitución de los Estados Unidos y sus primeras enmiendas (1787-1791)⁹ y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (conocida como Declaración Francesa, de 1789).¹⁰

El Estado constitucional surge precisamente como respuesta a los excesos del Estado absolutista y tiene dos propósitos básicos, tal como con gran acierto lo recoge el famoso ar-

⁹ Sobre la etapa constituyente de Estados Unidos los autores clásicos son Bernard Bailyn, *Los orígenes ideológicos de la Revolución norteamericana*, Tecnos, Madrid, 2012 (publicado originalmente en 1967); Gordon Wood, *The creation of the American republic 1776-1787*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1998; y Gordon Wood, *Empire of Liberty. A history of the early republic, 1789-1815*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

¹⁰ Sobre la Declaración Francesa de 1789 hay muchísimos libros y ensayos (se ha dicho, seguramente con razón, que es el documento jurídico más citado de la historia); algunas referencias útiles se encuentran citadas en el capítulo III de Miguel Carbonell, *Una historia de los derechos fundamentales*, *op. cit.* (ese capítulo analiza precisamente la Declaración tanto en su contenido como respecto a su contexto histórico y trascendencia).

título 16 de la Declaración Francesa: por un lado el de dividir al poder y por otra parte el de proteger los derechos humanos de todas las personas.¹¹

Desde luego, hay antecedentes normativos o cuasinormativos de los derechos humanos previos a los tres documentos que se han citado. Entre los antecedentes relevantes se pueden citar la Carta Magna de Juan sin Tierra (1215), el Edicto de Nantes (1598), la Petition of Right (1628), distintas constituciones locales de las colonias inglesas en el territorio de lo que luego sería Estados Unidos, etcétera.

Pero la primera fase de la consolidación de los derechos humanos entendidos como derechos jurídicos y no solamente morales, se da a finales del siglo XVIII en los tres documentos que ya mencionamos, los cuales comienzan a dar forma al Estado constitucional

¹¹ El surgimiento en Europa de las ideas constitucionalistas vinculadas con la división de poderes y con los derechos humanos ha sido expuesto de forma sintética por Roberto Blanco Valdés, *La construcción de la libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*, Alianza Editorial, Madrid, 2010.

de derecho, tanto en Estados Unidos como en Francia.

Al principio, las cartas o catálogos de derechos contenían fundamentalmente “libertades”. Es decir, intentaban preservar una esfera a favor de los individuos libre de toda interferencia de la autoridad. Se buscaba sobre todo someter a límites el poder del Estado, por ejemplo, para determinar la religión que se debía observar o bien para detener a una persona sin orden judicial.

Con el tiempo, a las libertades clásicas (libertad de expresión, de prensa, de reunión, de tránsito, de religión, etc.) se fueron añadiendo progresivamente otros derechos, como los llamados derechos de seguridad jurídica que obligan a las autoridades a crear tribunales y procedimientos necesarios para evitar la venganza privada, que sirvan sobre todo para dirimir controversias entre los particulares y para aplicar la ley a quienes hayan dejado de observar sus obligaciones.

Es ya a mediados del siglo XIX cuando se comienzan a extender los

derechos de participación política. Se defiende la idea del sufragio universal, que en ese entonces era desconocido en casi todos lados (solamente podían votar las personas que tuvieran determinado color de piel, que fueran varones, que tuvieran la propiedad de tierras, que supieran leer y escribir, que tuvieran determinados ahorros, etcétera).

La extensión del sufragio para irlo haciendo cada vez más universal con toda probabilidad determinó que, precisamente a finales del siglo XIX, surgieran mandatos constitucionales para que los poderes públicos aseguraran los llamados derechos sociales: derecho al trabajo, a la tierra, a la vivienda, a la educación, a la salud, a la protección social contra los riesgos derivados del empleo o de la vejez, etcétera. La Constitución mexicana de 1917 es un referente en este tema, pues fue capaz en un momento todavía temprano de la historia del Estado constitucional, de recoger como derechos humanos cuestiones vinculadas con los reclamos de trabajadores y campesinos.

La historia de los derechos humanos, como sucede con la mayor parte de las instituciones sociales, ha estado marcada por luces y sombras, por avances y retrocesos, por logros y amenazas que se renuevan y se apagan periódicamente. Cabe subrayar el hecho de que las cartas que han establecido los derechos humanos no siempre se han cumplido plenamente; en muchos casos han quedado como simples manifiestos de aspiraciones sociales compartidas por millones de personas, pero

no como realidades tangibles. De todas formas, hay que considerar que no son pocos los avances que se han logrado y recordar siempre que debemos poner todo nuestro empeño en alcanzar lo que todavía nos falta. Tiene razón Norberto Bobbio cuando escribe: “Respecto a las grandes aspiraciones del hombre ya vamos con excesivo retraso. Procuremos no incrementarlo con nuestra desconfianza, con nuestra indolencia, con nuestro escepticismo. No tenemos tiempo que perder”.¹²

¹² Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2003, p. 520.

2. Fundamento

Los derechos humanos constituyen un tema muy relevante para la vida de las personas como para que se les pueda analizar desde una óptica exclusivamente jurídica. En buena medida, tales derechos representan hoy en día nuestro más objetivo parámetro para determinar qué es la justicia y qué sociedades son justas, o más o menos justas cuando menos.¹³

Las sociedades de nuestro tiempo son enormemente plurales. En ellas conviven diferentes cosmovisiones

acerca de lo que es bueno y lo que es justo. ¿Cómo poner de acuerdo y generar una convivencia civil pacífica entre personas que discrepan acerca de la política, la religión, la economía, la familia, el trabajo, la educación, etcétera? La respuesta está precisamente en los derechos humanos, como marco jurídico común de convivencia, capaz de alojar el enorme y muy enriquecedor pluralismo social que caracteriza a todo país democrático.

Por eso es que la comprensión de qué son los derechos humanos corresponde no solamente a la ciencia jurídica, sino también a muchas otras áreas del conocimiento dentro de las ciencias sociales.

Los fundamentos de los derechos humanos, en consecuencia con lo que se acaba de apuntar, no son únicamente los de carácter jurídico, sino también (y

¹³ Sobre el tema de la justicia ha habido una producción intelectual muy vasta en las décadas recientes. Algunas reflexiones importantes pueden encontrarse en Michael Sandel, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, Debate, Madrid, 2011; Amartya Sen, *La idea de la justicia*, Taurus, Madrid, 2010; Tom Campbell, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Gedisa, Barcelona, 2002; Brian Barry, *Teorías de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2001. El libro clásico sobre el tema, uno de los más influyentes en la filosofía política del siglo XX, es el de John Rawls, *Teoría de la justicia*, FCE, México, 1979 (con muchas reimpresiones posteriores).

quizá de forma más determinante) los de carácter filosófico o teórico.

Desde ese punto de vista, algunos autores como Luigi Ferrajoli señalan que los fundamentos de los derechos humanos deben buscarse en valores como la igualdad, la democracia, la paz y el papel de los propios derechos como leyes de los sujetos más débiles dentro de una sociedad.¹⁴ Son esos valores los que están detrás de todos y cada uno de los derechos fundamentales, en la medida en que conforman precisamente su fundamento.

Una de las ideas más fecundas sobre los derechos fundamentales es la apuntada por el propio Ferrajoli, cuando describe a tales derechos como las “leyes del más débil” que surgen en el Estado constitucional por oposición a las leyes del más fuerte que existían en el estado de naturaleza. Los derechos humanos nos protegen en todas las relaciones asimétricas en las que nos vemos inmersos a lo largo de nuestra

vida y en las que potencialmente podemos quedar sometidos frente a quienes tienen más poder.

Así, los derechos humanos protegen a la víctima en el momento en el que se comete un delito, al imputado a lo largo del proceso penal, al reo en el momento de la ejecución de la pena privativa de libertad, a los trabajadores frente a los empleadores, a los miembros de la familia más inermes frente a los poderes paternales o maritales que se ejercen en ese ámbito, a todos frente al poder de los gobernantes, etcétera.¹⁵

Por su parte, Ernesto Garzón Valdés ha señalado que los derechos humanos se reconocen debido a que protegen bienes básicos y eso es lo que permite diferenciar a un derecho humano de un derecho de otro tipo (como por ejemplo un derecho de origen contractual o que no sea reconocido como derecho humano por la Constitución de algún país o por los tratados internacionales). Un bien básico, según el mismo autor,

¹⁴ Luigi Ferrajoli y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2009.

¹⁵ Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris...*, *op. cit.*, tomo II, p. 45.

es aquel que resulta necesario para la realización de cualquier plan de vida, es decir, que es indispensable para que el individuo pueda actuar como un agente moral autónomo.¹⁶

Lo interesante es tener claro que cuando hablamos de derechos humanos nos estamos refiriendo a la protección de los intereses más vitales de toda persona, con independencia de sus circunstancias o características personales. De ahí deriva, como lo veremos más adelante, el carácter universal de los derechos, debido a que son compartidos (o deberían serlo) por toda la humanidad.

