

Capítulo 2

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*

2.1. LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

En México, como en otros países, se ha generado un cambio importante en el sistema jurídico. Un cambio que muchos expertos han calificado como el más significativo desde que nuestra Constitución fue aprobada en 1917. El cambio consistió, por un lado, en la reforma al artículo 1 constitucional que reconoce expresamente los derechos humanos —tanto los que el mismo texto constitucional alude como los que se encuentran en tratados internacionales suscritos por México— y obliga a toda autoridad a aplicar la ley acorde al contenido de tales derechos. Por otro lado, el cambio tiene que ver con la consolidación de un sistema regional de derechos humanos cuyo órgano más importante es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

El artículo 1 de la Constitución sitúa a los derechos humanos y a los tratados internacionales en esa materia como parte de lo que algunos constitucionalistas han llamado un nuevo “bloque de constitucionalidad”. El párrafo segundo de dicho precepto establece una obligación hermenéutica de favorecer siempre la interpretación que garantice la protección más amplia de la per-

* Este trabajo apareció en la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año II, núm. 3, julio-diciembre, 2016, pp. 3-35. Aquí he modificado ligeramente esta versión.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

sona, lo que se conoce como el principio *pro homine* o *pro personae*. Esta guía interpretativa se refuerza a su vez con la obligación de toda autoridad, incluidos todos los jueces, tanto locales como federales, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad*.¹

La sentencia de la Corte IDH en contra del Estado mexicano en el caso *Radilla* —un caso de desaparición forzada donde se condenó a México a realizar cambios en materia de derechos humanos y adecuar sus leyes y su sistema judicial, a fin de evitar más violaciones a los derechos— originó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitiera una resolución *sui generis* en el expediente Varios 912/2010, donde acata la sentencia de la Corte IDH y emite una serie de medidas dirigidas al poder judicial federal. Entre algunas de estas medidas se establece la obligación para todos los jueces federales de llevar a cabo un *control difuso* de constitucionalidad y convencionalidad cuando los casos que atiendan tengan relación con algún derecho humano.

Existen diversas implicaciones de estos cambios, que van más allá de los ajustes más o menos normales que implica cualquier reforma. Esta reforma se ha visto como un parteaguas en nuestro sistema por las implicaciones profundas que conlleva. Sin embargo, más allá de un acuerdo bastante impreciso sobre el alcance de las implicaciones, poco se ha discutido sobre lo que significa dejar de hablar de “garantías individuales” y comenzar

¹ Cfr. Artículo 1 En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

a hablar de “derechos humanos”. ¿Cuáles son esas implicaciones profundas de esta reforma?

Sin un propósito de exhaustividad, trataré enseguida de mencionar algunas de estas implicaciones:

1. *Un cambio conceptual.* La Constitución establece expresamente que las personas gozarán de los derechos humanos que consagre la misma y los que se reconozcan en tratados internacionales suscritos por México. Anteriormente no se hablaba de derechos humanos, sino de “garantías individuales”² (entendidos como derechos constitucionales). No se trata de un simple cambio de palabras, las implicaciones doctrinales y prácticas de la reforma son muy significativas y merecerán que los constitucionalistas profundicen en ella.
2. *Importancia de las teorías de los derechos humanos.* La interpretación de los derechos constitucionales de algún modo está conectada ahora con teorías de los derechos humanos, lo cual obliga al jurista dogmático, particularmente al constitucionalista, a adaptar sus doctrinas sobre los derechos constitucionales de forma que guarden coherencia con las doctrinas sobre los derechos humanos. Sin embargo, las formas en que se presenta esta conexión no son claras. En México, nuestra doctrina constitucional —que ha pecado de localista—³ enfrenta el reto de armo-

² La noción de “garantía individual” —siguiendo a Jorge Carpizo— que introdujo el constituyente en 1917 no era una idea completamente nueva en ese momento, se usó para marcar una diferencia respecto de la noción de “derechos del hombre”: “Podemos concluir que mientras los derechos del hombre son ideas generales y abstractas, las garantías, que son su medida, son ideas individualizadas y concretas” (Carpizo, Jorge, *La Constitución de 1917*, México, UNAM, 1979, p. 154). El problema con el estudio de Carpizo es haber identificado sin más los derechos del hombre de la declaración francesa de 1789 con los derechos humanos de la segunda mitad del siglo xx. Más adelante me referiré a este tipo de problema.

³ Aunque esta afirmación no puedo justificarla aquí, me refiero a que una buena parte de la doctrina ha sido ajena a los desarrollos de la teoría constitucional que se han presentado en las últimas décadas y poco se ha despegado de algunos textos de autores mexicanos que si bien han sido importantes históricamente hablando, hoy se encuentran ya muy superados teóricamente hablando. Como dije esta afirmación merece justificación pero en este trabajo es algo que no puedo ofrecer. Puede verse, por ejemplo,

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

nizarse con teorías de los derechos humanos que, por lo general, han sido ajenas al quehacer de los constitucionalistas⁴ y de los jueces.

3. *El principio pro personae como criterio valorativo.* Al establecerse en el artículo 1 constitucional el principio *pro personae* como un criterio para elegir las normas y las interpretaciones que resulten aplicables, se vincula al juzgador con un criterio valorativo que en sí mismo tendrá que interpretarse en cada caso particular. Los alcances de este principio se pueden relacionar con otros principios como el principio *pro reo*, *pro víctima*, *pro operario*, el interés superior del niño, el interés de la mujer, etc. Se tendrá pues que establecer, en cada caso, en favor de quién operará el principio y eso no siempre será una cuestión sencilla, especialmente cuando estemos ante casos donde hay varias partes involucradas alegando cada cual un derecho humano o constitucional. Por ejemplo, en materia penal se rompe con la prevalencia interpretativa del principio *pro reo*, que era casi absoluta, y se incorpora el principio *pro víctima*, que en algunos casos puede entrar en conflicto con aquel.⁵

Cossío Díaz, José Ramón y Silva-Herzog Márquez, Jesús (coords.), *Lecturas de la Constitución. El constitucionalismo mexicano frente a la Constitución de 1917*, México, FCE, 2017.

⁴ Algunos esfuerzos importantes se han hecho. Miguel Carbonell en su tratado *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, 2004; explicaba por qué elegía la denominación “derechos fundamentales” en vez de “garantías individuales”, sus razones eran conceptuales pues “garantía” aludía a una forma de proteger un derecho y, por ello, era una denominación que había generado confusiones en México. Establecía también algunas razones por las cuales no usaba la noción de “derechos humanos”, su razón principal es que esta noción alude a derechos en un sentido moral y no solo en un sentido jurídico, mientras que la idea de derechos fundamentales poseen un sentido estrictamente jurídico, pues describen al conjunto de derechos y libertades reconocidas en la Constitución, y remataba su explicación diciendo: “De hecho, podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados”, véase, Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 9.

