

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN Y CUESTIONES  
DE TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS

I. Objetivos . . . . .	1
II. Nuevos derechos . . . . .	4
III. Mejores garantías . . . . .	10
IV. Un ejercicio de crítica constitucional . . . . .	12
V. Parámetros de comparación. . . . .	14
VI. La jerarquía de los tratados internacionales en ma- teria de derechos humanos . . . . .	18
VII. El contenido esencial de los derechos . . . . .	24
VIII. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares . . . . .	28
IX. La titularidad de derechos fundamentales por per- sonas jurídicas . . . . .	39
X. Suspensión de derechos y garantías. . . . .	41
XI. Declaraciones de derechos y democracia de calidad.	49
XII. Propuestas. . . . .	57

# CAPÍTULO PRIMERO

## INTRODUCCIÓN Y CUESTIONES DE TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS

### I. OBJETIVOS

El objetivo principal de este libro es ofrecer algunas reflexiones y argumentos para contestar a la pregunta: ¿podemos tener una mejor regulación constitucional de los derechos fundamentales y de sus mecanismos de garantía en México?

Esta pregunta solamente adquiere sentido si se acepta una premisa: que la actual regulación de los derechos y de sus garantías tienen un cierto grado de imperfección, de manera que resulta necesario realizar un esfuerzo para mejorarla y ponerla al día. No se trata de reconocer la imperfección que en cualquier caso tiene toda obra humana, sino un grado más alto de desactualización, de ausencia de incorporación de derechos importantes, de falta coherencia, etcétera.

¿Con qué elementos se puede justificar el objetivo que persigue este libro? Un principio de respuesta puede obtenerse haciendo una lectura completa de los preceptos de la Constitución mexicana que regulan a los derechos fundamentales y a sus mecanismos de garantía. Luego de dicha lectura podemos proponer las siguientes cuestiones: ¿el listado de derechos y garantías es sistemático? ¿está bien redactado, de forma que pueda entenderse y ser correctamente interpretado por sus destinatarios? ¿es un listado completo o carece de algunos de los derechos que hoy en día son necesarios —de acuerdo con las modernas teorías de la

justicia o desde una óptica obtenida de la filosofía política—, para proteger bienes básicos de las personas?<sup>1</sup>

Respecto al régimen constitucional de las garantías de los derechos podemos preguntarnos luego de haber leído la Constitución: ¿los mecanismos que existen son congruentes con el propósito de proteger todos los derechos establecidos por el propio texto constitucional? ¿hace falta una mejor regulación que la actualmente vigente? ¿es necesario incluir alguna garantía nueva?

Como podrá imaginar fácilmente el lector, la existencia de este libro se debe al hecho de que se considera que pueden ser contestadas en un cierto y sentido todas las preguntas anteriores. Así, por ejemplo, parece correcto sostener que la enunciación de los derechos fundamentales en el texto constitucional mexicano no es muy sistemática. ¿Cómo se justifica que en el artículo 4o. estén regulados (en ese orden), la igualdad entre el hombre y la mujer, el mandato dirigido al legislador para proteger la organización y desarrollo de la familia, la libertad de procreación, el derecho a la salud, el derecho al medio ambiente, el derecho a la vivienda y los derechos de los menores de edad? El lector de este artículo podría preguntarse ¿qué relación tiene la libertad de procreación con el derecho al medio ambiente?, ¿cómo puede entenderse que en un mismo precepto constitucional convivan el derecho a la vivienda y el derecho a la salud?

Alguien podrá decir que la regulación en un único artículo de derechos tan diversos no es en sí misma perniciosa y que una situación parecida puede observarse en otros ordenamientos constitucionales (como por ejemplo en el artículo 5o. de la Constitución de Brasil de 1988, que contiene nada menos que 77 fracciones, algunas de ellas con varios incisos). No faltará quien agregue que ordenar el listado de derechos fundamentales es una preocupación

<sup>1</sup> Aunque el objeto de análisis de este libro se limita al tema de los derechos fundamentales, en realidad se podrían suscitar preguntas muy parecidas para todo el conjunto de normas constitucionales, como se ha intentado demostrar en Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

puramente académica, que no redunda en ningún efecto práctico positivo. Lo importante, podrían decir quienes sostengan estas afirmaciones, es tener los derechos recogidos en el texto constitucional, sin importar mayormente el orden en el que vayan apareciendo o la forma en que estén redactados.

Lo cierto, sin embargo, es que una manera tan confusa de regular los derechos como la que se observa en la Constitución mexicana tiene efectos perniciosos sobre su correcta interpretación y sobre su posible aplicación en la vida cotidiana del país. No se trata de una mera cuestión académica, sino de un obstáculo para el correcto entendimiento del régimen constitucional de los derechos. Quienes se dispongan a leer la Constitución no tienen por qué verse limitados en virtud de la falta de sistematicidad y de orden lógico y expositivo de sus redactores; lo menos que se le puede de pedir a un texto jurídico de tanta relevancia como lo es una carta magna, es que su contenido sea claro, sistemático, que esté bien expuesto y bien redactado, de forma que incluso partiendo de su estructura gramatical y lingüística se contribuya a una mejor comprensión e interpretación de los artículos constitucionales.

Pueden citarse otros ejemplos de una mala sistematización en el capítulo dedicado a los derechos dentro de la Constitución de 1917. Tal es el caso de los artículos 25, 26 y 28, cuyo contenido —en términos generales— no hace referencia alguna a los derechos fundamentales, sino que se refiere a la planeación del desarrollo nacional, a la existencia y autonomía del banco central, a la emisión de moneda y el control de la inflación, etcétera.

Deficiencias parecidas a las que señalamos para el artículo 4o. se observan en el artículo 21, en el que se contiene la regulación de cuestiones tan diversas como la competencia de la autoridad judicial para la imposición de las penas, la del Ministerio Público para investigar y perseguir los delitos, los tipos de sanciones que pueden existir para quienes violen los reglamentos gubernativos y de policía, los límites a las multas, la distribución de funciones entre los distintos niveles de gobierno en materia de seguridad pública y el eventual reconocimiento de la competencia de la Corte

Penal Internacional. Solamente con mucha imaginación se puede comprender el vínculo que podría existir entre los límites a las multas para quienes sean jornaleros, por un lado, y la Corte Penal Internacional por otro.

Lo que se quiere poner de manifiesto con los ejemplos citados es que nuestra Constitución tiene actualmente severos defectos “de forma”, que dificultan o impiden una lectura fluida, clara, ágil, de su texto. No es exagerado sostener que la falta de sistematicidad del texto constitucional lo ha ido alejando de la comprensión de las personas que no son especialistas en derecho, con lo cual la Constitución ha quedado como un objeto de estudio y aplicación reservado a los enterados, quienes están acostumbrados a la realización de ejercicios hermenéuticos de alto nivel de complejidad. ¿Pero es eso lo que debe ser una Constitución? ¿Un texto dirigido solamente a la comprensión de los expertos? Si la respuesta es negativa, como debe serlo, la cuestión que debemos plantearnos es: ¿comenzando por arreglar la forma y el acomodo de sus disposiciones se mejora la posibilidad de que el texto constitucional sea entendido y, en su caso, aplicado por todos sus destinatarios? La respuesta es obvia: por supuesto que sí. Por tal razón se incluirán en los siguientes capítulos propuestas meramente formales, relacionadas en unos casos con el acomodo de los preceptos y en otros con su enunciación gramatical. Cuanto más preciso y natural sea el lenguaje en el que se expresa un texto constitucional, tanto más posibilidades tendrá de ser conocido y aplicado por todos.

## II. NUEVOS DERECHOS

A pesar de los efectos negativos que pueda tener, lo cierto es que el peor defecto de la regulación constitucional de los derechos en México no es la que tiene que ver con su defectuosa redacción o con su falta de sistematicidad. Quizá sea más grave el hecho de que se trata de una regulación incompleta y que manifiesta ciertos

rasgos autoritarios que no deberían tener cabida en el ordenamiento constitucional de un Estado democrático.

En los siguientes capítulos de este libro asumiremos que el lector cuenta con los elementos necesarios para poder caracterizar a un derecho fundamental y para distinguirlo de otro tipo de disposiciones normativas, incluyendo a los demás tipos de derechos. Conviene, sin embargo, no dar todo por hecho y hacer unas brevísimas consideraciones acerca del concepto de derecho fundamental y sobre los diversos niveles de análisis a través de los que tales derechos deben ser estudiados.

Respecto de estos niveles de análisis, podemos afirmar —con Ferrajoli— que son cuatro y que cada uno de ellos intenta responder a preguntas diferentes.<sup>2</sup> Son los siguientes:

a) Uno es el que corresponde a la dogmática jurídica, de acuerdo con el cual se estudian los derechos fundamentales que están consagrados en los textos constitucionales o en algunos tratados internacionales. Desde este punto de vista la pregunta a contestar es ¿cuáles son los derechos fundamentales? La respuesta a esta cuestión se debe dar a través de la descripción de un determinado ordenamiento jurídico; así pues, se describirán en su caso, la libertad de expresión del artículo 60. de la Constitución mexicana o la libertad de tránsito del artículo 11 de la misma carta magna.

b) Un segundo nivel de análisis corresponde a la teoría de la justicia o también a la filosofía política; para este punto de vista, lo importante es explicar la corrección de que ciertos valores sean recogidos por el derecho positivo en forma de derechos fundamentales, así como justificar la necesidad de incorporar como derechos nuevas expectativas o aspiraciones de las personas y grupos que conviven en la sociedad. La pregunta a la que se busca contestar en este nivel de análisis es ¿cuáles deben ser (o es justo que sean) los derechos fundamentales? Para responder a es-

<sup>2</sup> Sigo la exposición de Luigi Ferrajoli, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en la obra colectiva del mismo nombre, Madrid, Trotta, 2001, pp. 289-291.

ta cuestión es necesario ofrecer justificaciones y razones por las que se considera que deben ser derechos fundamentales el derecho a la igualdad, los derechos de libertad o los derechos de participación política, con independencia de que un determinado ordenamiento jurídico los recoja o no como derechos efectivamente tutelados por la Constitución. También, desde este punto de vista, podemos justificar que se introduzcan como derechos fundamentales expectativas de protección de bienes básicos que hoy en día no figuran ni en nuestro texto constitucional ni, en algunos casos, en los tratados internacionales de derechos humanos. Este nivel de análisis es en el que, actualmente, podría en alguna medida ubicarse el debate sobre el derecho al agua, el derecho a la alimentación, el derecho a la renta básica, el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen, los derechos frente a los avances tecnológicos, los derechos a la reproducción asistida, los que pueden existir para proteger el patrimonio genético de todas las personas, etcétera.<sup>3</sup>

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

<sup>3</sup> Aunque varios de esos derechos ya formen parte del ordenamiento jurídico mexicano, por estar contemplados en diversos pactos o tratados internacionales firmados y ratificados por México, lo cierto es que por diversas causas (una de ellas, quizás la principal, es su desconocimiento por parte de los operadores jurídicos) no son utilizados en la práctica, por lo que los podemos considerar —solamente para efectos del presente apartado— como aspiraciones todavía pendientes de plasmación jurídica, al menos a nivel de la Constitución mexicana.

d) Un cuarto nivel es el que ataña a la sociología en general y a la sociología jurídica en particular, así como a la historiografía; desde este punto de vista, la pregunta relevante es ¿qué derechos, con qué grado de efectividad, por qué razones y mediante qué procedimientos son y han sido, de hecho, garantizados como fundamentales? Se trata de estudiar el grado de eficacia que los derechos han tenido y tienen en la realidad, así como los factores que inciden en esa eficacia, los grupos sociales que presionan para que se creen nuevos derechos o aquellos que se oponen a los ya consagrados y así por el estilo. Para responder a esa pregunta, nos dice Luigi Ferrajoli,

Debemos aportar respuestas empíricas susceptibles de argumentarse como verdaderas, no ya con referencia a las normas que confieren derechos en un determinado ordenamiento, sino a lo que, de hecho, ocurre o ha ocurrido en el mismo. A las luchas sociales y a los procesos políticos a través de los cuales tales derechos han sido, primero, afirmados y reivindicados, y luego, conquistados y consagrados como fundamentales en las leyes o en las Constituciones. A las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales de su implementación. Al grado, en fin, de tutela efectiva que, de hecho, les otorga el concreto funcionamiento del ordenamiento objeto de estudio.<sup>4</sup>

De estos tres niveles de análisis utilizaremos, en el presente libro, sobre todo el primero (dogmática jurídica) y el segundo (teoría de la justicia o filosofía política), en virtud de que haremos una (escueta) descripción de los derechos que tenemos recogidos en el texto constitucional actualmente, pero sobre todo porque propondremos lo que sería justo, adecuado o conveniente que figurara dentro de la carta magna. Eventualmente nos apoyaremos, también, en el cuarto nivel de análisis toda vez que acudiremos a evidencias empíricas para demostrar los efectos prácticos perniciosos que puede tener una deficiente regulación constitucional de los derechos.