Los derechos humanos son tan importantes que 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”.¹⁷

Respecto a este punto, 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 el campo de decisión de aquella [...]”.¹⁸

Esto significa que, frente a un derecho humano, no pueden oponerse conceptos como el de “bien común”, “seguridad nacional”, “interés público”, “moral ciudadana”, etcétera.

¹⁶ Ernesto Garzón Valdés, *Derecho, ética y política*, CEC, Madrid, 1993, p. 531; ver también, sobre el mismo tema, las reflexiones de Carlos S. Nino, “Autonomía y necesidades básicas”, en *Doxa*, número 7, Alicante, 1990, pp. 21 y ss.

¹⁷ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, p. 37.

¹⁸ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edición, CEC, Madrid, 2007, p. 412.

Ninguno de esos conceptos tiene la entidad suficiente para derrotar argumentativamente a un derecho humano. En todas las situaciones en las que se pretenda enfrentar a un derecho humano con alguno de ellos el derecho tiene inexorablemente que vencer, si en verdad se trata de un derecho humano.

Ni siquiera el consenso unánime de los integrantes de una comunidad puede servir como instrumento de legitimación para violar un derecho fundamental, pues como señala Ferrajoli,

Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o no escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica. Por ello, su lesión por parte del Estado justifica no simplemente la crítica o el disenso, como para las cuestiones no vitales en las que vale la regla de la mayoría,

sino la resistencia a la opresión hasta la guerra civil.¹⁹

En un sentido parecido a lo que se acaba de apuntar, quizá valga la pena recordar la famosa frase del juez estadounidense Robert H. Jackson en la sentencia del caso *Barnette* (1943), según la cual

Quienes comienzan por eliminar por la fuerza la discrepancia terminan pronto por eliminar a los discrepantes. La unificación obligatoria del pensamiento y de la opinión sólo obtiene unanimidad en los cementerios [...] El poder público es el que debe ser controlado por la opinión de los ciudadanos, y no al contrario [...] Si hay alguna estrella inamovible en nuestra constelación constitucional es que ninguna autoridad pública, tenga la jerarquía que tenga, puede prescribir lo que sea ortodoxo en política, religión, nacionalismo u otros posibles ámbitos de la opinión de los ciudadanos, ni obligarles a manifestar su fe o creencia en dicha ortodoxia, ya sea de palabra o con gestos. No se nos alcanza ninguna circunstancia que pueda ser considerada una excepción a esta regla.

¹⁹ *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 859.

En este sentido puede afirmarse que los derechos fundamentales son límites frente al poder de decisión que tiene una mayoría social que ocupe temporalmente los poderes públicos representativos. El respeto a la autonomía de todos, que es uno de los valores más importantes que tutelan los derechos fundamentales, exige que la mayoría no traspase los límites y vínculos

que fijan los derechos fundamentales. En esto se muestra con claridad la confluencia entre Constitución y democracia, una confluencia que desde luego puede generar tensiones y dilemas, pero que ofrece innegables ventajas para el desarrollo de los proyectos de vida de todas las personas que estén en el territorio de los Estados constitucionales contemporáneos.

3. Sujetos

Derivado precisamente de los fundamentos que se acaban de mencionar, podemos decir que los sujetos de los derechos humanos son todas las personas, en correspondencia con su característica de proteger los bienes más básicos y esenciales de cualquier ser humano.

Esa regla general es reconocida además por la mayor parte de los tratados internacionales en la materia y por muchos textos constitucionales. En el caso de México cabe recordar que el artículo 1 de la Constitución establece desde su primer párrafo que “En los Estados Unidos Mexicanos **todas las personas** gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte [...]”. De esa manera, podemos afirmar que el sujeto de los derechos es el más amplio posible: toda persona.

Ahora bien, hay algunos derechos humanos cuya titularidad corresponde solamente a quienes sean ciudadanos de un determinado país. En México se requiere la ciudadanía para poder ejercer los llamados derechos de participación política, enunciados en el artículo 35 de nuestra Carta Magna (entre esos derechos se encuentra el derecho de votar y de ser votado). En muchos países democráticos se sigue manteniendo el obstáculo de la ciudadanía como requisito para el ejercicio de ciertos derechos, pese a que los fenómenos de la globalización y las migraciones masivas lo hacen cada vez más desaconsejable e injusto.

Por otra parte, cabe señalar que los sujetos de los derechos se han ido especificando, en función de las distintas tareas o roles que desempeñan las personas a lo largo de su vida. Las primeras declaraciones de derechos se

referían en general a los derechos de las personas o de los ciudadanos, pero las constituciones más recientes y los tratados internacionales ya abordan aspectos específicos de la vida de las personas, los cuales las pueden llegar a ubicar en una situación de vulnerabilidad.

De acuerdo con lo anterior, se habla actualmente ya no sólo de derechos de personas en general, sino de derechos de los trabajadores, campesinos, personas con discapacidad, niños, mujeres, pacientes, migrantes, reclusos, adultos mayores, etcétera.

De forma parecida, se ha producido una “especificación” en función del tipo de derechos, los cuales han ido tomando características cada vez más detalladas, en virtud precisamente de las nuevas necesidades que surgen en los Estados constitucionales de derecho. Así es como se habla en muchos textos constitucionales ya no de la igualdad o de la libertad en general, sino en concreto del derecho al medio ambiente, del derecho al agua, del derecho a la alimentación, etcétera.

La enunciación de los derechos se ha ido particularizando con el paso del tiempo; los catálogos constitucionales o convencionales en que tales derechos están plasmados contienen en la actualidad lo que podría denominarse una “micro-regulación” de los mismos, como resultado de dicho proceso de especificación de sus contenidos.

También se comienza a hablar de la posibilidad de añadir como nuevos derechos humanos el del acceso a internet, los derechos políticos de los migrantes, los derechos de las generaciones futuras, el matrimonio gay, el derecho a una muerte digna, los derechos de los animales no humanos o el derecho a la renta básica. Lo anterior demuestra que el debate sobre los derechos humanos y sus titulares es un debate abierto, en el que siguen existiendo muchas preguntas todavía sin respuesta. Es probable que en el futuro sigamos viendo una ampliación de los catálogos de derechos, en la medida en que van surgiendo fenómenos que ponen en riesgo la dignidad de la persona.

Es algo que debemos alentar, sin hacer caso a quienes se quejan de que hay un proceso de “inflación” de los derechos humanos y de que ya son demasiados los derechos que hoy tienen las personas. Lo cierto es que los derechos humanos –como ya se dijo– protegen los bienes más importantes de toda persona, de modo que si en un momento dado llegan a plasmarse como tales es porque hay poderosas razones que lo justifican. La

mejor prueba de ello es que todos los derechos o expectativas que se han ido incorporando a las constituciones y a los tratados internacionales a lo largo del tiempo, han llegado para quedarse.

La de los derechos es una “matriz expansiva”, ya que se van añadiendo nuevos derechos pero nunca se restan derechos o se comprimen las declaraciones en las que están contenidos.

4. Características

El párrafo tercero del artículo 1 de la Constitución mexicana señala algunas de las características de los derechos humanos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. A partir de tales principios las autoridades de todos los niveles de gobierno tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos.

La universalidad de los derechos se refiere sobre todo al tema de sus titulares. Como ya se dijo, serán universales en el mayor grado posible todos los derechos cuyos titulares sean las personas sin más, con independencia de su lugar de nacimiento, circunstancias personales o características físicas o psicológicas. Si los derechos en efecto protegen bienes básicos, entonces es lógico que estén garantizados para todos los seres humanos del planeta sin excepción, pues siempre estarán necesitados de disfrutar de ese tipo de bienes.

La interdependencia y la indivisibilidad de los derechos significa que su disfrute debe darse de forma conjunta. La violación de un tipo de derechos supone la violación o el grave condicionamiento del disfrute de los demás. Por ejemplo, si no hay libertad de expresión, no se podrán ejercer plenamente los derechos de participación política. Si no hay una adecuada tutela del derecho a la salud, se pondrá en cuestión el ejercicio efectivo del derecho al trabajo. Y así sucesivamente.

Además, la indivisibilidad de los derechos busca subrayar que no hay “derechos de primera” y “derechos de segunda”, sino que la categoría de los derechos es única, con independencia de la forma en que deban ser cumplidos o realizados, o del tipo de obligaciones que desplieguen frente a las autoridades o frente a los particulares.

De hecho, aunque es evidente que cada uno de los derechos fundamentales tiene un contenido diverso y despliega en consecuencia efectos normativos diferentes (por ejemplo, no es lo mismo el derecho a la información que la libertad de expresión; de igual manera, no tienen contenidos idénticos la libertad de industria y la libertad de tránsito), no puede decirse que exista algo así como una *diferencia genética* o *estructural* entre los distintos tipos de derechos humanos que existen. En particular, no es cierto que exista una diferencia estructural o de fondo entre los derechos de libertad y los derechos sociales.

Contrariamente a lo que podría parecer, también los derechos de libertad requieren –para poder tener relevancia práctica y no quedar como buenos deseos contenidos solamente en el texto de las constituciones– de actuaciones positivas del Estado, las cuales conllevan en no pocas ocasiones importantes erogaciones económicas; conjugan por tanto obligaciones de *no hacer* y obligaciones de *hacer* para las

autoridades.²⁰ Lo mismo sucede con los derechos sociales, que generan para la autoridad tanto obligaciones de *abstención* como obligaciones de *realización*, que requieren de actividades prestacionales en muchos casos.