⁵ Hasta ahora la prevalencia del principio *pro reo*, nos indicaba que en casos como la tortura, las actuaciones, declaraciones y todo medio de prueba que hubiere sido producto directo o indirecto de la tortura tendría que dejar de

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

4. *La titularidad de los derechos humanos.* El tema de la titularidad de los derechos humanos es una cuestión especialmente importante. Dentro de las teorías de los derechos humanos —y de la práctica internacional—, el tema de la titularidad no suele entenderse como un asunto que depende exclusivamente de la voluntad de un legislador o un decisor, la cuestión es en cierta medida una cuestión moral, una cuestión filosófica de fundamentación. Una teoría constitucional de los derechos humanos tendrá entonces que pronunciarse y abordar el tema de si las personas colectivas —empresas y corporaciones— son titulares de derechos humanos y si pueden beneficiarse del principio *pro personae*. La SCJN ha abordado ya este tema y ha decidido —de manera incorrecta desde la perspectiva de muchos expertos— que las personas morales sí son titulares de derechos humanos.⁶ Pero esta es una cuestión que, en todo caso, una teoría constitucional tendrá que considerar, criticar o avalar, buscando buenas razones. Otra cuestión en torno a la titularidad de los derechos humanos, pero que no hay que confundir con la cuestión anterior sobre las personas morales, es si los *derechos colectivos* de los pueblos indígenas cuentan o no como derechos humanos y si se beneficiarán también de la aplicación de los criterios interpretativos antes referidos.⁷
5. *El alcance de las obligaciones derivadas de los derechos humanos.* La Constitución establece que todas las autoridades deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Esto implica obligaciones específicas para los distintos ámbitos de gobierno. Algunos constitucionalistas han señalado, por ejemplo, que a la luz de

tener valor probatorio; la interpretación operaba a favor del acusado. Con la idea de que las víctimas tienen derechos humanos que deben reconocerse en el proceso penal, nos vemos ante otro principio que puede operar en ocasiones en contra de los derechos del acusado, quizá no al grado de anularlos, pero sí al menos al grado de atenuar y tener que ponderar el alcance de cada principio en los casos concretos.

⁶ Nos ocuparemos más adelante de este tema en el apartado 2.3.3 y en el capítulo 5 de este trabajo.

⁷ De este tema nos ocuparemos en el capítulo 6.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

esta reforma, México debería modificar su política exterior que se ha basado en el principio de no intervención, para comprometerla con una visión coherente con la promoción de los derechos humanos. Sin embargo, hasta ahora ha prevalecido la idea de que las obligaciones están dirigidas a los jueces, no se ha tratado a fondo el de las obligaciones y responsabilidades de la administración pública, y mucho menos del poder legislativo. Una teoría constitucional debería explicar la naturaleza y alcance de las obligaciones que se derivan de la reforma para *todas* las autoridades.

6. *Principios para interpretar los derechos humanos.* Junto con el principio *pro personae*, que como ya vimos tiene alcances interpretativos muy relevantes, deben operar también los principios de *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad* al interpretar los derechos humanos; la norma constitucional vincula a nuestras autoridades a usar estos criterios interpretativos desarrollados por órganos internacionales. Un problema para este tipo de interpretaciones es que nuestros jueces, tribunales y los mismos constitucionalistas, en su gran mayoría, desconocen qué son y cómo se utilizan estos criterios. Pero hay también un problema más grande, se trata de criterios todavía poco desarrollados doctrinalmente y que no están exentos de problemas.⁸
7. *La supremacía interpretativa de los principios sobre los derechos humanos.* La reforma constitucional, al establecer estos criterios interpretativos, los coloca jerárquicamente

⁸ Para una introducción a estos principios puede verse Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, FLACSO, 2013, pp. 17-46. He abordado algunos problemas de la noción de universalidad y los derechos morales en Cruz Parcerro, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayos para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 54-59. Un debate sobre los problemas de la noción de universalidad que maneja Luigi Ferrajoli podría ilustrar también los problemas del uso del concepto de universalidad, al respecto véase la crítica de Riccardo Guastini en “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales: Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 57-62.

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

sobre otros criterios que la misma Constitución establece y sobre los que las leyes secundarias contemplan. Por ejemplo, la Constitución establece en el artículo 14, párrafo 4, que: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho”. Se entiende ahora que este criterio interpretativo, en los casos donde estén involucrados derechos humanos, deberá ceder ante el principio *pro personae*, y los criterios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

8. *Casos que involucran derechos humanos y casos que no lo hacen.* De lo que acabamos de mencionar en el punto anterior se desprende que también son necesarios algunos criterios para identificar casos donde los derechos involucrados son derechos humanos y no otro tipo de derechos.
9. *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.* Con las reformas se genera una obligación específica de todos los jueces y tribunales en México de realizar un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, pero queda todavía como un problema metodológico los criterios y formas en que los jueces han de cumplir con esta obligación. También queda como parte de la discusión de una teoría constitucional si este control es exclusivo o no del poder judicial.

En este capítulo no podemos abordar todas estas cuestiones ni profundizar demasiado en las que abordemos. Destacaremos en particular el problema de la selección de una teoría de los derechos humanos que resulte adecuada, y luego me referiré a algunos problemas generales que una teoría constitucional doméstica tendría que abordar proponiendo algunas pautas específicas. Si bien estamos pensando en una teoría constitucional para México, consideramos que la situación de otros países es semejante. El propósito de este trabajo es abrir una discusión con los constitucionalistas, los expertos en derechos humanos y juristas interesados en la interpretación y aplicación de la Constitución, en torno a la necesidad de una teoría dogmática constitucional que desarrolle y se tome en serio las implicaciones conceptuales y los propósitos de la reforma al artículo 1 constitucional.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.2. SOBRE LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como se mencionó, los derechos humanos han sido reconocidos por la Constitución y con esto se puede decir que ha ocurrido un relativo desplazamiento de las doctrinas sobre las garantías o los derechos constitucionales. Al menos la doctrina constitucional más localista que tenía una concepción muy estrecha de los derechos constitucionales es ahora prácticamente obsoleta, al menos en todo lo que respecta a temas de derechos y sus garantías. Este desplazamiento no significa que, en la práctica, los operadores del derecho hayan cambiado aún sus formas de concebir los derechos, pero es evidente que existe una sensación generalizada de que se necesita un cambio teórico.

Las obligaciones interpretativas, a las que nos referimos antes, implican que ahora los intérpretes tienen que echar mano de teorías de los derechos humanos, lo que genera también el problema de considerar qué tipo(s) de teoría(s) de los derechos humanos puede(n) resultar adecuado(s). No cualquier teoría es apta para esta tarea, se requiere adoptar una teoría que cumpla con ciertas características. Lo más importante es que el intérprete que ha de aplicar derechos humanos *en México* se oriente por teorías coherentes con el nuevo marco constitucional e internacional en torno a los derechos humanos.