<sup>4</sup> Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *cit.*, nota 2, p. 291.

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

Todo derecho fundamental está recogido en una “disposición de derecho fundamental”; una disposición de ese tipo es un enunciado previsto en la Constitución o en los tratados internacionales que tipifica un derecho fundamental.<sup>6</sup> Las disposiciones de derecho fundamental están previstas a su vez en “normas de derecho fundamental”, las cuales son significados prescriptivos por medio de los cuales se señala que algo está ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental.<sup>7</sup> Para decirlo en otras palabras, la disposición es un texto normativo que todavía no ha sido dotado de sentido, que todavía no ha sido interpretado; mientras que la norma sería el resultado de la interpretación del texto, que nos permitiría saber qué conductas están ordenadas, prohibidas o permitidas.

A partir de una norma de derecho fundamental se crea una relación jurídica compuesta por tres elementos: un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto de la relación. La calidad de los sujetos

<sup>5</sup> Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, p. 531.

<sup>6</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 3a. reimpr., trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2002, p. 63.

<sup>7</sup> Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003, p. 77. La distinción entre “disposición” y “norma” puede verse en Guastini, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, Turín, Giappichelli, 1992, pp. 15 y ss.

vendrá dada por un lado por la titularidad de derechos que asigne una norma; así, por ejemplo, podrá ser sujeto activo del derecho a la educación toda persona, pero solamente lo será del derecho al voto quien sea mayor de 18 años y, además, posea la ciudadanía del Estado en el que reside habitualmente. Por otro lado, la calidad de sujeto vendrá determinada también por el tipo de enunciado que la norma de derecho fundamental contenga; así, por ejemplo, el derecho a la vida podrá oponerse frente a todas las demás personas, con independencia de que sean particulares o autoridades, pero el derecho a un proceso judicial sin dilaciones solamente podrá oponerse a una autoridad, en tanto que los particulares no administran justicia.

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

Luigi Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”.<sup>8</sup> El propio autor aclara que por derecho subjetivo debe entenderse “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”, mientras que por *status* debemos entender “la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.

idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.

Los tres elementos clave del concepto de derecho fundamental que nos ofrece Ferrajoli son: a) todos los derechos fundamentales son derechos subjetivos; b) que son universalmente adscritos a todos en cuanto personas; y c) que pueden estar restringidos por no contar con el *status* de ciudadano o de persona con capacidad de obrar.<sup>9</sup>

### III. MEJORES GARANTÍAS

Siendo grave, tal vez no lo es tanto la falta de reconocimiento de algunos derechos si lo comparamos con la existencia de un régimen de garantías que tiene enormes defectos. Finalmente, se podría decir, la falta de regulación de algunos derechos afecta sólo a los bienes básicos que tales derechos intentan tutelar, pero un marco de garantías defectuoso repercute negativamente sobre *todos* los derechos.

Es importante precisar que, cuando hablamos de garantías de los derechos fundamentales, nos referimos a los mecanismos necesarios para poder prevenir la violación de tales derechos o repararla si es que tal violación ya ha ocurrido. Esta precisión quizás no sea tan necesaria en otros países, pero en México es indispensable hacerla ya que el título primero capítulo primero de la Constitución y la mayor parte de la doctrina existente en la materia siguen refiriéndose a los derechos fundamentales como “garantías individuales” y “garantías sociales”.

La garantía en realidad es el medio o instrumento, como su nombre lo indica, para *garantizar* algo, para hacerlo eficaz, para devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado,

<sup>9</sup> Para una explicación de estos elementos y un tratamiento más detenido del concepto de derecho fundamental, Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2a. ed., México, CNDH-Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 14 y ss.

violado, no respetado. En sentido moderno, una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales.<sup>10</sup> Luigi Ferrajoli señala que “Garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”<sup>11</sup>

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

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

Las garantías primarias son precisamente las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en algún texto normativo; por su lado, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por tanto violen también las garantías primarias.<sup>12</sup>

En los siguientes capítulos haremos referencia sobre todo a las garantías primarias, pues las secundarias son materia de estudio

<sup>10</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. I, pp. 273 y 283 y ss.

<sup>11</sup> Ferrajoli, Luigi, “Garantías”, *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 38, julio de 2002, p. 39.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 40.

del derecho procesal constitucional. Lo que haremos será señalar algunos supuestos dentro de nuestra actual regulación constitucional en los que no existe o no está clara o bien regulada la “garantía primaria”, es decir, pondremos de manifiesto que hay enunciados constitucionales a partir de los cuales no se puede concluir cuáles son las obligaciones o prohibiciones que corresponden a la expectativa generada por el derecho que contienen tales enunciados.

#### IV. UN EJERCICIO DE CRÍTICA CONSTITUCIONAL

Proponer alternativas de regulación constitucional para los derechos fundamentales supone, de alguna manera, hacer un ejercicio de crítica al texto de la Constitución. Solamente se propone cambiar algo cuando no se está satisfecho con lo que actualmente se tiene. Este modo de proceder, sobre todo si se realiza en referencia a la Constitución, puede parecer un poco extraño, ya que en México tradicionalmente se ha visto a la carta magna como la esencia de todas las bondades. Se le ha convertido, sobre todo durante las décadas del gobierno autoritario a cargo de un partido hegemónico, en una especie de síntesis de la mexicanidad, de expresión de todos nuestros valores como nación. Hacer una crítica hacia ese “monumento” que se consideraba que era la Constitución, ciertamente no fue por décadas el ejercicio favorito de nuestros constitucionalistas.

Esta actitud de renuncia a la reflexión objetiva (que tendría que haber llevado necesariamente a un ejercicio crítico a la vista de todos los defectos que el texto constitucional tiene de hecho), provocó el ascenso de una especie de “pensamiento único” en materia constitucional. El discurso predominante era para alabar a la Constitución sin preguntarse si servía o no a los objetivos que tiene o debe tener todo texto constitucional<sup>13</sup> y si podía ser

<sup>13</sup> Para una brevíssima explicación de tales pautas discursivas y científicas, Carbonell, Miguel, “Constitución”, en varios autores, *Diccionario de derecho constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 96-102.

de utilidad para mejorar las condiciones de vida de todos los habitantes de México.

Imaginar y proponer escenarios distintos a los que tenemos constituye, hoy en día, uno de los más fértiles ejercicios de teoría crítica. Por teoría crítica podemos entender, según lo expone Boaventura de Sousa Santos,

toda teoría que no reduce la ‘realidad’ a lo que existe. La realidad, cualquiera que sea el modo en que la concibamos, es considerada por la teoría crítica como un campo de posibilidades y la tarea de la teoría consiste precisamente en definir y valorar la naturaleza y el ámbito de las alternativas a lo que está empíricamente dado. El análisis crítico de lo que existe se asienta en el presupuesto de que lo existente no agota las posibilidades de la existencia, y que, por tanto, hay alternativas que permiten superar lo que es criticable en lo que existe. La incomodidad, el inconformismo y la indignación ante lo existente, suscita el impulso para teorizar su superación.<sup>14</sup>

El párrafo que se acaba de transcribir describe una forma de hacer teoría social muy importante. Se trata de una visión que refleja el inconformismo de quien construye la teoría frente a la realidad existente; pero dicho inconformismo no se limita a denunciar esa realidad y sus masivos incumplimientos de las promesas más básicas en campos tan importantes como la salud, las libertades básicas, la calidad de vida, el cuidado del medio ambiente, la protección frente a los poderes sociales incontrolados (legales e ilegales), etcétera, sino que debe suponer el insumo intelectual necesario para avanzar propuestas alternativas, que mejoren el estado de cosas que existen en la actualidad.

Quizá el lector se esté preguntando a estas alturas si podemos, de forma razonable, utilizar el inconformismo como palanca de cambio constitucional. Lamentablemente no hace falta mucha teoría para poder contestar a esta importante cuestión: el inconformismo está

<sup>14</sup> Santos, Boaventura Sousa de, *Crítica de la razón indolente*, Bilbao, Desclée, 2003, vol. I, p. 23.

en las calles, se palpa en cada uno de los diez millones de indígenas que sufren discriminación, exclusión y rechazo cotidianamente; se siente en los rostros de los más de quince millones de mujeres que sufren violencia intra-familiar; en los más de cinco millones de niños desnutridos; en las docenas de organizaciones sociales y cientos de miles de ciudadanos que no se ven representados por los partidos políticos existentes en México o por los “representantes populares” que, más que debatir sobre temas que afectan a todos, prefieren malgastar su tiempo en un cargo público ventilando problemas que no les interesan mas que a ellos.

La inconformidad es, en nuestro tiempo, expresión del puro sentido común. Queda por ver si esa inconformidad puede o no proyectarse de alguna manera sobre los cambios constitucionales que deben darse, los cuales pueden representar un principio de cambio real en el estatuto jurídico de todos los que habitan este país y en su posición frente a un Estado que debe estar al servicio del interés general, en vez de servir para la perpetuación de una serie de intereses económicos y políticos que más bien atentan cada día en su contra.

## V. PARÁMETROS DE COMPARACIÓN

Ahora bien, defender y demostrar la pertinencia de los argumentos que nos llevan a concluir que se requiere un cambio constitucional en la regulación de los derechos fundamentales y de sus garantías, es solamente un componente —ciertamente importante— dentro de un proceso de discusión que debe ser más amplio. A la constatación de la necesidad del cambio debe seguir el establecimiento de parámetros válidos que nos permitan orientar adecuadamente ese cambio constitucional. Dicho en otras palabras: podemos estar de acuerdo en que es necesario mejorar nuestro ordenamiento constitucional, pero enseguida debemos preguntarnos de dónde vamos a obtener la información necesaria para que las reformas sean adecuadas y benéficas.

La respuesta, creo, solamente puede obtenerse en dos fuentes si nuestro objeto de estudio son los derechos fundamentales. Esas

fuentes son el derecho internacional de los derechos humanos (particularmente los instrumentos de la materia que han sido firmados y ratificados por el Estado mexicano y que, en esa medida, son derecho interno plenamente vinculante para autoridades y particulares) y el derecho constitucional comparado.

Tomando en cuenta ambos parámetros nos podemos dar cuenta: a) del grado de atraso que tenemos en nuestro texto constitucional; y b) de la manera en que ese retraso puede ser paliado para contar con una Constitución moderna y puesta al día.