Por otro lado, hay sectores de los derechos sociales que entrañan libertades en sentido estricto, como por ejemplo el derecho de huelga o la libertad sindical, que frente a las autoridades

²⁰ Abramovich y Courtis lo explican con las siguientes palabras: “... el respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho a casarse, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, suponen la creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado (existencia y mantenimiento de tribunales, establecimiento de normas y registros que hagan jurídicamente relevante la decisión nupcial o el acto de asociación, convocatoria a elecciones, organización de un sistema de partidos políticos, etcétera) [...] (los derechos de libertad) conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad y al restablecimiento de la libertad o la reparación del perjuicio una vez producida una intervención indebida, de modo que tal contracara del ejercicio de estos derechos está dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado”, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª edición, Trotta, Madrid, 2004, pp. 23-24.

generan obligaciones de no hacer, de abstención y de respeto (además de obligaciones de tutela, como en el caso de todos los derechos); en una situación parecida se encuentran aquellos derechos de los trabajadores que no requieren *prima facie* de prestaciones del Estado para poder ser realizados, como el derecho a un día de descanso semanal, la limitación de la jornada laboral o el derecho a las vacaciones.

No hay, por tanto, “derechos gratuitos” y “derechos caros”: todos los derechos tienen un costo y ameritan de una estructura estatal que, al menos, los proteja de las posibles violaciones perpetradas por terceras personas. Podríamos decir, en consecuencia, que un análisis detenido de las categorías “derechos civiles” y “derechos sociales” nos permitiría concluir que no hay elementos suficientes para establecer una división clara entre ellas, y que las diferencias que pueden existir son más de grado que de sustancia;²¹ a partir de esa conclusión se puede defender también la tesis de la indivisibilidad y

de la interdependencia de los derechos. Gerardo Pisarello ejemplifica parte de lo que se acaba de decir con las siguientes palabras:²²

... todos los derechos fundamentales pueden caracterizarse como pretensiones híbridas frente al poder: positivas y negativas, en parte costosas y en parte no costosas.

El derecho a la libertad de expresión, en efecto, no sólo supone la ausencia de censura sino también la construcción de centros culturales y plazas públicas, la subvención de publicaciones, la concesión de espacios gratuitos en radios y televisiones o una regulación general que garantice el pluralismo informativo. El derecho de propiedad se garantiza no sólo mediante la ausencia de interferencias estatales arbitrarias sino también mediante la creación de registros inmobiliarios o a través de la financiación estatal de tribunales, jueces y funcionarios que puedan asegurar el cumplimiento de los contratos. El derecho de voto comporta la puesta en marcha de una compleja infraestructura de personal y de material que en ningún caso carece de repercusiones económicas. Incluso el derecho a no

²¹ *Ibid.*, pp. 24-25.

²² Gerardo Pisarello, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003, pp. 29-30.

ser torturado exige el mantenimiento de centros de detención adecuados y cuerpos policiales formados en principios garantistas.

Del mismo modo, el derecho a la salud no sólo exige el otorgamiento estatal de medicinas gratuitas o a bajo precio sino también la no contaminación de un río o la no comercialización de productos alimenticios en mal estado. El derecho al trabajo no sólo comporta el acceso a un empleo digno sino también la prohibición de despidos ilegítimos. El derecho a una vivienda adecuada no sólo supone la provisión de viviendas de interés social sino también el cumplimiento de otras obligaciones estatales no necesariamente costosas: desde el reconocimiento de seguridad jurídica en la tenencia o la interdicción de las cláusulas abusivas en los contratos de alquiler, hasta la derogación de preceptos discriminatorios en las leyes urbanísticas o la prohibición de desalojos arbitrarios.

Los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos fueron plenamente recono-

cidos por la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial que se llevó a cabo en esa ciudad en 1993; en el punto I.5 de dicho documento se afirma que

Todos los derechos 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 de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

La progresividad de los derechos significa que los esfuerzos del Estado en la materia deben darse de forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia que sea posible alcanzar, de manera que se logre una “mejora continua de las condiciones de existencia”, como lo ordena el artículo 11 del Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De la característica de la progresividad se desprende también la prohibición de regresividad, es decir,

la prohibición de que los Estados den marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos.²³

²³ Sobre la prohibición de regresividad como expresión precisamente del deber de progresividad de los derechos (establecido expresamente en el artículo 1, párrafo tercero, de la Constitución mexicana), puede verse Christian Curtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CELS, CEDALS, Buenos Aires, 2006.

5. Obligaciones

Como ya se dijo, el artículo 1 constitucional establece –en su párrafo tercero– la obligación de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

La obligación de promover los derechos supone que el Estado debe utilizar todos los instrumentos a su alcance para recogerlos plenamente en el ordenamiento jurídico interno e internacional, y que debe difundirlos entre la población a fin de que sean conocidos y, en esa medida, puedan ser protegidos debidamente.

La promoción de los derechos, en consecuencia con lo anterior, supone que las autoridades lleven a cabo medidas educativas, administrativas, judiciales, legislativas, de políticas públicas, etc., para maximizar hasta donde sea posible tanto el conocimiento sobre los derechos, como su más pleno ejercicio.

La obligación de respetar significa que el Estado –lo que incluye a todos sus organismos y agentes, sea cual sea el nivel de gobierno en el que se encuentren y sea cual sea la forma de organización administrativa que adopten– debe abstenerse de hacer cualquier cosa que viole la integridad de los individuos, de los grupos sociales o ponga en riesgo sus libertades y derechos; lo anterior incluye el respeto del Estado hacia el uso de los recursos disponibles para que los sujetos de los derechos puedan satisfacer estos derechos por los medios que consideren más adecuados.

La obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos fundamentales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones (como lo podría ser la creación de procesos jurisdiccionales o sistemas

de tutela administrativa), sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse del control de los recursos necesarios para la realización de un derecho.

La obligación de cumplir o realizar (también llamada obligación de “garantizar”) significa que el Estado debe adoptar medidas activas, incluso acciones positivas en favor de grupos vulnerables, para que todos los sujetos de los derechos tengan la oportunidad de disfrutar de ellos cuando no puedan hacerlo por sí mismos. Adicionalmente, el Estado debe crear todos los medios de protección de los derechos, tanto en el ámbito administrativo como en el jurisdiccional. Todos los derechos, sin excepción, deben ser en alguna medida justiciables, lo que significa que cualquier persona debe tener el derecho de acudir ante un juez o tribunal en caso de que uno de sus derechos sea lesionado.

Las obligaciones de los poderes públicos en materia de derechos fundamentales que genéricamente se acaban

de describir han sido detalladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su Observación General (OG) número 3, referida justamente a la índole de las obligaciones de los Estados, dictada en su quinto periodo de sesiones, en el año de 1990.²⁴

La mencionada observación toma como punto de partida el texto del artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece lo siguiente: “Cada uno de los Estados Partes en el Presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación

²⁴ Consultable en Miguel Carbonell, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos*, 2ª edición, CNDH, Porrúa, México, 2003, tomo I, pp. 497 y ss. Para complementar la lectura de la OG número 3, debe verse la OG número 31, aprobada el 29 de marzo de 2004 con el título “Naturaleza de la obligación general impuesta a los Estados Partes por el Pacto”. La OG 31 señala que sustituye a la OG 3, pero en realidad su contenido es muy limitado como para que pueda en efecto sustituirla. Conviene leer ambas observaciones de forma conjunta.

internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Aunque en su conjunto es del máximo interés, del artículo transcrito conviene preliminarmente subrayar tres expresiones: a) todo Estado parte “se compromete a tomar medidas [...] por todos los medios apropiados”; b) “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, y c) “para lograr progresivamente”.

A partir del texto del artículo 2.1. el Comité afirma que el Pacto genera para los Estados parte tanto obligaciones de *comportamiento* como obligaciones de *resultado*; es decir, no se trata de que los Estados deban solamente conducirse de cierta manera, sino también de que logren ciertos objetivos, que se propongan metas y las realicen.

Tomaremos como punto de partida para nuestro análisis el documento señalado, en el entendido de que lo que establece puede y debe ser aplicado a cualquier tipo de derecho y a toda modalidad de documento jurídico en que tales derechos estén plasmados. Si bien es cierto que el Comité se refiere a los derechos sociales establecidos en el citado Pacto, considero que el rigor con el que fue redactada la Observación General número 3 la convierte en un instrumento de comprensión de los derechos verdaderamente útil para analizar la reforma constitucional mexicana de 2011.

En primer lugar, los Estados deben garantizar el goce de los derechos fundamentales sin discriminación alguna.²⁵ Esta obligación es inmediata

²⁵ En este tema México ha tenido algunos avances notables, al menos en el plano legislativo. Ver por ejemplo la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2003, así como la Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación del Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 24 de febrero de 2011. Un interesante análisis del tema, desde una perspectiva filosófica y política, puede verse en Jesús Rodríguez Zepeda, *Democracia, educación*

y no puede estar sujeta a ningún tipo de limitación u obstáculo (párrafo 1 de la OG 3).