Partimos de reconocer entonces que la teoría que se desarrolle tiene que aceptar los lineamientos de un marco jurídico e institucional ya existente. A diferencia de una teoría filosófica-normativa, una teoría constitucional de tipo dogmática debe servir para comprender, explicar e interpretar un orden constitucional determinado. Y para esto hay teorías que no califican.

Muchos jueces y algunos constitucionalistas están muy desorientados al respecto; digamos que intentan resolver este problema pescando de donde pueden, pero la literatura sobre los derechos humanos es tan vasta —y de tan mala calidad en ocasiones— que cualquiera se pierde en ese mar tan revuelto. Para muchos es casi intuitivo acudir a las teorías de los siglos xvii y xviii sobre los derechos del hombre, especialmente a Locke y a teorías iusnaturalistas, para comprender lo que son hoy los derechos humanos. Esta salida tan socorrida tiene enormes problemas. Como

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

ya han señalado James W. Nickel y Samuel Moyn,⁹ entre otros, el primero desde la doctrina contemporánea de los derechos humanos y el segundo desde un punto de vista histórico, las teorías de los siglos XVII y XVIII poco tienen que ver ya con la forma en que hablamos y comprendemos los derechos humanos.

Moyn sostiene que la idea actual de los derechos humanos emerge, en realidad, hace muy poco, ¡en la década de los setenta! Para el historiador de Harvard se trata de una serie de cambios histórico-políticos que tienen que ver con la pérdida de credibilidad del régimen soviético —no con su caída propiamente—, con el conflicto en Vietnam, con la aparición y proliferación de organizaciones no gubernamentales (ONG) enfocadas a temas de derechos humanos —como Amnistía Internacional—, con el surgimiento de la curiosidad de los intelectuales por el tema de los derechos humanos y con que los derechos humanos comenzaron a invocarse como guía de la política internacional de algunos países como Estados Unidos. Los derechos humanos emergieron en tiempos muy recientes como una nueva utopía para lograr otro mundo mejor basado en el respeto y la dignidad del ser humano.¹⁰

⁹ Nickel, James W., *Making Sense of Human Rights*, 2ª ed., Hong Kong-Singapur, Blackwell Publishing, 2007; y Moyn, Samuel, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 2010.

¹⁰ Una interpretación diferente la han hecho algunas autoras desde un punto de vista marxista. Tanto Naomi Klein como Susan Marks han sostenido que en la misma década en que surge el neoliberalismo también surge lo que denominan *el discurso contemporáneo de los derechos humanos*. La relación entre estos dos hechos históricos es, en la actualidad, motivo de un interesante debate entre historiadores y politólogos. Para algunos, el tipo de vinculación entre neoliberalismo y derechos humanos pasa por advertir algo más que una coincidencia histórica, para afirmar un vínculo muy estrecho de mutuo apoyo. Cfr. Klein, Naomi, *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism*, Nueva York, Metropolitan Books, 2007, y Marks, Susan, “Four Human Rights Myths”, en Kinley D., Sadursky, W. y Walton, K. (eds.), *Human Rights: Old Problems, New Possibilities*, Londres-Estados Unidos, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 217-235. Para otros los derechos humanos serían una fuerza o movimiento que podría resistir y oponerse al capitalismo neoliberal, civilizarlo, Kinley, David, *Civilising Globalisation. Human Rights and the Global Economy*, Cambridge, Cambridge, University Press, 2009. Moyn ha sostenido que los vínculos históricos son evidentes, pero falta aún mucho para comprender mejor la relación entre neoliberalismo y derechos humanos. Lo que es claro para este autor es que el discurso de

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La idea central de Moyn es que los derechos humanos representan ahora el nuevo umbral de la moralidad,¹¹ la *última utopía* que vino a desplazar a otras que desde el siglo XIX se habían presentado como opciones viables para la humanidad, especialmente las comunistas. Otros autores han percibido este cambio también, aunque no hayan sostenido una tesis tan tajante como la de Moyn.

Para la gran mayoría de expertos en derechos humanos, el cambio comenzó de manera progresiva desde la adopción de la Declaración Universal en 1948. Nickel, por ejemplo, sostiene que la visión contemporánea de los derechos humanos, contemplada en dicha Declaración y en los subsecuentes tratados de derechos humanos, difiere de las concepciones tempranas —las del siglo XVIII— en tres aspectos relevantes: primero, los derechos humanos son actualmente *más igualitarios*; segundo, *son menos individualistas*, y tercero, *están más orientados al ámbito internacional*.¹²

En primer lugar, son más igualitarios porque se han enfocado a luchar contra la discriminación basada en cuestiones raciales, religiosas, de nacionalidad, de género, de edad y porque se han admitido derechos económicos y sociales para buscar cambios en las condiciones de acceso y de disfrute de los derechos, derechos para mitigar las desigualdades sociales. En segundo lugar, los derechos humanos son ahora menos individualistas porque reconocen distintos grupos humanos y comunidades como sujetos especiales de derechos humanos. Así, diversos tratados se han enfocado en minorías vulnerables, la familia, las mismas mujeres y los grupos indígenas. En tercer lugar, son derechos orientados al ámbito internacional porque su ámbito de protección y acción ha superado el de las fronteras nacionales y las obligaciones de los Estados con sus ciudadanos. Los derechos humanos hoy han rebasado claramente los límites de las fronteras nacionales y sus soberanías, se han creado y fortalecido organismos y mecanismos internacionales de control y de exigencia contra los mismos

los derechos ha sido poco eficaz frente a las reformas neoliberales, Moyn, Samuel, “A powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism”, *Law and contemporary Problems*, vol. 77, núm. 4, 2014.

¹¹ Moyn, Samuel, *op. cit.*, pp. 3-4.

¹² Cfr. Nickel, James W., *op. cit.*, p. 12.

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

Estados, los sujetos de derechos humanos pueden acceder ahora, todavía con limitaciones, a formas de protección internacional.¹³

El problema de hacer coherente la teoría constitucional con una teoría de los derechos humanos pasa por reflexionar qué significa este requerimiento, si basta simplemente con elegir cualquier teoría de los derechos humanos —así parece que muchos están pensando en resolver este problema—; si se trata más bien de que la teoría constitucional sea coherente con las prácticas internacionales en materia de derechos humanos —una manera más acertada de ver el problema—, o si se trata de encontrar o construir una teoría de los derechos humanos y los derechos constitucionales que sea coherente tanto con las prácticas internacionales como con algunos elementos esenciales de las mismas prácticas e instituciones constitucionales. Particularmente, creo que la cuestión es del tercer tipo.