En América Latina se ha producido un intenso movimiento de renovación constitucional. Este proceso ha sido tan amplio en la región que podemos decir que, si quitamos el doloroso ejemplo de Cuba, México tiene el texto constitucional más “envejecido” de todo el sub-continente. Sirva para tener una imagen de la magnitud del cambio constitucional al que estoy haciendo referencia el dato que nos ofrece Diego Valadés: de los 18 países que practican el constitucionalismo democrático en la región, 12 han adoptado nuevas Constituciones entre 1980 y 1999. Pero el cambio constitucional acelerado no se limita a América Latina, puesto que entre 1980 y 1997 se promulgaron en el mundo 79 nuevas constituciones.<sup>15</sup>

Es obvio que un movimiento constitucional de tan grandes proporciones encierra buenos ejemplos a seguir, puesto que los países que han entrado en procesos de renovación constitucional habrán tenido que contestar a preguntas muy parecidas a las que tenemos que resolver en México: ¿cómo hacer nuestra Constitución más comprensible? ¿qué modelo de relación entre los particulares y el Estado queremos? ¿cómo configurar un régimen de libertades con responsabilidad social? ¿de qué manera distribuir las cargas sociales para hacer frente a la desigualdad y la pobreza? Aunque un cierto prisma ultra-nacionalista nos impida verlo con claridad, hoy en día podemos obtener valiosa y orientadora información del derecho constitucional de otros países.

<sup>15</sup> Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, UNAM, 2002, pp. 5 y 28.

En concreto, sobre la recepción de parámetros normativos tomados del derecho internacional de los derechos humanos, hay que decir que tal recepción no es un tema puramente teórico, sino que cuenta incluso con sólidas bases normativas. En otras palabras: existe una obligación normativa para adaptar nuestro ordenamiento jurídico nacional a los parámetros del derecho internacional en materia de derechos fundamentales.

Recordemos que el texto del artículo 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (firmado y ratificado por México), dispone que:

Cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

En sentido parecido, el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 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 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.

Interpretando este último precepto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha sostenido que entre las primeras “medidas adecuadas” 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 sobre su vigencia dentro del territorio del Estado parte; la se-

gunda 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.<sup>16</sup>

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 que tales normas sean 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. 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”.<sup>17</sup>

Una disposición semejante a las que venimos comentando se encuentra en el artículo 20. de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), que señala lo siguiente:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 10. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Ya en algún caso contencioso la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha obligado a un Estado parte de la Convención a

<sup>16</sup> En su Observación General número 3, referida a la índole de las obligaciones de los Estados, del año de 1990; consultable en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, CNDH-Porrúa, 2003, t. I, pp. 497 y ss.

<sup>17</sup> 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 y, en ciertos aspectos, incluso a detallar el contenido de la Observación General número 3. La número 9 es consultable en *ibidem*, pp. 550 y ss.

adaptar su ordenamiento constitucional para hacerlo congruente con la propia Convención.<sup>18</sup>

A la luz de todo lo anterior es posible concluir que hay buenas razones, de orden teórico y normativo, para considerar como un parámetro válido el derecho internacional de los derechos humanos al momento de proponer una reforma integral a la Constitución mexicana en materia de derechos fundamentales.

## VI. LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Una cuestión que quizá puede ser de enorme utilidad teórica y práctica para mejorar el parámetro normativo a tener en cuenta en relación a todos los aspectos de los derechos fundamentales, es la que tiene que ver con la elevación a rango constitucional de los tratados internacionales en la materia y de todo el derecho que deriva de los mismos.

No se trata solamente de que los tratados en la materia sean reconocidos como la “Ley Suprema de toda la Unión”, tal como lo hace en la actualidad el artículo 133 constitucional. La idea es dar un paso más allá y reconocer que tales tratados tienen el mismo rango que la Constitución, que “son Constitución” y por tanto adquieren, al ser incorporados en el derecho interno, la máxima jerarquía normativa dentro del ordenamiento mexicano.

El reconocimiento de rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos es una tendencia bastante consolidada en el constitucionalismo de América Latina. Para

<sup>18</sup> Se trata del conocido caso “Olmedo Bustos y otros contra Chile” (también llamado caso “Última Tentación de Cristo”), resuelto por la Corte Interamericana en el 2001. Las consideraciones sobre el deber del Estado chileno de modificar su legislación interna —incluso la de rango constitucional— para hacerla conforme a lo dispuesto por el Pacto de San José pueden verse en los párrafos 81 a 90 de la sentencia. El texto de la misma se encuentra en Carbonell, Miguel (comp.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, CNDH-Porrúa, 2004, pp. 433 y ss., (los párrafos en cuestión en las páginas 465-469).

mentionar algunos ejemplos, se puede citar el artículo 75 párrafo 22 de la Constitución argentina, luego de la reforma de 1994, que asigna jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales de derechos humanos entre los que se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos y los dos pactos internacionales de 1966 de Naciones Unidas (el de derechos civiles y políticos y el de derechos económicos, sociales y culturales). El mismo precepto dispone que otros tratados, además de los mencionados, podrán tener jerarquía constitucional, siempre que sean aprobados al menos por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara Legislativa.

La Constitución de Guatemala de 1985 establece la preeminencia de los tratados internacionales aceptados y ratificados por ese país por encima del derecho interno (artículo 46). Una disposición muy parecida se encuentra en el artículo 93 de la Constitución colombiana de 1991, que se encarga de enfatizar que

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

La Constitución de Ecuador de 1998 dispone que los instrumentos internacionales vigentes en su territorio serán directa e inmediatamente aplicables por cualquier juez, tribunal o autoridad. La misma Constitución precisa que, en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia (artículo 18).

La reciente Constitución venezolana de 1999, en su artículo 23, establece directamente la jerarquía constitucional de los pactos y tratados sobre derechos humanos; su texto es el siguiente:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y

prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Siguiendo estos modelos, la Constitución mexicana podría sumarse a una poderosa y benéfica corriente del constitucionalismo contemporáneo. Esta medida tendría un impacto sobre todos los derechos fundamentales. Una parte importante de la doctrina jurídica mexicana que ha entrado al análisis de la materia está de acuerdo con lo anterior; varios autores han propuesto que se lleve a cabo la reforma del artículo 133 constitucional para lograr el objetivo descrito en el presente apartado.<sup>19</sup>

Ahora bien, al emprender una reforma al artículo 133 a fin de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tengan jerarquía constitucional, quizás se podría aprovechar la ocasión para precisar la recepción en el ordenamiento jurídico nacional de las sentencias emitidas por los tribunales internacionales a los que México les ha reconocido jurisdicción. Son de particular importancia las sentencias que puedan emitir, en relación con el Estado mexicano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional.<sup>20</sup>

De hecho, la reforma para poder contar con un buen sistema de recepción de las sentencias de tribunales internacionales se ha vuelto todavía más urgente a partir de la adición realizada al artículo 21 constitucional sobre la Corte Penal Internacional. Recordemos que el párrafo quinto de dicho precepto dispone que: “El Ejecutivo federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”.

<sup>19</sup> Véase por ejemplo las propuestas contenidas en Ortiz Ahlf, Loretta *et al.*, *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos*, México, Porrúa-UIA, 2004.

<sup>20</sup> El reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional se ha producido, en forma un tanto extraña, por medio de la adición de un párrafo al artículo 21 de la Constitución mexicana.

A todas luces esta disposición es incorrecta, ya que contiene diversos errores. En primer lugar es indebido que el reconocimiento de “la jurisdicción” de un tribunal —de cualquier tribunal— se haga caso por caso, ya que es contrario al principio internacionalmente aceptado del “juez predeterminado por la ley”; si pretendiese aplicarse a nivel interno una disposición semejante se violaría el artículo 13 constitucional que no permite la existencia de tribunales especiales. En segundo lugar, la adición al artículo 21 es indebida ya que pone en manos de dos sujetos “políticos” una decisión de carácter estrictamente jurídico, como lo es el atender un requerimiento de una jurisdicción internacional. En tercer lugar, no queda claro lo que pueda significar la frase “reconocer la jurisdicción”, puesto que el ejercicio de las facultades jurisdiccionales involucra una multiplicidad de aspectos que van desde las medidas precautorias, el levantamiento de pruebas, la realización de exhortos, las órdenes de detención (en este caso internacionales), la ejecución de sentencias, etcétera. ¿Cada uno de estos aspectos también tendrá que ser objeto de una autorización por parte del presidente y del Senado?

Las críticas podrían multiplicarse,<sup>21</sup> pero lo importante en este momento es destacar la pertinencia de contar con un amplio y completo sistema de recepción de las jurisdicciones internacionales de las que México forme parte.

A parte de la jerarquía constitucional y del mecanismo de incorporación y reconocimiento de las sentencias de cortes internacionales en México, también se podría incorporar en el artículo 133 constitucional una norma que obligara a las autoridades nacionales a interpretar todo el sistema de derechos fundamentales con base en lo que establecen los tratados internacionales y el derecho de ellos

<sup>21</sup> Algunas de ellas se pueden ver en García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, 2a. ed., México, Inacipe, 2004, pp. 151 y ss., donde el autor analiza la iniciativa aprobada por el Senado que finalmente dio como resultado la adición constitucional que estamos criticando. Las razones que hemos expuesto para sustentar dichas críticas han sido tomadas, en alguna medida, del brillante texto de García Ramírez.

derivado. Es decir, se trataría de contar en el texto constitucional con un mandato de “interpretación conforme”,<sup>22</sup> de acuerdo con el cual la aplicación de las normas sobre derechos fundamentales tendría que hacerse de tal manera que fuera congruente con las disposiciones internacionales en la materia. Un ejemplo útil al respecto lo puede suministrar el artículo 10.2 de la Constitución española que establece lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.<sup>23</sup>

Aunque la llamada “interpretación conforme” es algo que se desprende de la posición que guarda la Constitución dentro del ordenamiento y de su carácter normativo, no está de más hacerlo explícito, sobre todo teniendo en cuenta lo poco que han usado nuestros jueces esta técnica interpretativa.

La idea de la “interpretación conforme” ya se encuentra de alguna manera recogida en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, cuyos artículos 6o. y 7o. establecen lo siguiente:

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

Artículo 7o. Para los efectos del artículo anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que pro-

<sup>22</sup> En general sobre este tipo de interpretación, Gascón Abellán, Marina, “Interpretación conforme (con la Constitución)”, en Varios autores, *Diccionario de derecho constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2005, pp. 316-319.

<sup>23</sup> Los alcances y la interpretación de ese precepto se analizan en Saíz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, CGPJ, 1999. Ver también el artículo 16.2 de la Constitución portuguesa de 1976.

teja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias.

La idea es que en vez de referirse a la interpretación de la ley, hubiera una norma en el artículo 133 parecida a las anteriores que se refiera a la interpretación de la Constitución.

Cabe apuntar colateralmente que el artículo 7o. de la citada Ley recoge una visión moderna de la manera en que deben ser interpretadas las normas sobre derechos fundamentales, ya que el intérprete no puede darle a la norma el sentido que prefiera dentro de los variados que puede llegar a tener cualquier precepto jurídico, sino que debe elegir siempre la interpretación que más favorezca el sentido del derecho, que más expanda su ámbito de protección y que mayor profundidad le reconozca, tanto por lo que hace a los sujetos tutelados como por lo que respecta al bien jurídico protegido. No es otra cosa más que la traducción a nivel interno del conocido principio interpretativo del derecho internacional de los derechos humanos conocido como “principio *pro homine*”, que como se sabe tiene dos variantes principales:<sup>24</sup>

- a) Preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental (y que se plasma en los sub-principios de *favor libertatis*, de protección a las víctimas o *favor debilis*, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de *in dubio pro operario*, de *in dubio pro reo*, de *in dubio pro actione*, etcétera).
- b) Preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia de que sea más antigua o no.

<sup>24</sup> Para una visión general de la interpretación en materia de derechos fundamentales, Carpio Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2004; así como la amplia selección de trabajos que figuran en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, 2 ts.

dencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorable tiene su fundamento en el artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

## VII. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS

El contenido esencial de los derechos fundamentales es un elemento conceptual que permite reforzar el sentido normativo de los preceptos constitucionales que establecen ese tipo de derechos.<sup>25</sup>

Se basa en la idea de que una Constitución normativa obliga al legislador y en general al resto de los poderes públicos a respetar el contenido de todos los preceptos constitucionales, pero además, en materia de derechos fundamentales, se ha buscado subrayar o reforzar esta idea recordando que en toda circunstancia la legitimidad de la actuación estatal —entendida en sentido amplio— que incida sobre los derechos fundamentales requiere que siempre deje a salvo su “contenido esencial”.<sup>26</sup>

La cláusula del contenido esencial fue originalmente reconocida en la Constitución alemana de 1949, cuyo artículo 19 dispone:

1. Cuando al amparo de la presente ley fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de ella, dicha ley tendrá validez general y no sólo para un caso particular, y especificará además el derecho de que se trate, indicando el artículo correspondiente. 2. En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> La explicación clásica sobre la cláusula del contenido esencial se encuentra en Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. de Carlos Ramos, Lima, 1997.