En segundo término, los Estados deben “adoptar medidas apropiadas”; esta obligación debe ser cumplida dentro de un plazo razonablemente corto, con independencia de que la plena realización de todos los derechos pueda llevar un tiempo más prolongado (párrafo 2). Sobre esta obligación Abramovich y Courtis señalan que no es declamativa: “significa que el Estado tiene marcado un claro rumbo y debe comenzar a ‘dar pasos’, que sus pasos deben apuntar hacia la meta establecida y debe marchar hacia esa meta tan rápido como le sea posible. En todo caso le corresponderá justificar por qué no ha marchado, por qué ha ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no ha marchado más rápido”.²⁶

y no discriminación, Cal y Arena, México, 2011; del mismo autor, *Un marco teórico para la discriminación*, CONAPRED, México, 2006, e *Iguales y diferentes: la discriminación y los retos de la democracia incluyente*, TEJF, México, 2011.

²⁶ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *op. cit.*, pp. 79-80.

Entre las primeras medidas a tomar se encuentran las de carácter legislativo, lo cual supone fundamentalmente dos cuestiones: la primera consiste en recoger en el ordenamiento jurídico interno todos los derechos que establece el Pacto, de forma que no quede duda de su vigencia dentro del territorio del Estado parte; la segunda consiste en adecuar el ordenamiento interno para el efecto de eliminar cualquier norma que sea contraria a esos derechos o que pueda suponer un obstáculo para su completa realización.

Hay que enfatizar el hecho de que la legislación nacional no sólo debe ser *no contradictoria* con los instrumentos jurídicos internacionales, sino que debe contener las disposiciones necesarias para hacer de éstos normas completamente aplicables por las autoridades locales.

El Comité subraya el hecho de que, en el caso de varios derechos, la existencia de legislación interna es indispensable (párrafo 3). En otra de sus observaciones generales, el Comité señala que “los Estados deben modificar

el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte”.²⁷

Sobre este punto es importante traer a colación el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual quedó recogido en la sentencia del caso *La Cantuta vs Perú*, dictada el 29 de noviembre de 2006. En ella se señala lo siguiente:

171. En la Convención, este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).

172. Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.

Esto nos lleva al muy debatido y analizado tema de la “armonización legislativa”, es decir, al deber de la Federación y de las entidades federativas de hacer compatible lo que expresan las normas internas respecto de lo que señalan los tratados internacionales. A

²⁷ Se trata de la Observación General número 9, relativa a la aplicación interna del Pacto, dictada durante el 19º periodo de sesiones, en el año de 1998; la cita está en el párrafo 3; esta Observación General es importante porque viene a complementar e incluso, en ciertos aspectos, a detallar el contenido de la OG 3. La número 9 es consultable en Miguel Carbonell, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos*, tomo I, *op. cit.*, pp. 550 y ss.

partir de lo que se lleva dicho podemos afirmar que los poderes legislativos, en términos de lo que señala el nuevo párrafo tercero del artículo 1 constitucional, también están obligados a hacer su parte en la tarea de garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales, generando el marco normativo para que ello sea posible. Y eso incluye a todos los poderes legislativos, tanto al federal como al de las entidades federativas (e incluso a los municipios a través del ejercicio de las facultades de creación de reglamentos previstas en el artículo 115 de la Constitución mexicana).

Otra medida que los Estados parte pueden acometer de inmediato es realizar un diagnóstico de la situación que guardan cada uno de los derechos fundamentales protegidos por el Pacto. A partir de ese diagnóstico, los Estados deben elaborar una estrategia nacional para el desarrollo, promoción y protección de los derechos.²⁸ Entre los

objetivos del diagnóstico deben estar el de determinar la proporción de ciudadanos que no disfrutaban de un derecho específico y la identificación de los sectores de la población que podrían ser vulnerables o estar en desventaja para su disfrute.²⁹

El diagnóstico debe poder ofrecer una serie de instrumentos de medición que sirvan tanto al Estado como al Comité para medir concretamente si se ha avanzado o no en la consecución de un derecho determinado. Los instrumentos de medición son determinados sobre una base y unos criterios nacionales, lo cual sirve para poner a salvo la gran variedad de contextos económicos y sociales existentes, objetivo que no se lograría con un solo nivel de medición determinado internacionalmente. En contra de esta consideración se ha dicho que con

Gaceta Oficial del Distrito Federal el 30 de mayo de 2011.

²⁸ Un ejemplo de la manera en que lo anterior puede ser llevado a cabo en el plano legislativo puede verse en la Ley del Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal, publicada en la

²⁹ En este sentido, Matthew Craven, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 117.

ella se podrían vaciar de contenido muchos mandatos sustantivos del Pacto.³⁰

En realidad quizá lo mejor sería que la determinación nacional se mueva dentro de ciertos parámetros, de manera que no se deje una completa discrecionalidad a los Estados. Como quiera que sea, el Comité ha sostenido que “los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte”.³¹

Junto a las medidas legislativas y de diagnóstico deben adoptarse también, en virtud del mandato de utilizar “todos los medios apropiados”, previsiones de carácter administrativo, judicial, económico, social y educativo.

En principio, cada Estado parte debe determinar por sí mismo cuáles son las medidas más apropiadas que debe tomar para cumplir con las obligaciones del Pacto, considerando sus

propias circunstancias y la relación de todos los derechos protegidos. Sin embargo, lo apropiado de las medidas puede no resultar evidente a primera vista, por lo cual los Estados deben informar claramente al Comité, en términos del artículo 16 del propio Pacto, por qué consideran que las medidas adoptadas son las más pertinentes en vista de las circunstancias (párrafo 4).

Aparte de las medidas que ya se han comentado, el Comité considera concretamente que una medida apropiada consiste en el ofrecimiento de recursos judiciales para proteger los derechos, de forma que todos ellos puedan considerarse justiciables (párrafo 5). En la Observación General número 9 el Comité ha explorado con mayor detenimiento esta obligación de los Estados parte, la cual empata con la obligación de “garantizar” a la que se refiere el nuevo párrafo tercero del artículo 1 de la Constitución mexicana.

En esta Observación el Comité reconoce que no se trata solamente de crear recursos judiciales, sino de implementar un concepto más amplio

³⁰ *Ibid.*, p. 119.

³¹ Observación General número 9, párrafo 5.

al que denomina “recursos legales”. Entre esos recursos se encuentran también los judiciales, pero no son los únicos pues el Comité reconoce que los recursos administrativos “en muchos casos son adecuados”, ya que “quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto”. Los recursos administrativos, no obstante, deben reunir ciertas características, como por ejemplo ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces; en cualquier caso, debe existir la posibilidad de plantear una apelación judicial contra todo proceso administrativo (OG 9, párrafo 9).

El Comité distingue entre el concepto de justiciabilidad de los derechos y el concepto de “aplicabilidad inmediata”. El primero se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales; a lo anterior hay que agregar que la justiciabilidad también significa que los individuos y los grupos tengan la posibilidad de

acudir ante esos mismos tribunales, lo cual es una precondition para luego estar en aptitud de determinar el ámbito en el que la decisión judicial es pertinente. Para el Comité la aplicabilidad inmediata de un derecho significa que ese derecho permite la aplicación por los tribunales sin mayor disquisición. El Comité señala que todos los derechos reconocidos en el Pacto tienen, al menos en algún aspecto, dimensiones significativas que puedan ser llevadas ante los tribunales, es decir, dimensiones de justiciabilidad (OG 9, párrafo 10).

Respecto de la aplicabilidad inmediata el Comité realiza una consideración importante en los siguientes términos:

A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasi-

ficación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad (OG 9, párrafo 10).

Sobre el tema de la existencia de recursos judiciales que permitan llevar ante los tribunales las violaciones de los derechos, Abramovich y Curtis señalan que los Estados deben brindar recursos judiciales idóneos; es decir, “no basta con los recursos previstos para reparar la violación de otros derechos, cuando por sus características impidan el planteo adecuado del caso”.³²

Es muy relevante enfatizar la idoneidad de los recursos judiciales existentes, ya que no puede considerarse como cumplida por los Estados parte la obligación de brindar esos recursos

³² Víctor Abramovich y Christian Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 87.

por el simple hecho de que se aduzca que existen las vías judiciales tradicionales en caso de violación de derechos; hay que considerar que en la enorme mayoría de países (como es el caso de México, por cierto) los recursos judiciales existentes fueron diseñados para proteger cierto tipo de derechos, por lo que tienen enormes problemas al momento en que se les pide que sirvan para proteger, por ejemplo, los derechos sociales.³³

El Comité señala que para la mejor aplicación del Pacto en el ámbito interno es importante informar a los jueces y a los tribunales competentes de la naturaleza y las consecuencias del propio Pacto, así como explicarles la importante función que desempeñan los recursos judiciales en su aplicación (OG 9, párrafo 11). Esto es muy importante, sobre todo para el caso de México, en donde los tribu-

³³ Aunque el reconocimiento constitucional de las acciones colectivas en el artículo 17 de la Constitución mexicana y la importante reforma al juicio de amparo en junio de 2011 pueden sembrar la semilla para el inicio de una nueva época para el sistema de garantía de los derechos en México. Ojalá así sea.

nales en términos generales desconocen los contenidos del Pacto (lo mismo sucede, por otro lado, con los abogados), lo que genera que en la práctica se aplique escasamente. Reconociendo esa situación el Comité afirma que “En la mayoría de países, los tribunales todavía están lejos de recurrir suficientemente a las disposiciones del Pacto” (OG 9, párrafo 13).