Pero así como es ingenuo pensar que las teorías iusnaturalistas nos pueden ayudar a pensar los derechos humanos, existen otras teorías contemporáneas que también son un riesgo. Pensemos en las llamadas teorías *westfalianas* de los derechos humanos como la de John Rawls (*The Law of Peoples*, 1999). Rawls sostiene que los derechos humanos son solo aquellos que justifican una intervención sobre la soberanía de los Estados, ya sea para imponer sanciones económicas o para justificar una intervención armada. Rawls parte de distinguir los derechos constitucionales o fundamentales que operan en el ámbito doméstico —como los de las democracias liberales— y los derechos humanos que deben funcionar en la arena internacional. La lista de derechos humanos que propuso era muy reducida pues, para él, los derechos humanos han de ser pocos y muy importantes, aquellos que puedan ser reconocidos y aceptados por aquellos Estados que no comparten doctrinas liberales. De modo que la noción de derechos humanos debe abarcar solo aquellos derechos que los Estados nacionales no liberales —Estados jerárquicos— suscribirían.¹⁴

¹³ *Ibidem*, pp. 14-15.

¹⁴ Los derechos humanos para Rawls incluyen solamente el derecho a la vida, la libertad personal, la libertad de conciencia, el derecho de propiedad (personal), y el derecho a un trato igual frente a la ley. No incluye derechos de libertad de expresión y asociación, derechos de voto y derechos de par-

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Con independencia de cualquier mérito teórico que pudiera tener la propuesta de Rawls, una concepción así sencillamente no podría adoptarse porque asume que los derechos humanos tienen una muy limitada aplicación en el ámbito doméstico y principalmente, porque va en contra de la forma en que se habla sobre los derechos humanos en el ámbito internacional¹⁵ y contra los consensos internacionales que existen sobre cuáles son los derechos humanos. Teorías de este tipo no guardan relación alguna con los tratados que se han firmado y establecido sobre los derechos humanos por la mayoría de los países, ni con el papel que han jugado las cortes internacionales y otros organismos en esa materia.

Otro tipo de teorías que serían inadecuadas son las teorías escépticas sobre los derechos humanos. A nivel teórico se vale criticar y poner en duda la existencia y consistencia de la idea de los derechos humanos, pero a nivel de una teoría dogmática esto no es posible,¹⁶ por lo que las teorías escépticas son descartables

ticipación política. Otros derechos estarían para él muy restringidos como el derecho a no ser discriminado por cuestiones de sexo, religión, raza, preferencias sexuales, etc. Tampoco incluye a los derechos económicos, sociales y culturales y ningún otro tipo de derecho semejante a los desarrollados por instrumentos internacionales en tiempos recientes.

¹⁵ Quizá algunos defensores de la concepción rawlsiana no estarían de acuerdo con que esta concepción no da cuenta de las prácticas internacionales; es cierto, de algún modo, que Rawls intentó que su concepción partiera del rol que tienen los derechos humanos en la sociedad de naciones a partir de su idea de razón pública, sin embargo, el rol que les asigna como estándar para la legitimidad de un Estado y para la no intervención de otros es simplemente, como sostiene Beitz, una estipulación, el rol que podemos observar en la práctica es mucho más amplio que el que supone Rawls. Véase Beitz, Charles, *The Idea of Human Rights*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 101.

Los Estados Unidos y algunas otras potencias como China y Rusia, suelen jugar hasta cierto punto al margen del derecho internacional, con sus propias reglas, no suelen sujetarse a tratados en materia de derechos humanos y menos a la jurisdicción de cortes internacionales en la materia, por ende, el discurso de los derechos humanos suele ser más un instrumento de su política exterior con poco o nulo impacto a nivel local. Una concepción como la rawlsiana obedece entonces a esta visión muy estadounidense de los derechos humanos como instrumento de su política exterior.

¹⁶ Como ha sostenido Santiago Sastre Ariza “con la expresión «dogmática jurídica» se acentúa la externalidad del derecho, en el sentido de que

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

para este propósito, con independencia de su plausibilidad teórica o de otro tipo de aportaciones marginales.

Es importante destacar como un criterio fundamental para adoptar —o construir— una teoría de los derechos humanos el que sea compatible con el discurso y la práctica de los derechos humanos a nivel internacional. Puede que esta compatibilidad sea una cuestión de grado, algunas teorías podrían ser compatibles en algunos aspectos, pero en otros no.

Un ejemplo de una teoría parcialmente compatible sería la de James Griffin.¹⁷ Hasta cierto punto, esta teoría puede brindar una concepción aceptable de los derechos humanos y de su justificación. Tiene la virtud de integrar a los derechos sociales como parte de los derechos humanos, pero tiene el grave problema de proponer un solo valor para fundamentar a *todos* los derechos humanos; es, pues, una teoría reduccionista que propone al principio de autonomía como el único fundamento. Esta estrategia reduccionista le genera la necesidad conceptual de negar que los bebés, niños pequeños, algunos enfermos mentales y personas en estado vegetativo sean titulares de derechos humanos, pues son seres humanos que carecen de autonomía o no la tienen suficientemente desarrollada. En la teoría de Griffin esto no significaría dejar de reconocerles otros derechos y que no tuviésemos deberes hacia ellos, en su teoría se intenta que, esta consecuen-

aquella se ocupa de un objeto que se impone «desde afuera» a los juristas, del mismo modo que los dogmas se presentan como cuestiones indiscutibles al discurso de los teólogos. La externalidad del derecho está vinculada [...] con el principio de legalidad en el sentido de que un derecho de base legal o cuya principal fuente es la ley ofrece ya un producto suficientemente acabado o terminado para poder ser concebido como objeto de conocimiento y estudio por parte de la dogmática [...] Me parece acertado remarcar el carácter externo del derecho si a renglón seguido se insiste en que se incardina en una práctica en la que, al mismo tiempo, es construido en un juego de interpretaciones y comportamientos”. Véase Sastre Ariza, Santiago, “Para ver con mejor luz. Una aproximación al trabajo de la dogmática jurídica”, en Courtis, Christian (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, p. 160. Puede verse también el trabajo de Nino, Carlos, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1989.

¹⁷ Griffin, James, *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

cia, no tenga efectos nocivos. Más allá de que esto lo consiga o no Griffin, para una concepción como la que buscamos este aspecto de su teoría se opondría precisamente a la concepción de los derechos humanos que impera tanto en nuestra Constitución como en el derecho internacional.