<sup>26</sup> Prieto, Luis, “Contenido esencial (de los derechos fundamentales)”, *Diccionario de derecho constitucional*, 2a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2005, p. 105.

<sup>27</sup> Algunos comentaristas de este precepto lo han vinculado con la experiencia nazi y han dicho que su objetivo fue evitar que el legislador pudiera operar “en el

En sentido parecido, el párrafo tercero del artículo 18 de la Constitución portuguesa de 1976 señala que: “Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deberán revestir carácter general y abstracto y no podrán surtir efectos retroactivos ni reducir la extensión ni el ámbito del contenido esencial de preceptos constitucionales”. En la misma línea, la Constitución Española de 1978 ordena en su artículo 53.1 que: “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”.<sup>28</sup>

Ese contenido esencial de los derechos no es más que la parte que resulta definitoria o identificadora del significado que un derecho tiene en nuestra cultura jurídica, y cuyo sacrificio lo desnaturalizaría o alteraría de tal manera que lo haría irreconocible.<sup>29</sup> En otras palabras, el “contenido esencial” de un derecho fundamental se identifica como su “núcleo duro”, el cual nunca puede ser restringido, afectado o alterado, ni aun en el caso de que el legislador considere que existen buenas razones para hacerlo. Esto implica, entre otras cuestiones, que ni siquiera haciendo una interpretación basada en la “ponderación” de bienes constitucionales puede ser afectado un derecho fundamental en su contenido esencial.

Diversos tribunales de otros países han utilizado la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales en sus pronun-

vació” cuando regulase los derechos; Freixes Sanjuán, Teresa, “Contenido esencial de los derechos fundamentales”, en Aragón, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III, p. 134.

<sup>28</sup> Una interpretación muy completa de este precepto y de sus alcances puede verse en Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999. También son importantes las reflexiones de Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 217 y ss.

<sup>29</sup> Prieto, Luis, “Contenido esencial (de los derechos fundamentales)”, *Diccionario de derecho constitucional*, cit., nota 26, p. 106.

ciamientos jurisdiccionales. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que

Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales... Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De ese modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (sentencia 11/1981, fundamento jurídico 8).

La noción de “contenido esencial” vuelve, hasta un cierto punto, superflua la categoría de “derechos de configuración legal”,<sup>30</sup> la cual se puede aplicar a todos los derechos siempre y cuando convengamos en las siguientes estipulaciones:

- a) Todos los derechos son derechos de configuración legal en la medida que pueden ser objeto de “regulación” por parte del legislador. Esto se aplica incluso en el caso de aquellos derechos que aparentemente solo requieren de abstenciones por parte del Estado (inviolabilidad del domicilio, libertad de expresión, libertad de tránsito, etcétera).
- b) La configuración legal puede incidir en las “modalidades de ejercicio del derecho”, siempre y cuando no afecte el contenido

<sup>30</sup> Para una visión panorámica sobre el significado de este tipo de derechos véase Requejo Pagés, Juan Luis, “Derechos de configuración legal”, en Aragón, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III, pp. 134-136.

do esencial. La ley sería una especie de instrumento potenciador y garante del ejercicio del derecho.

- c) La configuración legal será más amplia en el caso de que la Constitución haya hecho una remisión expresa al legislador en alguno de sus preceptos.
- d) La configuración legal no es una condición necesaria para el ejercicio del derecho en su conjunto; en otras palabras, la inactividad del legislador no es suficiente para desarmar el contenido normativo del derecho.
- e) La configuración legal no puede convertirse en una restricción del derecho fundamental en cuestión, a menos que dicha restricción tenga fundamento en alguna norma, valor o bien protegido constitucionalmente. En ese caso la restricción tendrá que ser proporcional.

El principio de proporcionalidad se divide en tres subprincipios:<sup>31</sup>

- a) el subprincipio de idoneidad,<sup>32</sup> también conocido como subprincipio de adecuación, según el cual toda intervención legislativa o judicial sobre un derecho fundamental debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (la finalidad debe tener anclaje constitucional);
- b) subprincipio de necesidad,<sup>33</sup> según el cual toda medida de intervención sobre un derecho fundamental debe ser la más benigna de entre todas aquellas que revistan por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo previsto; y
- c) subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto,<sup>34</sup> según el cual la importancia de la intervención sobre un derecho

<sup>31</sup> La mejor explicación de este principio en lengua castellana, hasta donde mi información alcanza, es la de Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 687.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 734.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 757.

fundamental se justifica solamente en virtud de la importancia del fin que persigue la medida (las ventajas de la medida deben ser suficientes como para compensar el sacrificio del derecho, que nunca podrá llegar hasta la afectación del contenido esencial).

Quizá pudiera ser de interés introducir una norma en la Constitución mexicana que hiciera referencia al contenido esencial de los derechos fundamentales, al tenor de las reflexiones que se acaban de hacer.

Recordemos que actualmente el párrafo primero del artículo 1o. de la Constitución señala que: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

La idea del artículo parece clara: toda vez que la Constitución es la norma suprema, los derechos fundamentales que establece no podrán ser “restringidos” ni “suspendidos”, salvo los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establezca. Los derechos fundamentales, por lo tanto, no son disponibles por el legislador o por la administración pública. La introducción de una cláusula explícita sobre el contenido esencial reforzaría sensiblemente el contenido del párrafo citado.

## VIII. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A PARTICULARES

Tradicionalmente, los derechos fundamentales se han concebido como posiciones jurídicas que los particulares podían oponer solamente a los poderes públicos. Esta idea es en gran parte deudora del contexto histórico en el que surge la idea de los derechos y de su posterior desarrollo doctrinal. Por lo que hace al contexto histórico, hay que recordar que las primeras declaraciones de derechos nacen como una reacción contra el “Estado absolutista”, contra los régímenes monárquicos que negaban a sus

súbditos los más elementales derechos y que ejercían el poder de manera despótica; el enemigo a vencer en ese entonces, a finales del siglo XVIII, era el aparato estatal y lo que se intentaba proteger era la sociedad civil.

Para esta visión, por tanto, no era concebible que las amenazas a los derechos pudieran venir justamente de la arena de los propios oprimidos, es decir, de los particulares. En este contexto, resulta comprensible que las primeras declaraciones de derechos hicieran un énfasis muy significativo en los derechos de libertad entendidos como esferas jurídicas de los particulares inmunes frente a todo tipo de actuación estatal.<sup>35</sup>

Este esquema tradicional es explicado y desarrollado por la que se conoce como “teoría liberal” de los derechos, según la cual cada persona tiene protegida una esfera intraspasable para los poderes públicos que le asegura la posibilidad de conducirse como lo prefiera en muchos ámbitos de su existencia.

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

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

<sup>35</sup> Al respecto, Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, CNDH-Porrúa-UNAM, 2005.

aseguran a la persona una competencia exclusiva para elegir dentro de su órbita más íntima, para escoger, sin intervenciones de lo público, cuáles son los cursos de acción a emprender: hacia dónde moverse, qué pensar, qué decir, qué escribir, en qué creer, y la integridad de sus bienes intangibles más preciados —de su cuerpo, de su imagen, de su honor— y de sus posesiones y pertenencias. Se trata de derechos reaccionales, derechos de defensa o de rechazo de las ingerencias extrañas en los campos privados del individuo.<sup>36</sup>

La teoría liberal, como su nombre lo indica, pone el acento en los derechos de libertad como derechos oponibles frente al Estado, como *derechos-barrera* que el individuo puede hacer valer frente al Estado y que lo pueden defender frente a intromisiones de los poderes públicos.

Pedro de Vega apunta que la teoría clásica de los derechos fundamentales, fue planteada

desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiendo que era sólo el poder estatal el que podía conculcarlos. Hablar desde esas perspectivas de un recurso de amparo frente a posibles lesiones de los derechos fundamentales producidas por los particulares sujetos de derecho privado no pasaría, por lo tanto, de constituir un fenomenal despropósito.<sup>37</sup>

El mismo autor agrega, para demostrar la insuficiencia de la teoría jurídica tradicional en este punto, la siguiente afirmación: “...la coherente y armónica construcción en la que cimentó su estructura el edificio jurídico liberal fue patéticamente destrozada por la historia.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., nota 7, p. 254.

<sup>37</sup> Vega, Pedro de, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la *drittewirkung der grundrechte*)”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 693 y 694.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 694.

Con el paso del tiempo, los análisis de los derechos fundamentales se han ido haciendo más refinados, lo que ha conllevado el abandono de algunas ideas tradicionales. Esta evolución ha permitido, entre otras cuestiones, poner de manifiesto las insuficiencias y limitaciones de la teoría liberal de los derechos, como ya lo apuntaba Pedro de Vega en la frase que se acaba de transcribir. Por un lado, hoy en día se entiende que, en efecto, muchas amenazas a los derechos siguen proviniendo de los poderes públicos, pero que también son estos mismos poderes los únicos que pueden contribuir a la satisfacción de muchos de nuestros derechos fundamentales; es decir, hoy en día el Estado no es visto tanto o tan sólo como un enemigo de los derechos sino como un aliado de la sociedad en la consecución de los mismos, siempre que se trate de un Estado democrático desde luego.

Así, por ejemplo, es obvio que la realización práctica de los derechos sociales (educación, vivienda, salud, trabajo, menores de edad, personas adultas mayores, personas con discapacidad, etcétera) no puede quedar librada a lo que dispongan o quieran hacer las fuerzas de la sociedad civil, dominadas en muy amplia medida por la lógica del mercado (oferta, demanda, rendimientos, ganancias, intereses, etcétera); en estos ámbitos el interés general de la sociedad requiere de una acción amplia y decidida por parte del Estado, que se viene a convertir en el garante de los derechos.

Por otro lado, también nos hemos dado cuenta de que no todo lo que se puede clasificar dentro del rubro “sociedad civil” es positivo para los derechos. Por el contrario, hoy en día muchas amenazas a nuestros bienes básicos provienen no tanto de la acción del Estado como de la actuación de otros particulares (con frecuencia amparados por la complicidad de las autoridades, como suele suceder en el caso de México).<sup>39</sup>

<sup>39</sup> Sobre este punto Diego Valadés afirma que “El Estado representó una amenaza real para la libertad y la autonomía de las personas; pero hoy los individuos se encuentran expuestos a un doble fuego: el del Estado y el de otros

Pensemos, por ejemplo, en el derecho a un medio ambiente sano; ¿quién tiene mayor capacidad de destrucción del ambiente las autoridades o las grandes empresas? Podemos poner un ejemplo distinto sobre el derecho a la igualdad: ¿la discriminación en nuestras sociedades —la exclusión de una persona por tener un determinado color de piel, por ser mujer, por pertenecer a un pueblo indígena, por tener una discapacidad— se produce solamente por la acción de los órganos públicos o también por los particulares? cuando una persona se niega a alquilarle una vivienda a otra esgrimiendo como motivo las creencias religiosas del solicitante o cuando una mujer es despedida de su trabajo en una empresa por estar embarazada ¿estamos o no frente a una discriminación y, en consecuencia, frente a una violación de derechos fundamentales realizada por particulares?