El texto del Pacto, reconoce el Comité, puede aplicarse en una amplia variedad de sistemas políticos y económicos, de forma que no está condicionada la protección de los derechos a la adopción de uno de ellos, siempre que queden adecuadamente reconocidos y estén reflejados en el sistema de que se trate (OG 3, párrafo 8).

Para cumplir con la obligación de crear recursos legales que permitan defender ciertos derechos fundamentales se tendrían que ampliar los cauces para promover acciones ante los tribunales, para lo cual también sería necesario dotar de sustantividad procesal a los denominados “derechos difusos” o

“intereses colectivos”.³⁴ A partir del reconocimiento de dicha sustantividad procesal (pues es obvio que derechos como el medio ambiente o en ciertos aspectos el derecho a la educación y a la salud son materialmente difusos y protegen intereses colectivos), habría que ir modelando las estrategias de defensa procesal necesarias para cumplir con los señalamientos del Comité en materia de defensa de los derechos sociales.

Este aspecto es especialmente importante en México, ya que el principal instrumento de defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales, que es el juicio de amparo, históricamente se ha mostrado insuficiente para proteger derechos sociales justamente en virtud de la estrecha legitimación activa que tanto la Constitución como la ley y la jurisprudencia le reconocían para promoverlo.³⁵

³⁴ Para una introducción al tema ver Antonio Gidi y Eduardo Ferrer MacGregor (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, Porrúa, México, 2003.

³⁵ Ver las reflexiones en el mismo sentido de Eduardo Ferrer MacGregor en *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos di-*

Lo que se ha señalado en el presente apartado es relevante para México, ya que la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 clara y expresamente señala que las autoridades deben “garantizar” los derechos fundamentales, y una forma de hacerlo es por medio de la creación de medios judiciales de defensa, tal como ha quedado expuesto.

La obligación establecida en el artículo 2.1. del Pacto, consistente en destinar “el máximo de los recursos de que disponga” a la realización de los derechos establecidos en el propio Pacto, significa que los recursos del Estado, así sean insuficientes para la satisfacción completa de un derecho, deben ser empleados para dar cumplimiento al contenido del Pacto.

fusos y colectivos, Porrúa, México, 2003. La ya mencionada reforma al régimen constitucional del amparo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011, intenta resolver el problema de la legitimación activa al sustituir la necesidad de acreditar un interés jurídico para poder promover un juicio de amparo, por el concepto más amplio de interés legítimo. Habrá que esperar para ver de qué manera interpretan el legislador federal y los jueces esta nueva disposición.

La misma obligación genera para los Estados parte una especie de “carga de la prueba” a fin de demostrar que en efecto se han empleado “todos los recursos disponibles” para cumplir con los objetivos del Pacto en el plazo más breve posible. Es decir, la falta o insuficiencia de recursos no debe tomarse como una verdad *prima facie*, sino que debe de ser acreditada por el Estado.

Para efecto de cumplir con la obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles no obsta el hecho de que un país se encuentre en periodo de “ajuste estructural” o pasando por una crisis económica, pues aparte de que los derechos fundamentales están vigentes en todo tiempo, el Comité se ha encargado de enfatizar que es justamente en tiempos de contracción económica cuando mayor relieve toman las obligaciones estatales para satisfacer los derechos y cuando más atención se debe poner a la correcta utilización de los recursos disponibles.

En periodos de crisis los Estados, cuando menos, deben asegurar las mejores condiciones posibles para

los grupos más desprotegidos.³⁶ “aun en tiempos de limitaciones graves de recursos –afirma el Comité– causadas por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo” (OG 3, párrafo 12).

Junto a lo anterior, los Estados parte deben también estar en condiciones de ofrecer unos *niveles mínimos* de satisfacción de los derechos. El Comité ha señalado que “Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser” (OG 3, párrafo 10).

Si en un Estado parte no se pudieran satisfacer esos niveles mínimos se estaría frente a una “presunción de culpabilidad” del Estado en el incumplimiento de las disposiciones del Pacto; esta presunción puede ser derrotada si el Estado en cuestión demuestra que la

situación de crisis ha sido de tal magnitud que ha estado fuera de su control y de sus posibilidades la satisfacción de los niveles mínimos en materia de derechos sociales.

En palabras del Comité, “Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas” (párrafo 10).

Craven señala, sin embargo, que dichos niveles mínimos no han sido determinados por el Comité, por lo cual no se tienen los instrumentos que permitan medir con precisión pero con flexibilidad los eventuales incumplimientos de los Estados parte.³⁷ Al respecto, Abramovich y Curtis señalan que

Si bien la tarea del Comité puede fijar los contenidos esenciales que identifiquen a ciertos derechos, resulta claro que tal

³⁶ Matthew Craven, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, op. cit., p. 139.

³⁷ *Ibid.*, p. 143.

propósito no puede alcanzarse sólo con volcar conceptos jurídicos en un texto. Numerosas opiniones han propuesto la adopción de algún sistema de indicadores que pudiera servir como parámetro. La utilización de indicadores resulta especialmente relevante cuando se exige al Estado el cumplimiento de ciertos objetivos que resultan mesurables, como la erradicación del analfabetismo, el tratamiento de las enfermedades endémico-epidémicas, la reducción de la mortalidad infantil o la siniestralidad laboral. En los últimos años, además, se ha comenzado a trabajar en la correlación entre la noción de contenido mínimo esencial de un derecho y los parámetros de desarrollo social y otros estándares técnicos establecidos a partir de indicadores estandarizados a nivel mundial. El principal propósito de todo sistema de indicadores es dar cuenta de dos factores claves, la voluntad y la capacidad del Estado de promover y proteger los derechos humanos. La diferencia entre estos dos factores, particularmente en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, es crucial para examinar el comportamiento del Estado.³⁸

³⁸ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., pp. 91-92.

Con relación al contenido mínimo, es importante señalar que se trata de un concepto aplicable no solamente a los derechos sino también a sectores de la población; concretamente, se puede aplicar para identificar al mínimo de personas a las que el Estado debe proteger en caso de crisis económica. Es decir, el contenido mínimo con relación a grupos obliga al Estado a identificar a las personas en situación de vulnerabilidad para asegurarles el disfrute de sus derechos sociales; por ejemplo, en materia de derecho a la vivienda se considera como grupo vulnerable a los ancianos sin recursos y a las personas con discapacidad; respecto a ellos el Estado debe suministrar una protección especial.³⁹

Como señala Eide, “El umbral mínimo para enfocar el problema sostiene que el establecimiento de un nivel mínimo de satisfacción de necesidades es un requisito previo esencial de esta consecución progresiva de la realización de los derechos. La justicia distributiva de largo curso para reali-

³⁹ *Ibid.*, p. 92.

zar las normas completas de los derechos humanos requiere la justicia inmediata para aquellos grupos de personas más desfavorecidos”.⁴⁰

⁴⁰ Absjorn Eide, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, número 43, Ginebra, diciembre de 1989, p. 54.

6. Deberes

Además de lo que ya se ha señalado, el párrafo tercero del artículo 1 constitucional señala que las autoridades tienen el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.

La prevención de las violaciones a los derechos se puede dar en varios ámbitos y niveles. Desde luego, se deben difundir los derechos y su contenido, de forma que tanto autoridades como particulares conozcan lo que señalan la Constitución y los tratados internacionales. El conocimiento y difusión de los derechos es una valiosa herramienta para prevenir su posible violación.

Por otra parte, hay que capacitar a los agentes de la autoridad de forma que puedan llevar a cabo las tareas que les encomienda la ley respetando los derechos humanos.

Una tercera forma de prevención reside en la creación o (en su caso) mejoramiento de los mecanismos internos de supervisión y seguimiento en los propios órganos públicos. Cuando un funcionario sabe que está siendo vigilado de cerca y que todos sus actos deben pasar por un escrutinio y supervisión, se cuida mucho más en lo que hace. En este sentido, también tienen un carácter preventivo las distintas regulaciones sobre el derecho de acceso a la información pública gubernamental y sobre la política pública de transparencia que deben llevar a cabo todas las autoridades del Estado mexicano por mandato del artículo 6, párrafo segundo, de nuestra Constitución. El acceso a la información permite que los particulares detecten áreas de riesgo para los derechos humanos, que den a conocer informes oficiales sobre los procedimientos de responsabilidad, que se conozcan documentos públicos

de interés general, etcétera. Todo ello puede contribuir a la prevención de las violaciones de derechos humanos.