Otro tipo de teorías que evitan el inconveniente de la teoría de Griffin, que se genera por fundar los derechos en un único valor, es apostar por una teoría pluralista, tal y como lo hicieran Carlos S. Nino o Rodolfo Vázquez.¹⁸ Desde una perspectiva kantiana, tanto Nino como Vázquez apuestan por diferentes valores o principios: la autonomía, la inviolabilidad, la dignidad de la persona y la igualdad. La autonomía protege la libertad de toda persona de elegir libremente su plan de vida y los ideales de excelencia humana sin que el Estado intervenga para imponer alguno en particular. Este principio funda algunos derechos humanos, particularmente varios de los que solemos llamar derechos civiles y políticos. Este principio se opone al perfeccionismo. Por su parte, el principio o valor de la dignidad, ligado a la concepción de Kant, prohíbe tratar a una persona solo como un medio o instrumento para la satisfacción de intereses o deseos de otra, incluso cuando sean una mayoría. Este principio se opone a concepciones utilitaristas o agregativas y a nacionalismos extremos. La dignidad permite fundar derechos humanos básicos como el derecho a la vida, a la integridad, la intimidad, el honor, la identidad, entre otros. El principio de igualdad establece que toda persona pueda contar con recursos necesarios o el acceso a bienes que le permitan llevar a cabo una vida autónoma y digna. Este principio ordena un trato igual entre las personas en condiciones semejantes, y un trato diferenciado si existen diferencias relevantes. Este principio prohíbe la discriminación entre personas por razones que se consideran no justificadas como el sexo, la raza, las preferencias sexuales, el origen social, las creencias religiosas, la apariencia, etc. A su vez, este principio fundamenta los derechos económicos, sociales y culturales.¹⁹

¹⁸ Véanse Nino, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989 y Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-ITAM, 2015.

¹⁹ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 1-8.

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

2.3. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS QUE DEBEN TENER LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y HUMANOS ADECUADAS PARA EL CASO DE MÉXICO

Debemos partir de la idea de que tanto la nueva regulación constitucional como las prácticas internacionales en materia de derechos humanos, especialmente la práctica regional, nos imponen un cierto tipo de *razones institucionales* que condicionan el tipo de teorías que pueden calificar como coherentes con el marco institucional. Intentemos ahora delinear algunos de los rasgos de esta teoría.

2.3.1. Derechos humanos y derechos constitucionales

Una teoría tendría que distinguir entre derechos humanos —cuya fuente jurídica puede ser la Constitución o un tratado internacional— y otros derechos fundamentales que establece la Constitución. La idea de una teoría de los derechos humanos es precisamente establecer los criterios que ciertos derechos cumplen para ser considerados como especialmente importantes, de un peso moral fundamental para la persona; como se ha dicho, se trata de una cuestión del estatus especialmente importante de algunos derechos. Algunos derechos, pese a formar parte de una Constitución, no reúnen tal estatus, por lo que no habría que confundirlos con derechos humanos. Tenemos dos tipos de criterios para establecer qué es un derecho humano: un criterio filosófico y uno político-institucional. Si bien estos criterios pueden operar de forma coherente o armónica, no siempre es así.

Los criterios institucionales nos llevarían a considerar que aquellos derechos que han sido reconocidos como derechos humanos en tratados y declaraciones internacionales *en principio* lo son. También, tales criterios institucionales nos llevan a considerar que si una Constitución se refiere a ciertos derechos como derechos humanos, en principio así tendríamos que considerar-

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

los. Sin embargo, como sostiene John Tasioulas,²⁰ la idea de los derechos humanos es una idea normativa, una idea que requiere de justificación moral (filosófica). Ni la práctica internacional, ni la práctica nacional sirven para autovalidar lo que es un derecho humano. El criterio filosófico o moral es necesario para poder establecer justificadamente lo que pueda contar como un derecho de la más alta jerarquía.

La teoría dogmática de los derechos humanos tendría entonces que reconocer que una Constitución como la nuestra reconoce derechos humanos, pero también otro tipo de derechos a los que dota de una jerarquía especial —constitucional— por razones diferentes a las que sirven como fundamento a los derechos humanos. Esta distinción es tanto teórica como práctica, pues genera necesariamente un tratamiento diferenciado de ambos tipos de derechos. Esta distinción es necesaria, pues de otra forma, confundir los derechos humanos con otros derechos produciría una concepción ininteligible de los derechos humanos. Por ello, lo que sea un derecho humano no puede ser una cuestión que se reduzca al capricho o voluntad de ningún tipo de legislador.

Una consecuencia directa de esta distinción consiste en que los principios interpretativos que antes mencionamos, especialmente el principio *pro personae*, no tendrían que operar tratándose de derechos constitucionales que no son derechos humanos. Estos criterios solo son aplicables a los derechos humanos.

La Constitución mexicana consagra algunos derechos que no pueden ser considerados derechos humanos. Esto los dota de la más alta jerarquía institucional, pero no de la más alta jerarquía moral, los criterios interpretativos reservados a los derechos humanos no serían aplicables para interpretar este tipo de derechos. El artículo 123 constitucional reconoce algunos derechos humanos de los trabajadores, sin embargo, es tan específico en configurar de forma detallada algunos derechos laborales,

²⁰ Tasioulas, John, “The Moral Reality of Human Rights”, en Pogge, Tomas (comp.), *Freedom from Poverty as a Human Right. Who Owes What to the Very Poor?*, Oxford-Nueva York, UNESCO-Oxford University Press, 2007, pp. 75-101.

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

que posiblemente algunas concreciones específicas no cuenten como derechos humanos. Un ejemplo de un derecho constitucional que seguramente no califica como un derecho humano es el derecho de los trabajadores al reparto o participación en las utilidades de las empresas (art. 123, frac. IX, *F*). Otro ejemplo de un derecho constitucional que posiblemente no califique como un derecho humano —aunque sobre ello hay precisamente una discusión teórica— es el derecho de acceso a la banda ancha e internet (art. 6, párr. tercero).

Una teoría constitucional —dogmática— de los derechos humanos tendría como uno de sus propósitos distinguir entre los derechos humanos que están reconocidos en la Constitución y los que, sin ser derechos humanos, son derechos constitucionales. Esta diferenciación será muy importante respecto de otros temas que una teoría constitucional de los derechos humanos tendría que abordar, como el tema del control de constitucionalidad y de convencionalidad, el tema de las restricciones constitucionales a derechos humanos, el tema de la titularidad de los derechos humanos, entre algunos otros.

2.3.2. La teoría tendría que ser consistente con las prácticas internacionales

Hemos señalado que una teoría de los derechos humanos tendría que ser una teoría que encaje con lo que hoy son las prácticas internacionales de una serie de organismos internacionales —cortes de derechos humanos, comisiones, organismos no gubernamentales que se dedican a los derechos humanos—. Esto no significa que una teoría no pueda ser crítica de algunas prácticas, pero sencillamente una teoría que se aparte demasiado de la práctica internacional dejará de ser de utilidad. Este requisito es muy importante y la teoría doméstica que se construya para entender los derechos constitucionales ya no puede dar la espalda a tales prácticas internacionales.