Podemos añadir algunos elementos más que acreditan la insuficiencia de la visión liberal tradicional de los derechos fundamentales, elementos que son “contextuales”, por llamarlos de alguna manera. Por ejemplo, debe tenerse en cuenta el creciente poder de las corporaciones en nuestras sociedades. Las corporaciones y su absoluto dominio de esferas completas de la actividad económica (en régimen de monopolio o de oligopolio) han pulverizado el mito de la “autonomía de la voluntad”, según el cual las relaciones entre particulares estarían significadas por un acuerdo entre perso-

partulares. El poder de éstos se ha dilatado casi en la proporción en que las potestades públicas han disminuido”, Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, SCJN, 2005, p. 8. En palabras de Juan María Bilbao, “Los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público. Y esto no es retórica, como insinúan algunos. No sólo son temibles por su capacidad para imponer su propia voluntad en el marco de una concreta relación jurídica, sino que pueden resultar incluso más peligrosos que los públicos, ya que gozan en ocasiones de una relativa impunidad, que se ve favorecida por las dificultades existentes para articular un sistema incisivo de control (basta pensar en la problemática fiscalización de la actividad interna de los partidos políticos o de los sindicatos)”, Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC-BOE, 1997, p. 243.

nas situadas en un plano de igualdad que gozaban de amplios márgenes de libertad para celebrar acuerdos conforme a sus mejores intereses.<sup>40</sup>

Hoy en día es obvio que los particulares difícilmente pueden oponerse a las propuestas contractuales que muchas corporaciones presentan en forma de “contratos de adhesión”, es decir, como acuerdos de voluntad en los que las cláusulas están dictadas por una de las partes y la otra solamente tiene la opción de aceptarlas o quedarse sin un servicio público de interés general. Pensemos en los casos de los servicios de telefonía, agua potable (en aquellas comunidades en los que este servicio público esté concesionado a empresas particulares, como sucede en varios municipios de México),<sup>41</sup> gas doméstico, etcétera.

A la luz lo anterior, resulta necesario disponer a nivel constitucional que los derechos fundamentales valen en las relaciones entre particulares, siempre que el contenido de un determinado derecho lo permita. Para hacerlo podemos atender a la experiencia existente en el derecho comparado.

Es interesante para tal efecto, por ejemplo, la Constitución de Portugal de 1976, cuyo artículo 18.1 señala: “Los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vincularán a las entidades públicas y privadas”.

Otros textos constitucionales prefieren reconocer la procedencia de acciones judiciales (de amparo o de un tipo parecido) por

<sup>40</sup> “Detrás de estos supuestos de concentración o monopolización del poder social, económico o informativo... se esconde la privilegiada posición de ciertos individuos u organizaciones cuyo predominio anula o compromete gravemente ese mínimo de libertad e igualdad que constituye el presupuesto de la autonomía privada”, Bilbao Ubillos, Juan María, *ibidem*, p. 244.

<sup>41</sup> Y peor todavía: cuando un sujeto abusa de una posición dominante para cortar ilegalmente el suministro de agua de una o varias viviendas; la Corte Constitucional colombiana resolvió algún procedimiento de acción de tutela sobre un supuesto de este tipo. Al respecto, Cifuentes, Eduardo, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 34.

actos de particulares que presuntamente violen derechos fundamentales. Este es el caso de la Constitución de Argentina que, luego de la reforma integral de 1994, dispone en su artículo 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o *de particulares...*”<sup>42</sup> Disposiciones parecidas se encuentran en un buen número de Constituciones de las provincias que integran el Estado argentino.<sup>43</sup>

En sentido parecido, la Constitución de Colombia de 1991 establece en el último párrafo de su artículo 86 que

La ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o de indefensión.

La mejor doctrina constitucional colombiana ha señalado que, pese al avance que este precepto representa, en realidad confía el tema de la eficacia horizontal a la competencia del legislador, lo cual pone de manifiesto lo excepcional que es la oposición de los derechos fundamentales frente a los particulares.<sup>44</sup>

Con todo, el artículo 86 de la Constitución colombiana es interesante porque a pesar de que se dirige en primer término a una cuestión procesal (referida a la procedencia de la acción de tutela), en realidad incide también en aspectos sustantivos cuando enumera algunos casos específicos, que sin duda tienen una alta relevancia para la aplicación horizontal de los derechos fundamentales.

<sup>42</sup> El segundo párrafo de este artículo señala que “Podrán interponer esta acción contra cualquier *forma de discriminación...*”.

<sup>43</sup> La enumeración de las mismas puede verse en Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, *cit.*, nota 39, pp. 22 y 23.

<sup>44</sup> Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad del Externado, 2000, pp. 229 y 230. El desarrollo legislativo del artículo 86 fue realizado por medio del Decreto Ley 2591 de 1991, que a la postre fue declarado parcialmente inconstitucional, debido a que limitaba algunos de los supuestos señalados por el precepto de la Constitución.

En efecto, que los derechos fundamentales puedan hacerse valer frente a particulares que prestan servicios públicos es un tema de la mayor importancia a la luz de los grandes procesos de privatización de servicios públicos que se han dado en muchos países de América Latina, incluyendo el caso de México.<sup>45</sup>

Suele suceder que los Estados se reserven la titularidad de algún servicio público, pero trasladan a los particulares su prestación; en estos casos, si bien formalmente se trata de simples particulares, los derechos fundamentales deben valer debido a la función de interés público que llevan a cabo —por un lado— y debido a las medidas que pueden desarrollar frente a otros particulares, respecto de las cuales sería muy ingenuo pensar que se dan relaciones simétricas e iguales entre los sujetos involucrados.

Regulaciones semejantes a las de Argentina y Colombia pueden encontrarse en otros textos constitucionales de América Latina, como los de Bolivia, Chile, Ecuador, Paraguay y Perú.<sup>46</sup>

En México se ha dado un incipiente reconocimiento a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales por vía jurisdiccional. Hay varias tesis de nuestros tribunales federales que son interesantes sobre el tema, pero las dos más importantes tal vez sean las siguientes:

COMUNICACIONES PRIVADAS. EL DERECHO A SU INVIOABILITY, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO NOVENO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES OPOSICIÓN TANTO A LAS AUTORIDADES COMO A LOS GOBERNADOS, QUIENES AL TRANSGREDIR ESTA

<sup>45</sup> Ingo von Münch sostiene que “La privatización de los servicios públicos, por ejemplo telecomunicaciones o universidades, reducirá el ámbito de aplicación del derecho público y, simultáneamente, ampliará el ámbito de aplicación del derecho privado. En la misma proporción, se expandirá la *drittewirkung*”, “*Drittewirkung de derechos fundamentales en Alemania*”, en Salvador Coderch, Pablo (coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997, p. 32.

<sup>46</sup> Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares, cit.*, nota 39, pp. 28 y 29; Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 788.

PRERROGATIVA INCURREN EN LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL. Del análisis de lo dispuesto en diversos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la misma contiene mandatos cuyos destinatarios no son las autoridades, sino que establece deberes a cargo de los gobernados, como sucede, entre otros casos, de lo dispuesto en sus artículos 2o., 4o. y 27, en los que la prohibición de la esclavitud, el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, así como los límites a la propiedad privada, constituyen actos u omisiones que deben observar aquéllos, con independencia de que el mandato constitucional constituya una garantía exigible a las autoridades y que, por ende, dentro de su marco competencial éstas se encuentren vinculadas a su acatamiento. En tal virtud, al establecer el poder revisor de la Constitución, en el párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución general de la República, que las “comunicaciones privadas son inviolables”, resulta inconscio que con ello estableció como derecho fundamental el que ni la autoridad ni los gobernados pueden intervenir una comunicación, salvo en los casos y con las condiciones que respecto a las autoridades establece el propio numeral y, por tanto, la infracción de los gobernados a tal deber conlleva la comisión de un ilícito constitucional, con independencia de los efectos que provoque o del medio de defensa que se prevea para su resarcimiento, en términos de la legislación ordinaria correspondiente.

*Tesis aislada, 2a. CLX/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Segunda Sala, Novena Época, t. XII, diciembre de 2000, p. 428.*

COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPECTAR LA INVIOABILITY DE AQUÉLLAS, CONSTITUYEN UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL, POR LO QUE RESULTAN CONTRARIAS A DERECHO Y NO DEBEN ADMITIRSE POR EL JUZGADOR CORRESPONDIENTE. El artículo 16, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las comunicaciones privadas son inviolables; que exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente,

podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada; que dicha petición deberá ser por escrito, en la que se funden y motiven las causas legales de la solicitud, expresando el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración; y que no se podrán otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. El párrafo décimo de dicho numeral señala que las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes, y que los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio. Ante ello, debe estimarse que fue voluntad del poder revisor de la Constitución establecer como derecho fundamental la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y, en contrapartida, la obligación exigible tanto a las autoridades como a los gobernados de respetar dicha prerrogativa, lo que da lugar a que si un gobernado realiza la intervención de alguna comunicación privada sin el consentimiento expreso e irrefutable de los que la entablan, incurirá en un ilícito constitucional; por ende, si dentro de un juicio civil, en cualquiera de sus especies, una de las partes ofrece como prueba la grabación de una comunicación privada que no fue obtenida legalmente, tal probanza debe estimarse contraria a derecho y, por tanto, no debe admitirse por el juzgador correspondiente, pues ello implicaría convalidar un hecho que en sí mismo es ilícito.

*Tesis aislada. 2a. CLXI/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Segunda Sala, Novena Época, t. XII, diciembre de 2000, p. 428.*

Las dos tesis que se acaban de transcribir quizá son, como ya se dijo, las más importantes para determinar la manera en que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales puede ser recogida dentro del ordenamiento jurídico mexicano. En las dos tesis de la Segunda Sala de la Suprema Corte se hace alusión a un concepto que podemos calificar como novedoso en nuestro panorama constitucional y que, bien empleado, puede generar importantes innovaciones hermenéuticas. Me refiero a la noción de “ilícito constitucional”, que hace referencia —si mal no entiendo— a todos aquellos hechos jurídicos que se han producido violando una norma consti-

tucional, con independencia del carácter público o privado (o incluso mixto) que tenga el sujeto activo o violador de la carta magna. De hecho, el concepto de ilícito constitucional se puede circunscribir un poco más, pues en el criterio de la Corte tal ilícito se produciría solamente cuando se viola un “deber constitucional”.

A la luz de lo anterior podemos sostener que una futura regulación constitucional de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en México podría darse tomando en cuenta, al menos, las siguientes opciones:

- a) llevar a cabo una regulación del tema en los primeros artículos de la Constitución, preferentemente en uno de los preceptos que tratan de cuestiones generales; en este caso el modelo a seguir sería el de la Constitución portuguesa;
- b) extender la cobertura tutelar del juicio de amparo hacia ciertos actos de particulares, lo que exigiría una reforma a los artículos 103 y 107 de la Constitución;<sup>47</sup> en este caso habría que tomar en cuenta el modelo argentino o bien el modelo colombiano;<sup>48</sup> y
- c) crear una acción jurisdiccional específica, de carácter preferente y sumario, cuya competencia recaiga en todos los jueces (federales y locales), para proteger los derechos frente a ciertos actos de particulares.

<sup>47</sup> Véase el análisis que de las propuestas realizadas por la Comisión Técnica para redactar una nueva Ley de Amparo nombrada por la Suprema Corte realiza Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, *cit.*, nota 39, pp. 9 y 10.

<sup>48</sup> En este caso una cuestión importante a dilucidar es si el texto constitucional debe o no de enunciar los supuestos concretos en que procede la acción judicial contra actos de particulares. La experiencia colombiana a la que ya hemos hecho referencia quizás sugiera que es mejor no detallar los actos de los particulares, ya que se corre el riesgo de dejar fuera otros que también puedan resultar sumamente lesivos de algún derecho fundamental o incluso de varios de estos derechos.

## IX. LA TITULARIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR PERSONAS JURÍDICAS

Dentro de las cuestiones de orden general que estamos analizando en el presente capítulo hay una que ha preocupado en las últimas décadas a la dogmática de los derechos fundamentales y que ha podido ser más o menos resuelta por los correspondientes ordenamientos constitucionales. Se trata de la cuestión sobre la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas (también llamadas, de forma quizá no muy correcta, personas morales).