Lo que debe quedar claro es que la mejor política para tutelar los derechos humanos es la que enfatiza las tareas de prevención respecto de sus posibles violaciones. Todo el dinero que se invierta en prevenir tales violaciones va a estar muy bien gastado, no solamente por la importancia que el respeto de los derechos tiene para medir el carácter democrático de cualquier país, en beneficio incluso de su gobernabilidad, sino también porque ese gasto será en realidad un ahorro (en caso de que sea efectivo), si tomamos como parámetro los mucho mayores gastos que derivan de una violación de derechos humanos (gastos para la víctima directa, para sus familiares y desde luego para el Estado).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que

promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales [...] Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado” (caso *Velázquez Rodríguez*, sentencia de fecha 29 de julio de 1988, párrafo 175).

El deber de investigar las violaciones de derechos humanos supone que el Estado mexicano (en todos sus niveles de gobierno) tiene que crear una institucionalidad suficiente para poder responder frente a un acto violatorio de derechos humanos, lo que entre otras cuestiones incluye:

- a) realizar las pesquisas que sean necesarias para individualizar el acto en cuestión (qué fue lo que pasó);

-
-
- b) pormenorizar las circunstancias en que fue cometido (cómo fue que pasó), e
- c) individualizar a los responsables y ponerlos a disposición de la autoridad competente para efecto de que sean debidamente sancionados (quiénes son los responsables y a qué sanción se hacen acreedores).

Lo anterior se materializa por medio de la existencia de instancias gubernamentales que estén listas para recibir denuncias y quejas, que estén abiertas a toda hora (o bien que sus responsables puedan ser localizados a toda hora, aunque la oficina en cuestión no permanezca abierta), y que estén geográficamente al alcance de cualquier persona bajo ciertos parámetros de razonabilidad.

Sobre el deber de investigar las violaciones de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que

El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se ha-

yan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención (caso *Velázquez Rodríguez*, párrafo 176).

La Corte Interamericana entiende que el deber de investigar supone

una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera que sea el agente al cual pueda eventualmente

atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado (caso *Velázquez Rodríguez*, párrafo 177).

La falta de una correcta investigación por parte de las autoridades mexicanas se puso claramente en evidencia en el caso *González y otras (Campo Algodonero) contra México*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de noviembre de 2009. En ese caso se ventiló la violación gravísima de los derechos humanos de tres mujeres que habitaban en el municipio de Ciudad Juárez (Chihuahua), que derivó en su fallecimiento.

La Corte Interamericana documentó puntualmente en la sentencia la falta de diligencia por parte de las autoridades locales y federales encargadas de la investigación. Se trató de una serie de negligencias que seguramente no sorprenden a nadie que esté familiarizado con el sistema penal mexicano, pero que cuando se ven agrupadas y

narradas de forma sistemática por parte de un tribunal internacional, no pueden dejar de causar una enorme zozobra.

A partir de la actuación negligente en grado extremo de las autoridades mexicanas, la Corte ofrece como conclusión un párrafo que no tiene desperdicio, en el que se señala lo siguiente:

Las irregularidades en el manejo de evidencias, la alegada fabricación de culpables, el retraso en las investigaciones, la falta de líneas de investigación que tengan en cuenta el contexto de violencia contra la mujer en el que se desarrollaron las ejecuciones de las tres víctimas y la inexistencia de investigaciones contra funcionarios públicos por su supuesta negligencia grave, vulneran el derecho de acceso a la justicia, a una protección judicial eficaz y el derecho de los familiares y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido. Además, denota un incumplimiento estatal de garantizar, a través de una investigación seria y adecuada, los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las tres víctimas [...] Esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia

contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir [...] (párrafo 388).

La reparación de las violaciones de derechos humanos es la consecuencia de que se haya verificado un hecho ilícito. Dada una violación, los responsables directos e indirectos deben proceder a repararla. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “La reparación es el término genérico que comprende las distintas formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido” (caso *Garrido y Baigorria versus Argentina*, sentencia del 27 de agosto de 1998, párrafo 41).

La reparación que en cada caso se determine debe ser idónea y congruente. La idea es que las medidas reparatorias sean adecuadas respecto de la naturaleza y los efectos producidos por la violación. Tomando en cuenta el tipo de afectación de que se trate, se determinarán las oportunas medidas reparatorias.

El deber de reparar debe ser entendido en el sentido más amplio posible, sin que se pueda limitar a una indemnización económica. La reparación debe ser integral. Al respecto la Corte Interamericana ha señalado que

los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etcétera [...] La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos (caso *Garrido y Baigorria versus Argentina*, párrafo 41).

La jurisprudencia interamericana ha desarrollado una batería amplísima de medidas reparatorias, atendiendo precisamente a la tan variada tipología de violaciones que ha analizado en las décadas de funcionamiento que lleva. Sergio García Ramírez, con su habitual erudición, las ha resumido en pocas

pero muy sustantivas páginas.⁴¹ Entre las medidas para reparar las violaciones de derechos humanos que menciona el distinguido jurista mexicano se encuentran las siguientes:

- Pago de una justa indemnización.
- Modificación de un texto constitucional para hacerlo compatible con el Pacto de San José.
- Revisión de normas sobre pena de muerte.
- Tipificación penal del terrorismo y de la desaparición forzada.
- Restricción del alcance de la jurisdicción militar.
- Exclusión de penas crueles, inhumanas o degradantes.
- Localización e identificación de restos humanos.
- Atención médica y psicológica.
- Facilitación de estudios y atención a la salud de niños.
- Inversiones con valor social en comunidades indígenas.
- Construcción de casas habitación.
- Programas de capacitación para funcionarios públicos.
- Mejoramiento de las condiciones de vida dentro de las cárceles.
- Inscripción de nombres de víctimas en plazas, calles, monumentos, etcétera.
- Conmemoración de un día en honor de las víctimas.

⁴¹ Sergio García Ramírez, “Reparaciones de fuente internacional por violaciones de derechos humanos”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, UNAM, Porrúa, México, 2012, pp. 181 y siguientes.

A partir del listado anterior (que es simplemente ejemplificativo y no exhaustivo), se puede apreciar la gran variedad de reparaciones que el Estado

puede tomar. No basta con la reparación material que se restringe a una indemnización pecuniaria.

Hay reparaciones materiales e inmateriales. A veces para las víctimas y sus familiares son tanto o más importantes las segundas. La Corte Interamericana, al considerar las modalidades de la reparación, ha hecho incluso referencia a la necesidad de considerar el “proyecto de vida”.⁴²

La reparación de las violaciones debe ser vista como una consecuencia

indispensable de una buena investigación y de una apropiada sanción para los responsables. La reparación toma en cuenta la dignidad de las víctimas y reconoce que la violación de derechos tuvo un impacto importante en su existencia. La reparación permite poner en el centro de la actuación del Estado el respeto a las víctimas y a sus familiares. De ahí la importancia que, en este punto, tiene la reforma del 10 de junio de 2011 al artículo 1, párrafo tercero, de la Constitución.

⁴² Ver la sentencia del caso *Loayza Tamayo*, de fecha 27 de noviembre de 1998, reparaciones y costas, párrafos 147-151.

7. Los derechos humanos en los tratados internacionales

El primer párrafo del artículo 1 constitucional señala que todas las personas tendrán todos los derechos reconocidos por la propia Constitución y por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Esto nos permite advertir la enorme importancia que tienen en México los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales (con fundamento en la citada disposición) han adquirido rango constitucional; para decirlo de forma telegráfica: los tratados internacionales en materia de derechos humanos firmados y ratificados por México son Constitución.

Los tratados de derechos humanos no están por debajo ni por arriba de la Constitución, sino que forman parte de su texto, al haber sido incorporados precisamente por el mandato del artículo 1 constitucional. De hecho, pueden incluso llegar a ser aplicados de forma prevalente respecto de

alguna norma constitucional, siempre que ofrezcan una protección más amplia de cierto derecho (tal como lo señala el párrafo segundo del artículo 1 constitucional).

Es menester de todos los estudiantes de derecho y de todos los abogados mexicanos conocer esos tratados y, en su caso, hacerlos valer en los juicios o procedimientos en los que resulten aplicables.

El derecho internacional de los derechos humanos se estructura a partir de lo que puede llamarse un “derecho originario”, el cual es complementado por un “derecho derivado”. El derecho originario es el que encontramos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tanto de alcance mundial como regional. Los tratados internacionales que surgen en el seno de la Organización de las Naciones Unidas tienen un ámbito territorial de

validez planetario (sujeto desde luego a las reglas de firma, ratificación e incorporación que existan en cada país miembro de la Organización). Por su parte, los tratados internacionales surgidos en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA) tendrán un alcance regional limitado al continente americano.

De hecho, 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, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o de la OEA, entre otros, pueden encontrarse tanto derechos que no están previstos en la Constitución mexicana, como perspectivas complementarias a las que ofrece nuestra Carta Magna (por ejemplo, cuando un tratado internacional establece dimensiones de un cierto derecho que no están contempladas en 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.⁴³

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 o referidos a ciertas materias. Entre los primeros podemos mencionar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966;⁴⁴ en el ámbito de América Latina el más importante tratado general es la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como

⁴³ Carlos Villán Durán, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 209 y ss.