La dificultad de cumplir con este requisito se encuentra en la poca comprensión y conocimiento que se tiene de estas prácticas a nivel internacional por buena parte de abogados y juristas.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Incluso a nivel teórico, la gran mayoría de los constitucionalistas han estado al margen de este conocimiento.

Aquí me referiré a cuestiones menos complejas pero muy importantes. Una de ellas consiste en que la práctica internacional en materia de derechos humanos ha concebido a los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos. Una teoría constitucional actual tendría que darles tal reconocimiento. En México, el problema no es tanto de reconocimiento constitucional, sino que la doctrina constitucional y la práctica judicial terminaron por concebir a los derechos sociales como *derechos programáticos* que no podían invocarse de modo directo —cosa sobre la que volveré en el apartado 2.3.4— y que los medios de exigibilidad, como el juicio de amparo que sirve para los otros derechos, no son considerados una vía adecuada para los derechos sociales. Tanto la doctrina como las prácticas judiciales e institucionales terminaron por separar derechos que el texto constitucional no separaba. Esta manera de pensar subsiste todavía incluso entre ministros de la Suprema Corte y entre algunos constitucionalistas y teóricos del derecho.²¹ Ahora,

²¹ Véase por ejemplo el trabajo de Schmill, Ulises y Silva Nava, Carlos, “Interés legítimo como elemento de la acción de amparo”, en *Isonomía*, núm. 38, abril, 2013, pp. 247-268; donde sostienen precisamente que los derechos sociales son derechos programáticos: “Las normas programáticas no pueden hacerse efectivas mediante decisiones de carácter jurisdiccional, específicamente de amparo, ya sea por imposibilidad fáctica (caso del llamado derecho a la vivienda), o por exceder el dictado de la resolución las facultades del órgano jurisdiccional, como acontece en los supuestos de los artículos 25 y 26 constitucionales (rectoría económica del Estado y planeación económica del desarrollo), pues no es propio de los órganos jurisdiccionales, mediante el dictado de sentencias, sustituirse en facultades discrecionales de otras autoridades”. *Ibidem*. p. 263. Para una crítica véase mi trabajo Cruz Parceró, J. A., “El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva”, en *Isonomía*, núm. 39, octubre, 2013, pp. 185-213, en especial pp. 187, 188, 202 y 203; y aunque ahí no presento los argumentos de fondo para rebatir las ideas de Schmill y Silva Nava, podemos remitir al lector a algunos trabajos que abordan a detalle y rebaten tales argumentos, por ejemplo, Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Londres-Nueva York, WW Norton & Company, 1999; Fabre, Cécile, *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford, Clarendon Press, 2000; Abramovich, Víctor y

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

con la reforma constitucional del artículo 1, al menos para los jueces, magistrados, ministros y constitucionalistas —no lo sería para un teórico del derecho— es inaceptable mantener esa posición. La reforma implica que se acepte a los derechos sociales como genuinos derechos humanos con todas las implicaciones institucionales que se requieran.

2.3.3. Titulares de derechos humanos

Otro aspecto que tendría que desarrollar una doctrina de los derechos humanos tiene que ver con el problema sobre quiénes son los titulares de los mismos. Por supuesto, ya dijimos que teorías que rechazan hablar de los niños o bebés, o los enfermos mentales como titulares, no encajan. Aquí me referiré a dos problemas importantes. El primero consiste en justificar si las personas morales —corporaciones, empresas, asociaciones— cuentan o no como titulares de derechos humanos; el segundo, si algunos grupos, como los pueblos indígenas, cuentan o no como titulares —colectivos— de derechos humanos.

La primera cuestión sobre la titularidad de derechos humanos por parte de las corporaciones es una cuestión polémica.²² Sin embargo, aunque el asunto es esencialmente polémico, en la SCJN al abordarse la cuestión en la contradicción de tesis 360/2013, sorprendió a muchos que la mayoría de los ministros llegaran a una unanimidad —al menos para mí, muy extraña— sosteniendo el criterio de que las empresas sí son titulares de *algunos* derechos humanos. Las razones que se ofrecieron fueron francamente malas. Inicialmente el proyecto de la ministra Margarita Luna Ramos se basaba en una falacia de petición de principio donde se dijo que, aplicando el principio pro persona,

Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Editorial Legis, 2005, Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayos para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, entre muchos otros.

²² De este tema me ocuparé ampliamente en el Capítulo 5 de este libro, aquí adelanto el argumento principal.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

se les debía reconocer derechos humanos a las personas morales, dado que eran “personas”. Si precisamente la controversia recaía en si eran o no titulares de derechos humanos, la aplicación del principio interpretativo *pro personae* no podía usarse como un argumento para decidir esta cuestión. En el engrose, este argumento se sustituyó por otro, que podemos resumir de este modo: dado que las personas morales tienen reconocidos derechos en la Constitución, y por ende son titulares de derechos, entonces son también titulares de derechos humanos. El argumento incurre en el error de confundir los derechos humanos con los derechos constitucionales, tema del que ya hablamos en el apartado 2.3.1.

Pero más allá de la decisión de la SCJN, lo cierto es que no hay buenos argumentos para sostener que las empresas puedan ser reconocidas como titulares de derechos humanos. Es importante destacar que empresas y corporaciones importantes han estado presionando en diversos ámbitos, nacionales e internacionales, para que se les reconozca como titulares de derechos humanos. Estos grupos económicos poderosos han entendido que el hecho de que los derechos humanos cuenten con un estatus más importante podría afectar sus intereses económicos a escala global, en una era donde se habla y se exige mayor responsabilidad a las empresas por violaciones de derechos humanos. Si, en cambio, las empresas lograran posicionar sus derechos —constitucionales o legales— como derechos humanos, con el mismo estatus que el de los individuos, sus intereses se igualarían y de hecho terminarían prevaleciendo como ha sido hasta ahora. Por ejemplo, si una minera canadiense afecta gravemente la salud de las personas que trabajan y viven en una población en México, invocar los derechos humanos a la salud y a la protección de la vida de poco serviría si el derecho a la libre empresa, el derecho de propiedad de tal empresa o el simple derecho que se genera por una concesión pública se consideraran también derechos humanos. La estrategia consistiría en nulificar el peso especial que hoy se le comienza a dar a los derechos humanos en instancias de la administración de justicia nacional e internacional.

El error de no distinguir entre derechos humanos y derechos constitucionales, que no son derechos humanos, genera la falsa idea de que negarles la titularidad de los derechos huma-

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

nos a las empresas implica dejar de reconocerles derechos de los que han gozado desde hace mucho tiempo y que han estado protegidos constitucionalmente. Lo cierto es que la introducción del concepto de derechos humanos coloca a los derechos constitucionales de las personas morales en una posición secundaria en cuestiones interpretativas, cosa que las corporaciones y empresas han visto como un riesgo. En todo caso, considero que en el nuevo marco institucional se impone el reconocer esta diferenciación de derechos —y de titulares—, lo que conlleva a reconocer una cierta supremacía de los derechos humanos, una primacía de la persona, del individuo, frente a las “personas” legales.