Las preguntas a resolver sobre tal cuestión son al menos las siguientes: ¿es deseable contar con un reconocimiento constitucional en el sentido de que la titularidad de los derechos fundamentales corresponde no solamente a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas? ¿en caso de que las personas jurídicas puedan ser titulares de los derechos fundamentales, lo deben ser de todos o solamente de algunos? Resueltas las anteriores dos cuestiones habría que dilucidar si hay alguna diferencia entre las personas jurídicas de derecho privado y las personas jurídicas de derecho público respecto a la posible titularidad de los derechos fundamentales.

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

En otros países el tema se ha desarrollado por vía jurisprudencial; es el caso de España, en donde el Tribunal Constitucional ha señalado que

en nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explice en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas (sentencia 23/1989).

En ocasiones este tipo de pronunciamientos constitucionales se han tenido que dictar debido a que la legislación sobre los medios de tutela de la Constitución reconocía legitimidad activa a las personas jurídicas; es decir, permitía promover, por ejemplo, juicios de amparo u otro tipo de procedimientos de tutela y protección de derechos. A partir de esa legitimación, las personas jurídicas fueron explorando las posibilidades que la jurisdicción constitucional estaba dispuesta a reconocerles en términos de su posible titularidad de derechos.<sup>49</sup>

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

<sup>49</sup> Gómez Montoro, Ángel J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC-UCM-Tribunal Constitucional, 2002, t. I, p. 389.

leyes, cuando el acto o la ley que se reclame afecte los intereses patrimoniales de aquéllas”.

En este contexto, ayudaría tener una previsión constitucional sobre la titularidad de derechos fundamentales al menos para las personas jurídicas de derecho privado (dejando claro que dicha titularidad existe en función del tipo de derecho).<sup>50</sup> Respecto de las personas jurídicas de derecho público quizá bastaría, por ahora, con las previsiones de la fracción I del artículo 105 constitucional a propósito de las controversias constitucionales (aunque no sobraría agregar algunos sujetos legitimados al listado de dicha fracción, por ejemplo para incluir a los órganos constitucionales autónomos).

Excepcionalmente, se podría aceptar que una persona jurídica de derecho público promoviera juicios de amparo —en los términos del ya mencionado artículo 9o. de la ley respectiva— cuando se afecten sus intereses patrimoniales o incluso cuando se vea afectado su derecho a una tutela judicial efectiva (por ejemplo cuando un tribunal local se niegue a conocer de un juicio iniciado por una persona jurídica de derecho público). Pero en este caso no se requiere de ninguna modificación constitucional.

## X. SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS

Dentro de la temática general de los derechos, hay una cuestión adicional sobre la que debemos reparar, puesto que no está muy bien resuelta por el texto mexicano de 1917. Me refiero al tema de la suspensión de los derechos y de las garantías de los mismos, re-

<sup>50</sup> Las personas jurídicas podrán ser titulares del derecho a la igualdad, de la inviolabilidad del domicilio, de la libertad de asociación (para integrarse en un conjunto de sociedades o agrupaciones, por ejemplo), del derecho a la información, de los derechos en materia tributaria, del derecho a no pagar multas excesivas, de las libertades económicas, del derecho de petición, del derecho a una tutela judicial efectiva, etcétera. Pero no serán titulares del derecho a la readaptación social, del derecho a la protección de la salud, del derecho a la educación, de la protección frente a la pena de muerte, de los derechos de las personas con discapacidad, del derecho de sufragio activo y pasivo, etcétera.

gulada actualmente en el artículo 29 constitucional, en los siguientes términos:

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculos para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.

Una regulación constitucional renovada sobre el tema que nos ocupa debería precisar las condiciones para la suspensión de los derechos fundamentales; entre esas condiciones habría que incluir la previa y esencial declaración del “Estado de sitio” o de “emergencia”, su aprobación por una mayoría calificada del Congreso de la Unión y la posibilidad de que fuera revisada —aunque sin tener efectos suspensivos completos, porque si no se volvería inútil— por los tribunales nacionales e internacionales.<sup>51</sup> Las razones por las que se puede declarar un Estado de sitio o de emergencia deben estar lo más precisamente establecidas que sea posible, limitándose a aquellas que pongan en peligro la existencia misma de la comunidad.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Los modelos de redacción para establecer lo mencionado en este apartado pueden tomarse de los textos constitucionales de Dinamarca (artículo 85), España (artículo 55), Finlandia (artículo 16), Grecia (artículo 48) y Brasil (artículos 136 a 141), entre otros.

<sup>52</sup> Despouy, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM, 1999, p. 18.

La suspensión de derechos debe ser una medida acotada temporal y espacialmente; no puede, en consecuencia, imponerse por tiempo indefinido y, preferentemente, tampoco en todo el territorio. Se trata de una institución que no tiene por efecto aumentar los poderes de los gobernantes, sino permitir tomar medidas de carácter extraordinario dentro del marco de las reglas del Estado de derecho. No es una invitación a la arbitrariedad, sino justamente su mecanismo de contención bajo situaciones de emergencia. Debe, en todo caso, estar fundada y motivada.<sup>53</sup> Debe también disponer medidas de respuesta proporcionadas a la situación de peligro por la que se están suspendiendo los derechos.

La mejor forma de evitar abusos por parte del gobierno utilizando la suspensión de derechos es a través de su judicialización, como lo ha propuesto Héctor Fix-Zamudio.<sup>54</sup> De esta manera se someten las decisiones gubernativas en la materia a un control de constitucionalidad y legalidad a cargo de los jueces y, sobre todo, se pone de manifiesto que no se trata de una “cuestión política” que queda fuera del ámbito de supervisión del Poder Judicial. El mismo autor afirma que

la revisión judicial de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas puede utilizarse durante las situaciones de emergencia o de excepción, para examinar la concordancia y proporcionalidad de las medidas generales que se adoptan con motivo de las declaraciones de los estados de excepción, incluyendo las declaraciones mismas, en cuanto afectan la normalidad constitucional y los derechos fundamentales de los gobernados.<sup>55</sup>

Convendría también precisar la prohibición de suspender algunos derechos, como el derecho a la vida, a la integridad personal o

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>54</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. 136.

<sup>55</sup> *Idem*.

las garantías necesarias para la protección de los mismos.<sup>56</sup> Hay que recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 27.2, no permite la suspensión de los derechos previstos en sus artículos 3o. (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4o. (derecho a la vida), 5o. (derecho a la integridad personal),<sup>57</sup> 6o. (prohibición de la esclavitud), 9o. (principios de legalidad y retroactividad), 12 (libertad de conciencia y religión), 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos de la niñez), 20 (derecho a la nacionalidad) y 23 (derechos políticos), así como de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.<sup>58</sup>

De acuerdo con Leandro Despouy, los principios que rigen a los estados de excepción, y que podrían ser tomados en cuenta para una futura reforma a la Constitución mexicana, son los siguientes:<sup>59</sup>

- Principio de legalidad, que implica la existencia de normas que los regulen y de los consiguientes mecanismos de control.

<sup>56</sup> Véase, sobre el tema, además de la obra citada de Despouy, la de Cruz Villalón, Pedro, *El estado de sitio y la Constitución*, Madrid, CEC, 1980. Para los antecedentes históricos en México, Aguilar Rivera, José Antonio, *El manto liberal. Los poderes de emergencia en México 1821-1876*, México, UNAM, 2001.

<sup>57</sup> Véase el artículo 5o. de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, que establece la prohibición de justificar la tortura aún en estados de guerra, emergencia, sitio, commoción interior, etcétera.

<sup>58</sup> En sentido parecido debe verse el artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 8/87 “El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” y 9/87 “Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”; ambas opiniones consultivas se pueden consultar en García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 1008 y ss., y 1019 y ss., respectivamente; también se encuentran en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., nota 16, t. II, pp. 869 y ss.

<sup>59</sup> Carbonell, Miguel *et al.*, *op. cit.*, nota 16, pp. 25 y ss.

- Principio de proclamación, que supone la necesidad de dar a conocer, de publicitar la suspensión de derechos. En consecuencia, no puede haber algo así como “suspensiones tácitas” o secretas.<sup>60</sup>
- Principio de notificación. En términos del artículo 27 del Pacto de San José, si un Estado parte suspende derechos debe informar inmediatamente a los demás Estados parte por conducto del Secretario General de la OEA.<sup>61</sup> También se debe informar del levantamiento del estado de emergencia.
- Principio de temporalidad. Tiene por objetivo limitar en el tiempo la medida excepcional y, consecuentemente, evitar su prolongación indebida. Dentro de la notificación que los Estados deben hacer, ya sea a la OEA o a la ONU, se debe incluir la fecha en que terminará la medida o el plazo para el que fue autorizada.<sup>62</sup>
- Principio de amenaza excepcional. Tiene que ver con los presupuestos de hecho que pueden dar lugar a una suspensión, es decir a los acontecimientos que la pueden motivar. Para empezar se debe tratar de peligros actuales o inminentes, no pudiendo suspenderse los derechos sobre criterios especulativos o abstractos. El peligro debe ser excepcional, entendiendo por tal uno que no pueda ser enfrentado por las medidas ordinarias para el mantenimiento de la seguridad, la salud o el orden públicos; solamente si dichas medidas ordinarias resultan insuficientes se puede acudir a la suspensión.

<sup>60</sup> Este aspecto es especialmente importante en los últimos años y lo seguirá siendo en los venideros, ya que en la lucha contra el terrorismo internacional algunos gobiernos (sobre todo el de Estados Unidos), están recurriendo a suspensiones de derechos *de facto*, por ejemplo a través de la negación del derecho de asistencia letrada a los presos detenidos en la prisión de Guantánamo, o por medio del espionaje telefónico y electrónico sobre residentes en Estados Unidos.

<sup>61</sup> La misma obligación se genera a partir del ya citado artículo 4o. del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>62</sup> Véase Observación General número 5 del Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU sobre el artículo 4o. del Pacto (adoptada en su 13o. periodo de sesiones, 1981).

La determinación de si existe o no una amenaza que amerite recurrir a la suspensión es un aspecto muy delicado. Los poderes ejecutivos pueden tener la impresión de que dicha amenaza existe y argumentar cuestiones de seguridad nacional para no dar a conocer detalles sobre su potencialidad de daño. En todo caso, debería existir un mecanismo de control parlamentario sobre este tipo de cuestiones. Una comisión de legisladores que, comprometiéndose a guardar el sigilo respecto de los datos que les sean presentados, pueda valorar y avalar los elementos que un presidente pueda tener para recurrir a la suspensión de derechos. Este control parlamentario no sería un obstáculo para que, llegado el caso, los particulares pudieran recurrir ante la justicia para frenar una indebida suspensión de derechos y garantías.

- Principio de proporcionalidad, que consiste en la adecuación entre la situación de emergencia y las medidas a tomar. El análisis de la existencia de la proporcionalidad no puede hacerse en abstracto, sino caso por caso, pues depende tanto del tipo de situación a que se tiene que hacer frente como del éxito de las medidas para contenerla.
- Principio de no discriminación. Siendo la suspensión de derechos una institución creada no para la arbitrariedad sino para el correcto ejercicio de los principios del Estado de derecho, no puede aplicarse con base en ninguno de los criterios discriminatorios que establece el propio derecho internacional (no se puede, por ejemplo, suspender los derechos en razón de raza, religión, nacionalidad, etcétera).
- Principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas de derecho internacional. Este principio, de carácter complejo, supone que la suspensión no sea incompatible con alguna norma del derecho internacional de los derechos humanos; la concordancia implica que la suspensión no debe tener por objetivo destruir alguno de los derechos internacionalmente reconocidos; la complementariedad significa que los estados de excepción tienen como única

finalidad posible la defensa del sistema democrático, de forma que ni siquiera una emergencia puede romper los elementos esenciales que dan sustento a ese sistema, de lo que se deriva la imposibilidad de suspender ciertos derechos.