⁴⁴ Publicados ambos en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

Pacto de San José, suscrita el 22 de noviembre de 1969.⁴⁵

Entre los tratados internacionales de carácter sectorial que se suelen utilizar con mayor frecuencia o que son más citados en la literatura especializada se encuentran la Convención de los Derechos del Niño⁴⁶ y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer,⁴⁷ así como los Convenios de la OIT sobre distintos aspectos de los derechos fundamentales de los trabajadores.⁴⁸ 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 contra las Personas con Discapacidad.

De los tratados internacionales pueden derivar, a su vez, otras fuentes del derecho. Ya en las páginas precedentes hemos hecho algunas referencias, 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 parte 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

⁴⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

⁴⁶ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

⁴⁷ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981; fe de erratas del 18 de junio de 1981.

⁴⁸ Son especialmente importantes los convenios número 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).

los estudiosos de los derechos fundamentales ya que –como hemos visto– 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.⁴⁹ Para el tema que estamos analizando en el presente ensayo las observaciones generales tienen gran relevancia, ya que nos ayudan a identificar los significados concretos que para las autoridades derivan de los derechos fundamentales, tanto de forma general para todos ellos como en específico para cada distinto derecho.

⁴⁹ Una selección muy amplia de observaciones generales puede verse en Miguel Carbonell, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos*, op. cit., tomo I, pp. 389 y ss.

Actualmente la estructura de los órganos encargados de la vigilancia de los derechos humanos en la ONU es bastante compleja;⁵⁰ se puede 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.

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 Consejo Económico y Social, ECOSOC, dependiente de la Comisión de Derechos Humanos, dentro de la estructura de la Secretaría General, etc.) y de los documentos que precisan su ámbito de facultades.⁵¹

⁵⁰ Cfr. Carlos Villán Durán, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 437 y ss.

⁵¹ Una explicación muy completa del universo de organismos que se encargan de los derechos

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.⁵²

Además de las tareas importantes que realizan los comités, hay que tener presente que los propios tratados internacionales pueden crear otros mecanismos de garantía de los derechos humanos;⁵³ así sucede con la Con-

humanos en el ámbito de la ONU puede encontrarse en Carlos Villán Durán, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, op. cit.

⁵² Al respecto, Jorge Ulises Carmona Tinoco, “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”, en *Reforma judicial. Revista mexicana de justicia*, número 1, México, 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.

⁵³ Sobre los mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos humanos previstos en los tratados, Carlos Villán Durán, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 499 y ss.

vención Americana de Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica, que crea el sistema interamericano de protección de derechos. Dicho sistema se articula a través de dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tiene su sede en Washington, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya sede se encuentra precisamente en San José de Costa Rica.⁵⁴ 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.⁵⁵

⁵⁴ De entre lo mucho que se ha escrito sobre la Corte Interamericana, recomiendo especialmente el amplio panorama que nos ofrece Sergio García Ramírez en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2007.

⁵⁵ Sobre el tema, Jorge Ulises Carmona Tinoco, “Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en *Cuestiones Constitucionales*, número 9, México, julio-diciembre de 2003, pp. 3-54.

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

La competencia de la Comisión está establecida 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, para preparar estudios o informes y para solicitar a los gobiernos informes sobre medidas que se hayan adoptado en materia 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 por violaciones al Pacto, por parte de cualquier persona, de grupos de personas o de entidades no gubernamentales (artículo 44).⁵⁶ El artículo 46 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

⁵⁶ Hay otras normas jurídicas internacionales que también le dan competencia a la Comisión para conocer de quejas; sobre este punto, Jorge Ulises Carmona Tinoco, “Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, *op. cit.*, p. 15.

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 natura-

leza 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”.⁵⁷

Por su parte, la Corte se compone de siete jueces, los cuales son elegidos 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 parte 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).

Solamente los Estados parte 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

⁵⁷ *Ibid.*, p. 12.

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; 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 tiene una 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 dar contenidos sustantivos al texto del Pacto. La competencia consultiva está prevista en el artículo 64 del Pacto en los siguientes términos:

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 in-

ternas y los mencionados instrumentos internacionales.

Los alcances de 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).⁵⁸

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

Es importante señalar que en ocasiones los tratados internacionales en materia de derechos humanos se van complementando con documentos normativos que se dictan con posterioridad. Se les suele llamar “protocolos” o “protocolos adicionales”. Así, 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 se 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; entre 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

⁵⁸ Consultable en Miguel Carbonell, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos*, op. cit., tomo II, pp. 705 y ss.

para desentrañar el alcance de lo establecido en un instrumento internacional debe acudirse 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, acudirse 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 acudirse 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 acudirse, 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.⁵⁹ Una de ellas, quizá no la menor, es el profundo desconocimiento que de su contenido tienen los abogados mexicanos, incluyendo a los jueces. En parte lo anterior se debe a las deficiencias que tiene el proceso de enseñanza del derecho, la cual, por cierto, también se proyecta hacia el tema de los derechos fundamentales, como lo he explicado en otras ocasiones.⁶⁰

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que todos los jueces del Estado mexicano están obligados a observar lo que señalan los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Si una norma de rango legislativo entra en pugna con

cualquier tratado, los jueces deben dejar de aplicar la norma interna y acogerse a lo señalado por el tratado. Este es el criterio que la Suprema Corte expresó en la resolución del importantísimo expediente *Varios 912/2010* (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de octubre de 2011). Se trata del llamado “control de convencionalidad”.

El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente (ya en párrafos anteriores nos hemos referido a dicha obligación). Recordemos que el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos que ella establece, pero también a “garantizar” su pleno y libre ejercicio; esto significa que el Estado mexicano tiene la obligación de respetar, pero también la de garantizar (mandato que se contiene también en el artículo 1, párrafo tercero, constitucional). El deber de

⁵⁹ Algunas reflexiones sobre el tema se pueden ver en Jorge Ulises Carmona Tinoco, “La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos”, en Ricardo Méndez Silva (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IJ-UNAM, México, 2002, pp. 181 y ss.

⁶⁰ Miguel Carbonell, *La enseñanza del derecho*, 3ª edición, Porrúa, UNAM, México, 2012 (reimpresión).

garantía es el que da fundamento a la idea según la cual toda la organización del Estado debe estar al servicio de

los derechos humanos, en la medida en que estos derechos suponen la base de la legitimidad del quehacer estatal.

8. Derechos fundamentales, ciudadanía y reforma política

En el apartado relativo a los sujetos de los derechos humanos señalamos que la regla general es que toda persona tenga todos los derechos, y citamos como fundamento de tal afirmación el primer párrafo del artículo 1 de la Constitución mexicana que se refiere precisamente a la universalidad de los derechos humanos. Pero también mencionamos que la titularidad de algunos de esos derechos estaba restringida a aquellas personas que reunieran las calidades exigidas por la Constitución para tener la ciudadanía mexicana.

El artículo 34 de nuestra Carta Magna señala que son ciudadanos mexicanos quienes cumplan los tres siguientes requisitos: 1) tengan la nacionalidad mexicana (ya sea por nacimiento o por naturalización); 2) hayan cumplido 18 años; y 3) tengan un modo honesto de vivir.

El artículo 35 constitucional establece que solamente los ciudadanos pueden ejercer los llamados derechos de participación política, los cuales desde luego son derechos fundamentales y por tanto tienen las mismas características que ya se han señalado en los apartados precedentes (y generan las mismas obligaciones para los poderes públicos). Dichos derechos consisten fundamentalmente en el derecho de sufragio activo (votar), pasivo (ser votado) y de asociación en materia política (crear partidos políticos y organizaciones de naturaleza política, tomar parte en dichas organizaciones y salir de ellas cuando así lo desee el sujeto titular del derecho).

La teoría constitucional de nuestros días discute con energía sobre la pertinencia de que los derechos de participación política dejen de ser de titularidad exclusiva de los ciudadanos.

En otras palabras, se argumenta que la participación política debería corresponder a toda persona mayor de edad que habite de forma permanente en el territorio de un país o de una comunidad política, ya que dicha persona está obligada a acatar las normas jurídicas de dicha comunidad y por eso debería participar en su confección, a través de la selección de sus representantes.

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”,⁶¹ 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 legitimada”.⁶²

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 éste sea”.⁶³

⁶¹ Danilo Zolo, “La ciudadanía en una era poscomunista”, en *La política. Revista de Estudios sobre el Estado y la sociedad*, número 3, Paidós, Barcelona, 1997, p. 127.

⁶² T. H. Marshall, “Ciudadanía y clase social”, en T.H. Marshall y T. Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998, pp. 21-22.

⁶³ Javier de Lucas, “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías”, en Javier de Lucas (dir.), *Derechos de las*

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”.⁶⁴

Desde luego, los Estados que utilizan como escudo o como 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

minorías en una sociedad multicultural, CGPI, Madrid, 1999, p. 265.

⁶⁴ Danilo Zolo, “La strategia della cittadinanza”, en Danilo Zolo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, 2ª edición, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 42.