El otro problema, el de si ciertos grupos como los indígenas son o no titulares —colectivos— de derechos humanos, suele asociarse al anterior. Se piensa que si se defiende que las personas morales no son titulares de derechos humanos, entonces tampoco lo serían los pueblos indígenas. Esta es una de las razones por las cuales la decisión de la Suprema Corte sobre las personas morales fue vista por muchos activistas en favor de los derechos humanos y, especialmente, de los derechos indígenas, como una buena decisión, desde el punto de vista político. Muchos se cuidaron de criticarla.²³

Pero el problema, me parece, es bien distinto. Consideremos dos razones: la primera refiere a lo que antes llamé el criterio institucional para reconocer derechos humanos. Es cierto que los derechos de los grupos indígenas están reconocidos como derechos humanos dentro del sistema internacional de los derechos humanos. El Convenio 169 de la OIT y una Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) les han dado tal estatus. En estos instrumentos se han reconocido, por ejemplo, derechos colectivos a la libre determinación de los pueblos, a la autonomía, a la lengua, a la cultura, etc. Esto es un hecho. En el caso de los derechos de las empresas, eso no ha ocurrido. La segunda razón sería normativa —filosófico-moral—.

²³ La Corte IDH acaba de emitir una opinión consultiva respecto al tema de la titularidad de derechos humanos por parte de las corporaciones o personas morales, que le viene como balde de agua fría a la SCJN, me ocuparé de ella en el capítulo 5.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Mientras que filosóficamente hay intentos serios para justificar los derechos colectivos indígenas (se sostiene, por ejemplo, que existe una justificación moral fuerte para verlos como titulares de intereses colectivos y que tales intereses no pueden reducirse a meros intereses individuales)²⁴ y para sostener que son derechos humanos, dado que tienen fundamentos similares a los demás derechos humanos (p. ej.: algunos consideran que se fundan en la autonomía, en algún valor como la igual consideración y respeto),²⁵ en el caso de las empresas, nadie parece sostener con buenos argumentos que sus derechos pudieran tener por sí mismos un fundamento similar al de los demás derechos humanos. Esto no implica dejar de reconocer que las personas tienen el derecho humano de asociación y la libertad de empresa, lo que se niega es que la corporación jurídica que se genere —de conformidad con leyes establecidas— tenga por sí misma derechos humanos. Sus derechos se justifican por razones instrumentales —económicas, de eficiencia, de seguridad jurídica, etc.— muy distintas.

La cuestión es compleja, pero es importante que una doctrina de los derechos humanos y de los derechos constitucionales pueda establecer qué grupos sí tienen derechos humanos y cuáles

²⁴ Joseph Raz ha propuesto un argumento para fundamentar moralmente el derecho colectivo de los pueblos a la autodeterminación, su argumentación se basa en valores liberales como la libertad y la autonomía. La autonomía está relacionada con las instituciones, las prácticas sociales y la provisión de bienes colectivos sin los cuales el individuo no lograría tal autonomía. Ciertas comunidades, no cualquiera, cuyas culturas comprenden aspectos significativos de la vida de sus miembros podrían tener entonces un derecho colectivo —dado que no es un derecho que pueda ejercerse de modo individual, ni se reduce a derechos individuales— a la autodeterminación. El valor fundante, la autonomía, es el mismo que sirve para fundar otros derechos individuales básicos. Cfr. Margalit, Avishai y Raz, Joseph, “National Self-Determination”, *The Journal of Philosophy*, vol. LXXXVII, núm. 9, de septiembre, 1990, pp. 439-461; y Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon, 1988.

²⁵ Puede consultarse a Freeman, Michael, “Are there Collective Human Rights?”, *Political Studies*, vol. XLIII, 1995, pp. 25-40; Tasioulas, John, “The Moral Reality of Human Rights”, en Pogge, Tomas (comp.), *Freedom from Poverty as a Human Right. Who Owes What to the Very Poor?*, Oxford-Nueva York, UNESCO-Oxford University Press, 2007, pp. 75-101, entre otros.

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

serían estos. También es importante descartar que a cualquier persona colectiva —persona moral— se le atribuyan derechos humanos en tanto entidad jurídica.

2.3.4. Tipos de exigibilidad

Bajo el nuevo esquema constitucional, todos los derechos humanos y los derechos constitucionales pueden invocarse para controlar la aplicación de otras normas —bajo el sistema de control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad—; todos estos derechos son aplicables directamente en este sentido. Pero, por otro lado, algunos derechos humanos o constitucionales podrían también ser exigibles directamente a través de recursos judiciales como el amparo, mientras sea posible mantener la idea de que otros no puedan ser exigibles de este modo.

Si bien antes se pudo considerar por una parte de la doctrina que algunos derechos constitucionales —o humanos— eran “derechos de papel” que no tenían ningún rol normativo determinante; con los poderes que ahora tienen los órganos aplicadores del derecho, cualquier derecho humano o constitucional puede —y debe— aplicarse directamente para controlar la aplicación de otras normas secundarias. Su función normativa, en parte, consiste en condicionar la interpretación de otras normas, tanto en sentido negativo —rechazar ciertas interpretaciones— como en sentido positivo —fundar o garantizar ciertas interpretaciones—. Los derechos sociales, por ejemplo, ya no pueden verse como meras normas programáticas.

Sin embargo, podemos distinguir otras formas de exigibilidad que se pueden traducir en prestaciones directas o en el cumplimiento directo de los contenidos de los derechos. Es importante que una teoría de los derechos aborde de nuevo esta cuestión, ya no bajo el viejo prejuicio de que los derechos sociales no son derechos exigibles, sino bajo una nueva perspectiva de análisis para definir qué aspectos de un derecho constitucional o humano, que suelen estar reconocidos por normas muy abstractas, son o no exigibles de modo directo y en qué circunstancias. Se trata de desarrollar la idea de que si bien el contenido e implementa-

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ción de los derechos suele requerir el desarrollo de legislación secundaria, hay ciertas circunstancias en que las personas no pueden esperar a que la legislación secundaria se desarrolle; o a que, habiéndolo hecho, haya sido inadecuada o insuficiente para proteger cierto tipo de contenidos especialmente relevantes de los derechos. Los jueces estarían llamados a actuar para proteger dichos derechos, pero se necesita un desarrollo doctrinal que ayude al juzgador en estos problemas.

2.3.5. Restricciones constitucionales

El tema de las restricciones constitucionales cobró relevancia por la manera en que se resolvió la contradicción de tesis 293/2011 y por cómo se adoptó una tesis jurisprudencial que plantea un serio problema interpretativo en torno al rol de las restricciones constitucionales. En esta decisión, y en la tesis correspondiente, se establece que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales forman un “parámetro de control de regularidad constitucional” —o bloque de constitucionalidad—, por lo que no se relacionan estas normas en términos jerárquicos. Sin embargo, se precisó que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá acatar lo que indica la norma constitucional. Esta precisión impone un límite al criterio interpretativo del principio *pro personae* que ordena elegir la norma que mejor desarrolle un derecho humano.

Una teoría constitucional tendría que dar cuenta del tema de las restricciones constitucionales y establecer los criterios para diferenciarlas de meras violaciones a derechos o de restricciones no legítimas. Un estudio reciente de Alejandra Medina Mora, Pedro Salazar y Daniel Vázquez (2015) contribuye mucho en esta tarea. Estos autores hacen un recuento de restricciones constitucionales y encuentran 89 restricciones a 21 derechos.²⁶ El estudio, pese a ser un gran aporte, pues hace algo que nadie había

²⁶ Medina Mora, Alejandra, Salazar Ugarte, Pedro y Vázquez, Daniel, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, 2015, pp. 75 y ss.

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

hecho antes y que justo ahora viene a llenar un hueco importante, pasa por alto la distinción entre derechos humanos y derechos constitucionales a la que aludimos en el apartado 2.3.1.

Si partimos entonces de que no todo derecho constitucional es un derecho humano, y de que la tesis jurisprudencial a que nos referimos alude a las restricciones a derechos humanos, dentro de las 89 restricciones que ellos contabilizan se encuentran algunas que no son restricciones a derechos humanos, sino a otros derechos. En caso de ser restricciones a otros derechos no vale, no les es aplicable la jurisprudencia que sostiene que prevalecerá la restricción constitucional sobre un derecho humano de origen internacional. Simple y sencillamente, la restricción no prevalece sobre el derecho humano porque no es una restricción de un derecho humano. Si de alguna forma llegara a darse un conflicto entre un derecho humano y una restricción a otro derecho constitucional —que no sea un derecho humano— debe prevalecer el derecho humano.

Medina, Salazar y Vázquez sostienen que deben cumplirse algunos estándares internacionales para determinar si una restricción constitucional a un derecho humano es legítima o no. Los estándares consisten en: *a)* que la restricción esté establecida expresamente en una ley —se entiende que en la Constitución—; *b)* que el objetivo de la restricción sea legítimo —se suelen reconocer como legítimos los siguientes fines: orden público, seguridad nacional, seguridad pública, bien común, salud pública y derechos de terceros—, y *c)* que sea proporcional —necesaria y adecuada—. ²⁷ En su estudio, ellos aplican estos estándares a las 89 restricciones identificadas, pero nuevamente pasan por alto que algunas restricciones no son a derechos humanos. Es posible que una restricción a un derecho constitucional que no sea un derecho humano no tenga que sujetarse a este tipo de estándares y, por ende, que haya más flexibilidad para el legislador o para el intérprete constitucional a la hora de establecerlos o interpretarlos. Dejo apuntado aquí este problema, como he sostenido, este trabajo tiene como objetivo abrir una discusión general y no agotar los temas que he mencionado.

²⁷ *Ibidem*, pp. 59-69.

2.3.6. Control de constitucionalidad y de convencionalidad

La distinción entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad ha sido aceptada en varias decisiones de la SCJN. Sin embargo, con lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011 a la que nos referimos en el apartado anterior parecería que si ya no importa el origen de los derechos humanos y estos conforman un “parámetro de control de regularidad constitucional” o el llamado bloque de constitucionalidad, la distinción entre control constitucional y convencional se difumina. Y quizá es verdad con relación a los derechos humanos, pero ello no implica que la distinción deje de tener relevancia. Si aceptamos que hay otros derechos constitucionales que no son derechos humanos, ellos solo permitirían un control de constitucionalidad, serían una referencia para que las leyes secundarias respeten el contenido de esos derechos constitucionales. Sin embargo, convendría reflexionar más sobre las implicaciones de la distinción entre derechos humanos y derechos constitucionales con relación a este punto. No me queda claro cuál sería el fundamento de un control difuso en el caso de esos derechos constitucionales, pues al menos parece que el fundamento jurídico del control difuso se da con relación a los derechos humanos. Dejo abierto este problema con más dudas que ideas sobre cómo abordarlo.

2.4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Parece incuestionable que las repercusiones de la reforma constitucional de 2011 al artículo 1 constitucional son de gran calado para nuestro sistema. La doctrina constitucional tiene hoy un reto muy serio, que como he tratado de defender en este trabajo, implica una seria revisión de carácter teórico. Una de las tareas es adoptar una concepción de los derechos humanos que resulte coherente con lo contemplado en la misma Constitución y con las prácticas internacionales en esta materia. Esto implica tener que usar teorías que satisfagan algunos rasgos relevantes y desechas otras que no lo hacen. El tipo de teoría que se tiene que construir es una de tipo dogmática, pues debemos partir de la

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

aceptación de la norma constitucional y de los tratados internacionales.

En esta revisión se debe también distinguir conceptualmente la noción de derechos humanos —ya sea que provengan o estén reconocidos en la Constitución o en tratados internacionales— y la de derechos constitucionales o fundamentales que no tienen el carácter de derechos humanos. Esta distinción, como he tratado de mostrar, tiene implicaciones al momento de abordar una serie de problemas como los de la titularidad de los derechos, particularmente con relación a la titularidad de las personas jurídicas o morales que no pueden ser concebidas como titulares de derechos humanos, pero sí de derechos constitucionales. La distinción permite aceptar que otras entidades colectivas, como los pueblos indígenas, sí pueden ser titulares de derechos humanos colectivos.

Otros temas en que impacta la distinción se refieren a la distinción entre control de constitucionalidad y de convencionalidad, y con relación a lo que ha de contar como una restricción a un derecho humano. Los principios interpretativos para los derechos humanos que se consagran en el artículo 1 constitucional, a su vez, operan solo para derechos humanos y no para otros derechos constitucionales que no tienen este carácter.

Con este trabajo hemos querido plantear el reto que tiene enfrente la teoría constitucional y dar algunos criterios sobre las profundas implicaciones doctrinales que conlleva la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Desarrollar esta teoría dogmática constitucional debe ayudar a guiar a los operadores del derecho en la aplicación e interpretación de la Constitución y de los derechos que contiene. Los problemas que en este trabajo hemos resaltado no son los únicos que se ven impactados por la reforma, la lista de problemas y el tratamiento a los mismos es todavía una tarea pendiente que tenemos que desarrollar.