A partir de lo anterior cabe apuntar que, en cualquier caso y con la extensión que se quiera, la regulación de los estados de excepción, sus causas y los órganos competentes para determinarlos, deben estar previstos en las normas constitucionales, incorporando o al menos no prohibiendo la aplicación de los principios que se acaban de mencionar. Algunos modelos de regulación concreta del supuesto que se está explicando se pueden encontrar en el artículo 116 de la Constitución Española y en el artículo 19 de la Constitución portuguesa.

Una futura reforma al artículo 29 de la Constitución mexicana debería:<sup>63</sup>

- a) tener una redacción clara y concisa que evite, en lo posible, la utilización de conceptos ambiguos como “perturbaciones del orden público” o “grave peligro social”.
- b) prever un régimen diferenciado dependiendo del tipo de amenaza que requiere una suspensión de derechos y garantías. Las causas de la suspensión podrían ser de tres tipos: emergencias generadas por fenómenos naturales que pongan en peligro a una parte de la población (lo que podría calificarse como estado de calamidad o de catástrofe), emergencias generadas por problemas graves de seguridad pública (que podrían redundar en una eventual restricción de la libertad de tránsito) y emergencias generadas por situaciones de tipo militar tales como invasiones armadas del territorio nacional.
- c) ordenar al legislador que proceda a regular los mandatos constitucionales en la materia, a fin de detallar compe-

<sup>63</sup> Sigo las propuestas formuladas en la excelente tesis profesional de Pelayo Möller, Carlos M., *La suspensión de derechos y garantías en el Estado constitucional*, Universidad Autónoma de Sinaloa, 2004, pp. 256 y ss.

tencias gubernamentales y precisar los supuestos en que cada tipo de emergencia podría darse.

- d) la Constitución debería prever expresamente los principios rectores de la suspensión que ya hemos mencionado a partir de la exposición de Despouy.

Durante muchos años el tema de la suspensión de derechos y garantías ha tenido un desarrollo menor al que hubiera sido oportuno dentro de la teoría constitucional mexicana. Este fenómeno quizá esté justificado por el hecho, ciertamente plausible, de que en México no se ha acudido a las medidas de suspensión con la frecuencia que lo han hecho otros países de América Latina.<sup>64</sup> Si bien es deseable que nuestro país se mantenga en esa posición y no caiga en tentaciones represivas de corte autoritario, lo cierto es que hay elementos en el contexto internacional que nos permiten sostener la pertinencia de reflexionar con una mirada nueva sobre el tema. De hecho, algunos de los teóricos más destacados a nivel mundial dentro del campo de constitucionalismo han dedicado importantes esfuerzos a replantear la representación tradicional que tenemos de la forma en que el Estado constitucional debe responder a las emergencias, sobre todo frente a las derivadas de posibles ataques terroristas.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Héctor Fix-Zamudio, en referencia al siglo XIX latinoamericano, apunta que “...en una época de inestabilidad política en Latinoamérica, debido a las continuas revueltas y los golpes de Estado auspiciados por los caudillos, predominantemente militares, abundaron las represiones extraconstitucionales, ya que las declaraciones de emergencia se utilizaron con el fin contrario a su regulación, es decir, en lugar de la conservación del orden constitucional se produjeron largos períodos de gobiernos autoritarios...”, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, *cit.*, nota 54, p. 130.

<sup>65</sup> Ver por ejemplo el ensayo de Ackerman, Bruce, “The Emergency Constitution”, *The Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, pp. 1029 y ss.; a este ensayo de Ackerman respondieron con un penetrante texto los profesores Tribe, Laurence y Gudridge, Patrick, “The Anti-emergency Constitution”, *The Yale Law Journal*, vol. 113, pp. 1801 y ss.; la réplica de Ackerman puede verse en su ensayo “This is not a War”, en el mismo volumen de la revista citada, pp. 1871 y ss. Véase también Ackerman, Bruce, *Before Next Attack. Preserving Civil Liberties in an Age of*

Los ataques terroristas están suponiendo una amenaza nueva para los Estados constitucionales e incluso, en un caso límite, pueden implicar la desaparición de nuestra forma de vida tal como la hemos conocido hasta ahora. Algunos autores se han preguntado cómo deben responder los Estados cuando se enfrentan a una amenaza de aniquilamiento total; esto se daría, por ejemplo, si algún grupo terrorista se hiciera con armas químicas o nucleares.<sup>66</sup> Aunque México no ha sido objetivo de un ataque terrorista hasta el momento, lo cierto es que no podemos cerrar los ojos a la existencia real de la amenaza. De hecho, aprovechando la necesidad de reflexionar sobre la mejor forma en que un Estado democrático debe responder a la amenaza del terror, conviene ampliar el espectro del análisis para incluir todas aquellas cuestiones que ponen en riesgo el funcionamiento normal del Estado y las libertades y derechos de sus habitantes.

## XI. DECLARACIONES DE DERECHOS Y DEMOCRACIA DE CALIDAD

En las páginas anteriores se han tratado fundamentalmente cuestiones relacionadas con el ordenamiento jurídico y con la teoría de los derechos. Hay, sin embargo, una dimensión adicional de carácter político, que conviene poner de manifiesto antes de terminar este primer capítulo.

Se trata del impacto que para el logro de una democracia de calidad puede tener un buen catálogo de derechos. No es el momento de exponer con detalle el significado de las “democracias de calidad”, pero vale la pena apuntar al menos sus elementos básicos.

*Terrorism*, *Nex Heaven*, Yale University Press, 2006 y Posner, Richard, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Nueva York, Oxford University Press, 2006. En la doctrina mexicana conviene atender las observaciones de Fix-Zamudio, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, cit., nota 54, pp. 171-175.

<sup>66</sup> Véase la interesante, pero muy discutible, exposición de Ignatieff, Michael, *El mal menor. Ética política en una era de terror*, Madrid, Taurus, 2005.

Nos serviremos para ello de la exposición que sobre el tema realiza Leonardo Morlino, probablemente el experto más reconocido a nivel mundial en este campo.

Las democracias de calidad, nos indica Morlino, tienen tres características generales y cinco “dimensiones de variación”.<sup>67</sup> Las características generales consisten en que: a) se trata de regímenes que cuentan con una amplia legitimación y que, en esa virtud, son estables (se da una *calidad con respecto al resultado*); b) los ciudadanos, las asociaciones y las comunidades que integran estos sistemas gozan de libertad e igualdad por encima de los mínimos (se da una *calidad con respecto al contenido*); y c) los ciudadanos de una buena democracia tienen el poder de controlar y evaluar si el gobierno trabaja efectivamente por aquellos valores —igualdad y libertad— con pleno respeto a las normas vigentes (se da una *calidad con respecto al procedimiento*).

Respecto a las cinco dimensiones de variación, Morlino nos advierte que dos de ellas son de carácter procedural, una concierne al resultado y las otras dos son de tipo sustantivo. Son las siguientes en ese orden: a) *rule of law* o el respeto a la ley; b) *accountability* o rendición de cuentas; c) *responsiveness*, o reciprocidad, es decir, la capacidad de respuesta que encuentra la satisfacción de los ciudadanos y la sociedad civil en general; d) respeto pleno de los derechos que pueden ampliarse en la realización de las diversas libertades; y e) progresiva ampliación de una mayor igualdad política, social y económica.

Para la perspectiva jurídica el punto que quizá pueda tener un mayor interés es el de la *rule of law*. La buena democracia debe contar con una *rule of law* que tenga las siguientes características nos dice Morlino: a) la aplicación *erga omnes* del sistema legal, incluso en un nivel supra-nacional; b) la consecuente ausencia, incluyendo el nivel local, de áreas dominadas por organizaciones criminales; c) la ausencia de corrupción en los aparatos políticos,

<sup>67</sup> Morlino, Leonardo, *Democracias y democratizaciones*, trad. de César Cansino e Israel Covarrubias, México, CEPCOM, 2005, pp. 260 y 261.

administrativos y judiciales; d) la existencia de una burocracia civil, central y local competente, eficiente y universal en la aplicación de las leyes, que además sea responsable en caso de error; e) la existencia de fuerzas de policía eficientes y respetuosas de los derechos y las libertades existentes y efectivamente garantizadas; f) el acceso igual y sin complicaciones de los ciudadanos a la justicia en caso de contencioso entre particulares o entre éstos y las instituciones públicas; g) una duración razonable del proceso penal y del contencioso civil o administrativo; h) la completa independencia del juez o del jurado respecto a cualquier influencia del poder político.<sup>68</sup>

El hecho de que se trate de un listado de requisitos ideal y que su completa realización parezca bastante compleja e incluso lejana de nuestro horizonte político y jurídico no le resta un ápice de validez, pues justamente el valor de las buenas teorías (diríamos, para estar a tono con el texto de Morlino, de las “teorías de calidad”), consiste en exponer los grandes ideales regulativos, los horizontes deseables para el desarrollo de nuestras incipientes democracias.

Lo contrario a una “democracia de calidad” son las “democracias imperfectas o defectuosas”, las cuales pueden ser de tres tipos: a) *democracia excluyente*, que se caracteriza por garantías limitadas para los derechos políticos; b) *democracia dominada*, en la que existen grupos de poder que pueden condicionar y limitar la autonomía de los líderes electos; y c) *democracia iliberal*, en la que los derechos civiles tienen una garantía sólo parcial.<sup>69</sup>

Morlino sitúa aparte a la “*democracia delegativa*”, siguiendo el acertado concepto propuesto originalmente por Guillermo O’Donnell en uno de sus más conocidos ensayos. En este tipo de democracias, para decirlo de forma sintética, los electores efectúan una “delegación” a los gobernantes el día de las elecciones; una vez realizadas estas no existe un control permanente de la acción de los órga-

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 265.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 258.

nos del poder y además el respeto de la *rule of law* por parte del gobierno se da solamente de forma parcial.<sup>70</sup>

Tomando en cuenta el esquema que nos propone Morlino, no es difícil imaginar la importancia que tienen las declaraciones de derechos bien establecidas para lograr una democracia de calidad. Tomemos por ejemplo las tres características generales de una democracia de calidad, las cuales se aplican a la calidad respecto al resultado, respecto al contenido y respecto al procedimiento. Es evidente que un buen catálogo de derechos fundamentales sirve de mucho para alcanzar esos objetivos. Comenzando por la tercera característica: ¿cómo negar que los derechos de participación política, que incluyen entre otros el derecho de formar partidos políticos y de tomar parte en su vida interna, son vías idóneas para tener calidad respecto “al procedimiento” democrático? Pero lo mismo vale para la calidad en los resultados, la cual viene dada por la correcta satisfacción que el Estado logre de los derechos sociales, lo que a fin de cuentas elevará el nivel de vida de los habitantes del propio Estado (vivienda, salud, educación, medio ambiente, cuidado de menores de edad y de adultos mayores, etcétera). Respecto a la calidad en el “contenido”, también los derechos fundamentales inciden de manera positiva sobre el sistema democrático; pensemos en la importancia que tienen las libertades de expresión e impresa o la libertad de empresa y de trabajo para determinar el rumbo económico, político y social que debe tomar una comunidad.

Ahora bien, si nos detenemos en las cinco “dimensiones de variación” que nos propone Morlino, la tesis sobre la relación entre derechos fundamentales y democracia de calidad se robustece. La primera de ellas tiene que ver con la *rule of law*, cuyas principales características ya han sido mencionadas; varias de tales características tienen inmediata relación con los derechos fundamentales, como la referida a la aplicación *erga omnes* del sistema jurídico (es decir, la aplicación sin discriminación del ordenamiento), la ausencia de corrupción (garantiza-

<sup>70</sup> *Idem.*

da, al menos teóricamente, por la subordinación de los actos de las autoridades al principio de legalidad), el buen funcionamiento de la burocracia (también vinculado al principio de legalidad), el respeto policial en su relación con todas las personas (prohibición de detenciones arbitrarias), el acceso a la justicia (derecho a la tutela judicial efectiva), la duración razonable del proceso penal, etcétera.

La segunda “dimensión de variación” es la que tiene que ver con el concepto de *accountability*, que suele traducirse como “rendición de cuentas”.<sup>71</sup> La existencia misma de la rendición de cuentas está sujeta a que existan parámetros claros para la actuación de las autoridades; dicha actuación, cuando no es interna a la administración del Estado y se proyecta hacia los particulares, está determinada en primer término por los derechos fundamentales. Por lo tanto, si tales derechos están bien regulados, se generará una mayor rendición de cuentas y, en consecuencia, una mayor calidad democrática.

La tercera “dimensión de variación” se refiere a la reciprocidad entre los órganos estatales y los particulares, de modo que estos obtengan respuestas satisfactorias a sus necesidades. En este sentido, en tanto los derechos fundamentales protegen bienes básicos (es decir, bienes que son necesarios para la realización de cualquier plan de vida), su correcta regulación es lo que podrá permitir que se les exija —según lo dispuesto en los mandatos constitucionales— a las autoridades que satisfagan necesidades ampliamente compartidas por la población del Estado.

Las dos últimas “dimensiones de variación” guardan tan obvia y evidente relación con los derechos fundamentales que no hace falta abundar mucho sobre su contenido. Recordemos que la cuarta dimensión se refiere al respeto pleno de los derechos y a la realización de las libertades, mientras que la quinta tiene que ver con la progresiva ampliación de la igualdad en sus diversas manifestaciones (política, social y económica).

<sup>71</sup> Sobre este concepto puede verse la interesante síntesis que propone Schedler, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, México, IFAI, 2005.

De la misma manera, podemos proceder a poner en evidencia que las democracias de mala calidad o democracias deficientes se caracterizan por la escasa o nula regulación constitucional de los derechos y, en consecuencia, por su desconocimiento práctico. Para decirlo más claro: las democracias de mala calidad suponen una permanente violación de los derechos fundamentales. Si a los tres tipos de democracias de mala calidad, citados por Morlino, añadimos el concepto acuñado por Guillermo O'Donnell tenemos que se puede hablar de cuatro tipos o modelos: democracia excluyente, democracia dominada, democracia iliberal y democracia delegativa.

De estos cuatro tipos de democracia la que guarda una relación más evidente con los derechos fundamentales es la democracia iliberal, que Morlino caracteriza —según ya lo vimos— como aquella en la que los derechos civiles tienen una garantía sólo parcial. Pero también parece que se puede sostener razonablemente que una democracia excluyente (entendiendo por tal aquella en la que los derechos políticos están limitados) es una democracia deficiente para los derechos fundamentales. Lo mismo sucede con la democracia dominada (definida por Morlino como aquella en la que grupos de poder condicionan y restan autonomía a los líderes electos), puesto que en este caso el aparato estatal se suele poner a las órdenes de los grupos dominantes y deja de esa manera de servir al interés general que es el tipo de interés con el que están directamente conectados los derechos fundamentales.

Por lo que hace a la democracia delegativa, que a partir de la formulación de O'Donnell puede entenderse como aquella en la que los ciudadanos delegan toda la autoridad el día de las elecciones pero en la que carecen luego de un control efectivo sobre el ejercicio cotidiano de la política, es obvio que afecta de manera muy negativa a los derechos fundamentales, puesto que impide la dirección de la actividad del Estado hacia su satisfacción, así como el correspondiente control popular sobre los funcionarios públicos.

Ahora bien, dejando a un lado la muy importante caracterización de Morlino, hay otra dimensión —menos elaborada o más simplista, como el lector lo prefiera— que también me interesa subrayar en el vínculo entre regulación de los derechos fundamentales y democracia de calidad o, mejor dicho, con la democracia a secas.

La regulación de los derechos, de forma amplia y completa, ha sido una constante en los procesos de transición a la democracia, tanto en América Latina como en Europa del Este y en una buena parte de los países africanos que han intentado dejar atrás regímenes autoritarios.<sup>72</sup> ¿Por qué se produce esta especie de ilusión en los derechos fundamentales por parte de quienes diseñan nuevos modelos constitucionales? Aunque las respuestas pueden ser variables y en cada caso podrían sustentarse solamente a la vista de los elementos presentes en los distintos procesos de transición a la democracia, quizá pueda aventurarse una hipótesis general.

Los derechos fundamentales sirven para recomponer y nivelar la relación entre los particulares y el Estado (o mejor dicho, las autoridades públicas), e incluso entre los particulares mismos; es decir, mientras en los regímenes autoritarios las relaciones entre autoridades y particulares siempre están marcadas por la hegemonía o la superioridad de aquellas y la subordinación sin más de estos, en el Estado constitucional la relación es mucho más simétrica; los particulares se ponen al nivel o por encima de las autoridades siempre que cuenten con cobertura suficiente de una norma de derecho fundamental. Y lo mismo puede decirse respecto a las relaciones entre particulares; toda vez que uno de los derechos fundamentales que suelen aparecer en las nuevas Constituciones es el derecho a no ser discriminado, las relaciones entre particulares se vuelven más simétricas (al menos en teoría, vale la pena advertirlo de nuevo).

<sup>72</sup> La correspondiente evidencia empírica de esta afirmación, sólidamente documentada, puede verse en Ceccherini, Eleonora, *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Milán, Giuffrè, 2002.

Quienes han vivido bajo el imperio de un régimen autoritario y han sufrido los abusos de las autoridades tienen el máximo interés en situar bajo nuevas reglas las relaciones sociales y políticas. La herramienta más idónea para hacerlo es la de los derechos fundamentales.

Pero además la regulación de los derechos, si se hace de forma amplia y adecuada, supone una inyección de ilusiones para el futuro; las declaraciones de derechos se contemplan frecuentemente como promesas de un futuro más promisorio y se suele pensar que llegaron para quedarse (no se trata de una creencia errónea por lo general, si atendemos al desarrollo histórico de los derechos, que presentar un carácter incremental). En este contexto, la regulación de los derechos dota a los nuevos régímenes democráticos de un sentido de confianza en los tiempos que vendrán y de esa forma se suma al ideal constitucionalista según el cual las Constituciones son expresiones de las “utopías concretas” que los pueblos tienen en momentos concretos de su historia.

Todo lo que se ha dicho en el presente apartado no obsta para señalar que a nivel teórico se discute con gran intensidad sobre las relaciones entre los derechos fundamentales y la democracia. No entraremos a esa discusión para no desviar el tema central del libro, que tiene que ver, simplemente, con la buena regulación de los derechos fundamentales. Basta apuntar, por el momento, que mientras para algunos los derechos fundamentales supondrían algo así como la “dimensión sustancial” de la democracia, para otros los derechos son vistos como amenazas que —si no son correctamente dimensionadas y limitadas— pueden asfixiar los procesos deliberativos que deben acompañar a cualquier sistema democrático. La primera postura ha sido defendida en varias de sus obras por Luigi Ferrajoli.<sup>73</sup> La segunda, en una de sus versio-

<sup>73</sup> Por ejemplo en Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho” y “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, trabajos incluidos en el libro colectivo *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., nota 2, pp. 35-40, 167-172 y 339-355, respectivamente. Las críticas a esta tesis de Ferrajoli pueden verse, además de en las

nes más radicales, ha sido sostenida por Anna Pintore, entre otros.<sup>74</sup>

## XII. PROPUESTAS

En este primer capítulo se han abordado cuestiones generales tanto en el plano conceptual como en el de la dogmática constitucional. El objetivo central de las páginas anteriores ha sido ofrecer el marco analítico que exige una propuesta de reforma amplia a la Constitución mexicana de 1917 en materia de derechos fundamentales. Dentro del desarrollo expositivo, sin embargo, se han realizado algunas propuestas concretas que a continuación nos permitimos resumir:

1. Cualquier cambio constitucional en materia de derechos fundamentales debe tomar como punto de partida la necesidad de contar con preceptos claros, bien redactados y entendibles para las personas a las que se dirigen.
2. Una reforma integral en esta materia debe privilegiar la sistematicidad del contenido constitucional, evitando el desorden que prevalece en la actualidad.
3. Para lograr tal sistematización convendría comenzar enunciando los principios generales para dedicar luego capítulos o secciones del texto constitucional a cada uno de los tipos de derechos.

obras que se citan en la siguiente nota, en Lora, Pablo de, “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”; Martí Mármol, José Luis, “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales”; Salazar, Pedro, “Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli”, todos incluidos en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 251-265, 365-401 y 429-445, respectivamente.

<sup>74</sup> Pintore, Anna, “Derechos insaciables”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., nota 2, pp. 243-265 y más ampliamente en Pintore, Anna, *I diritti della democrazia*, Baria, Laterza, 2003. Ver también Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2006.

4. Una reforma integral debe incorporar nuevos derechos, que actualmente no figuran en nuestro texto constitucional; a reserva de precisar algunos casos con posterioridad habría que incorporar los derechos a la intimidad, a la propia imagen, al honor, al acceso a la información, al agua, a la alimentación, etcétera.

5. Un régimen constitucional moderno de derechos debe corresponderse con un buen sistema de garantías; no hay que confundir los derechos con las garantías. La denominación de unos y otras, en este caso, es esencial, por lo que una reforma debe adoptar una terminología moderna. Se sugiere utilizar siempre el término “derechos fundamentales”.<sup>75</sup>

6. Es necesario dotar de jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos; debe quedar claro que valen tanto como la propia Constitución y más que el resto del ordenamiento jurídico nacional.

7. Junto con la jerarquía constitucional debería existir una norma de “recepción” de las sentencias de los tribunales internacionales de los que México forma parte. La norma en cuestión debería reconocer que tales sentencias son plenamente ejecutables en México y que todas las autoridades deben acatarlas.

8. Podría incorporarse una norma de “interpretación conforme” a favor de los tratados internacionales de derechos humanos. Con ella se precisaría a nivel constitucional la obligación de las autoridades nacionales para que, en caso de duda o de enfrentarse a casos en que exista una pluralidad de sentidos normativos posibles (lo que se da en un porcentaje importante de supuestos), deban preferir la interpretación que sea más consistente con el derecho internacional de los derechos humanos.

9. Habría que establecer una norma que tutelara el llamado “contenido esencial” de los derechos, a efecto de restringir las posibles limitaciones a los mismos provenientes de las autoridades legislativas o judiciales.

<sup>75</sup> Las razones que apoyan dicha sugerencia pueden verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, *op. cit.*, nota 9, pp. 6-10.

10. Es necesario reconocer, como principio general, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales frente a particulares. Quizá en este caso bastaría con una mención constitucional de carácter genérico, para que fuera la legislación ordinaria la que precisara los supuestos concretos en los que dicha eficacia podría darse.

11. También con carácter general, podría establecerse que las personas jurídicas de derecho privado son titulares de ciertos derechos fundamentales; al menos de todos los que, por su contenido, no sean de ejercicio exclusivo por parte de personas físicas.

12. La suspensión de los derechos fundamentales y de sus garantías debe sujetarse a distintos estándares internacionales. Algunos derechos no deben ser objeto de ninguna suspensión y, como regla general, no debe impedirse la supervisión judicial cuando la suspensión se produzca respecto de los demás derechos. En particular, el texto constitucional debe asegurar la supervisión judicial de la suspensión, el principio de proporcionalidad de la misma y su estricta temporalidad.

10. Es necesario reconocer, como principio general, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales frente a particulares. Quizá en este caso bastaría con una mención constitucional de carácter genérico, para que fuera la legislación ordinaria la que precisara los supuestos concretos en los que dicha eficacia podría darse.

11. También con carácter general, podría establecerse que las personas jurídicas de derecho privado son titulares de ciertos derechos fundamentales; al menos de todos los que, por su contenido, no sean de ejercicio exclusivo por parte de personas físicas.

12. La suspensión de los derechos fundamentales y de sus garantías debe sujetarse a distintos estándares internacionales. Algunos derechos no deben ser objeto de ninguna suspensión y, como regla general, no debe impedirse la supervisión judicial cuando la suspensión se produzca respecto de los demás derechos. En particular, el texto constitucional debe asegurar la supervisión judicial de la suspensión, el principio de proporcionalidad de la misma y su estricta temporalidad.