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.⁶⁵ 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. En el propio ámbito de las instituciones públicas asistimos a un desfundamiento 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 transnacio-

⁶⁵ Javier de Lucas, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, p. 135.

nal, etc.), a menudo sustraídas de los pertinentes controles democráticos y parlamentarios, lo cual ha hecho asomar lo que Habermas llama “agujeros de legitimidad”.⁶⁶ Hacia abajo, a través de las diversas tensiones centrífugas, nacionalistas, secesionistas o independentistas, que lo ponen en cuestión.⁶⁷

La ciudadanía, como categoría normativa que marca diferencias entre quienes pertenecen a una sociedad y quienes son “extraños” o “extranjeros” parece no tener mucha razón de ser en la actualidad, ya que en los hechos supone una cortapisa al reconocimiento universal de los derechos de participación política. La idea sería ir construyendo una suerte de “ciudadanía universal” que pudiera acompañar (con plenitud de derechos políticos) a la persona allí a donde fuera, sin importar su nacionalidad y mucho menos su lugar de nacimiento.

⁶⁶ Jürgen Habermas, *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 96.

⁶⁷ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 150.

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.⁶⁸

Aunque quizá estemos lejos de ese escenario en la mayor parte de los países del orbe, lo cierto es que el

⁶⁸ *Ibid.*, 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”, en “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías”, *op. cit.*, p. 268.

planteamiento teórico que se acaba de apuntar tiene una gran coherencia y es prácticamente imposible de rebatir desde una óptica democrática: la democracia es por excelencia un régimen político incluyente, de forma que toda exclusión de la titularidad de derechos humanos debe estar puntualmente justificada. En el caso de la limitación de los derechos de participación política a las personas que no tengan la ciudadanía, dicha justificación parece no existir más.

En el caso de México es importante señalar que los derechos de participación política sufrieron una ampliación mediante la llamada “reforma política” publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de agosto de 2012. En realidad, dicha reforma consiste en una serie de importantes modificaciones al régimen constitucional de la participación política de los ciudadanos en México y contiene además algunas determinaciones sobre la forma en que se accede y se ejercen los poderes públicos.

La reforma política ya establece la figura de las candidaturas independientes, con lo cual se permite que los partidos tengan un poco más de competencia electoral y se termina con el monopolio de las postulaciones a cargos públicos representativos por parte de los mismos partidos.

A partir de la reforma, el artículo 35, fracción II, señala que son derechos de todo ciudadano mexicano:

Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación.

También se añade a nuestra Constitución la figura de la consulta popular, que podrá ser convocada sobre decisiones trascendentes que tengan impacto nacional de acuerdo a la regulación contenida en la fracción VIII del artículo 35 constitucional.

La convocatoria a una consulta popular la pueden hacer el Presidente de la República, el 33% o más del total de integrantes de cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión o los ciudadanos, cuando se reúna la firma del 2% de la lista nominal de electores.

Para que el resultado de dicha consulta sea obligatorio para los poderes públicos, se pide que haya una participación de cuando menos el 40% de la lista de electores.

Las consultas deben realizarse el día de la jornada electoral, es decir, el primer domingo de julio del año que corresponda, y serán calificadas previamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a fin de evitar que se consulten temas que vayan en contra de la Constitución.

El Instituto Federal Electoral (IFE) tendrá a su cargo, en forma directa, la organización, desarrollo, cómputo y declaración de resultados de la consulta. Cuando la convocatoria sea

por parte de la ciudadanía, también le corresponderá verificar que se haya satisfecho el 2% de firmas exigido por la Constitución.

Otra cuestión relevante es que se añada la figura de la iniciativa legislativa popular, la cual se podrá ejercer por parte de la ciudadanía cuando se reúnan las firmas de un 0.13% del listado nominal de electores.

Tanto la consulta popular como la iniciativa legislativa ciudadana son herramientas que fomentan la participación política y permiten que entre todos se vayan tomando las decisiones, de modo que no solamente los políticos profesionales tengan en exclusiva la confección de la agenda del país. Se trata de algo positivo, desde un punto de vista democrático. Ambas herramientas, si son adecuadamente utilizadas, pueden constituir una especie de “escuela de la democracia” al añadir temas, actores y voces nuevas al debate público nacional, el cual sin duda se podría ver enriquecido a través del ejercicio de las dos figuras señaladas.

A modo de conclusión

En las páginas anteriores hemos intentado realizar una caracterización de los derechos fundamentales, refiriendo sus fundamentos, su historia, sus titulares, las obligaciones y deberes que derivan de tales derechos para los poderes públicos, la importancia del marco jurídico internacional, entre otras muchas cuestiones.

A partir de lo que hemos apuntado, se puede ir construyendo un modelo de democracia mucho más rico y complejo, alejado de las visiones puramente procedimentalistas que suelen limitar a la democracia al momento electoral.

Es muy importante que podamos concebir a los regímenes democráticos contemporáneos como lo que realmente son: democracias constitucionales, es decir, sistemas de gobierno en los que rige el principio de la mayoría como regla para tomar

decisiones colectivas, pero en los que existen también catálogos de derechos que imponen límites y vínculos a lo que pueden hacer las autoridades y los particulares.

Los derechos fundamentales le añaden una dimensión sustancial a la democracia que la hace más efectiva, la nutre y evita su posible deriva autoritaria. Al asegurar a cada persona una esfera de libertades y una fuerte dosis de igualdad, la democracia constitucional potencia el sentido de pertenencia a la vez que nos permite desarrollar de forma autónoma nuestra vida.

En esa virtud, democracia y derechos humanos son dos conceptos que van de la mano y que ya no pueden ser entendidos el uno sin el otro. La garantía efectiva de los derechos es el mejor escudo que puede tener toda democracia en contra del fantasma

siempre presente del autoritarismo. De la misma forma, la democracia es la atmósfera social indispensable para

el florecimiento de los derechos y para su realización práctica.

Bibliografía

Lecturas sugeridas para ampliar los temas generales tratados en este texto (selección bibliográfica):⁶⁹

Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª edición, Trotta, Madrid, 2004.

Alexy Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

_____, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

_____, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edición, CEPC, Madrid, 2007.

Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, 2ª edición, CEPC, Madrid, 2009.

Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Estudios sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

⁶⁹ Para abundar en la bibliografía sobre los temas tratados en este texto, remito a las referencias que figuran al final de Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, 4ª edición, Porrúa, UNAM, CNDH, México, 2011.

_____, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003.

Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 4ª edición, Porrúa, CNDH, UNAM, México, 2011.

_____, Moguel, Sandra y Karla Pérez Portilla (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos*, Porrúa, México, 2003, 2 tomos.

_____ y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Porrúa, UNAM, México, 2012.

_____, *Una historia de los derechos fundamentales*, Porrúa, CNDH, UNAM, México, 2011.

Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CELS, CEDALS, Buenos Aires, 2006.

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

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

Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, 2ª edición, Trotta, Madrid, 2010.

_____, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7ª edición, Trotta, Madrid, 2010.

_____ y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2009.

_____, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011 (3 tomos).

Ferrer MacGregor, Eduardo y Fernando Silva García, *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero*, Porrúa, UNAM, México, 2011.

García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2007.

_____ y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, Porrúa, México, 2011.

_____ y Mauricio del Toro Huerta, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, Porrúa, UNAM, México, 2011.

Garzón Valdés, Ernesto, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, en *Propuestas*, Trotta, Madrid, 2011.

_____, *Derecho, ética y política*, CEC, Madrid, 1993.

_____, *Instituciones suicidas. Estudios de ética y política*, Paidós, UNAM, México, 2000.

Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996.

Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

Rawls, John, *Liberalismo político*, FCE, México, 1996.

_____, *Teoría de la justicia*, FCE, México, 2002 (reimpresión).

Rodríguez Zepeda, Jesús, *Democracia, educación y no discriminación*, Cal y Arena, México, 2011.

_____, *Iguales y diferentes: la discriminación y los retos de la democracia incluyente*, TEPJF, México, 2011.

_____, *Un marco teórico para la discriminación*, CONAPRED, México, 2006.

Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995.

Sobre el autor

Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y coordinador del Área de Derecho Constitucional del mismo Instituto.

Investigador Nacional nivel III del Sistema Nacional de Investigadores desde enero de 2005, siendo el más joven científico del país en alcanzar ese nivel.

Autor de 47 libros y coordinador o compilador de otras 50 obras. Ha publicado más de 480 artículos en revistas especializadas y obras colectivas de México, España, Italia, Inglaterra, Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú, Chile, República Dominicana y Uruguay. Sus textos se han publicado en cinco diferentes idiomas.

Ha dictado más de 950 cursos y conferencias en México y otros países, y ha coordinado las obras colectivas más importantes de México en materia jurídica, tales como la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada* (5 tomos), la *Enciclopedia Jurídica Mexicana* (15 tomos), la *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana* (10 tomos) y *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones* (25 tomos).

Ha sido miembro del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de la Junta de Gobierno del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. Actualmente es miembro del Consejo de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Le han otorgado varios premios, entre ellos el Premio Universidad Nacional para Jóvenes Académicos. Es articulista en el periódico *El Universal*. Su página de internet es www.miguelcarbonell.com; puede seguirse en las redes sociales Twitter y Facebook, así como en su propio canal de YouTube.

Derechos fundamentales y democracia
se terminó de imprimir en la Ciudad de México
en el mes de marzo de 2013.
La edición consta de 5,000 ejemplares
y estuvo al cuidado de la



Dirección Ejecutiva de Capacitación Electoral
y Educación Cívica del

INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL

