

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LAS NORMAS REFERENTES A DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA. CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS LIMITACIONES PARA ASEGURAR SU DEBIDO RESPETO Y PROTECCIÓN

Francisco Javier ACUÑA LLAMAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El contenido esencial de las normas que versan sobre derechos fundamentales en el constitucionalismo moderno*. III. *La positivación de los derechos humanos incardinados en el texto constitucional y la puerta abierta de la supremacía constitucional a los tratados y convenciones internacionales*. IV. *La protección implícita (intranormativa) del contenido esencial de las normas que versan sobre derechos fundamentales*. V. *Las condiciones diferenciadas vs. el concepto de “minorías vulnerables”*. *Un camino para explicar el contenido esencial del valor jurídico del pluralismo y de la no discriminación*.

I. INTRODUCCIÓN

La Carta política de 1917, es un documento inconexo que integra un bloque de preceptos letra muerta, otro más amplio de disposiciones sin desarrollo legislativo y/o retocadas en extremo,¹ entre y dentro de dichos bloques del articulado aparecen los residuos de planteamientos, declaraciones y programas basados en la Revolución mexicana.² La Consti-

¹ Cfr. Valades, Diego, *La Constitución reformada*, México, UNAM, 1987; Madrazo, Jorge, “El problema de la reforma constitucional en México”, *Reflexiones constitucionales*, México, Porrúa, 1994, p. 290.

² Sobre la justificación sin cortapisas al reformismo constitucional basado en las tesis y exigencias de la Revolución Mexicana. Cfr. Madrid, Miguel de la, “La Facultad de iniciativa del presidente de la República”, *Reforma constitucional y legal 1982-1987*, México, 1987; Ruiz Massieu, José Francisco, *Cuestiones de derecho político (México y*

tución en su preceptiva potencia disfunciones que han edificado un presidencialismo sin controles oportunos y una asimetría entre los otros poderes públicos, proyecta un federalismo que no ha logrado concreción y otras contradicciones de considerable entidad.³

Nuestra carta, en estricto realismo es un lienzo normativo que ha experimentado una transformación sin precedente y no siempre para bien, a consecuencia del reformismo arbitrario, la mayoría de los preceptos reformados se han extendido en desmesura,⁴ conteniendo cláusulas y disposiciones que podrían-deberían formar parte de legislación infraconstitucional (ley secundaria y/o reglamento),⁵ sin olvidar que la preceptiva constitucional vigente exhibe omisiones de algunas fórmulas, mecanismos⁶ e instituciones que una democracia constitucional requiere.⁷

Un estudio integral de la Constitución en cuanto a sus aspectos luminosos, alumbrados y sus zonas oscuras, rebasa nuestra intención y posibilidades. Nos centraremos en la contemplación de una sola temática, la que se refiere a las normas constitucionales que versan sobre derechos fundamentales y libertades públicas (derechos humanos).

Un posicionamiento teórico sobre la carta política de cara a proponer su revisión integral o sustitución es ajena a nuestra modesta apreciación, la doctrina nacional recientemente, ha producido obras de gran calidad, individuales y colectivas con planteamientos omniabarcantes del proble-

España), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

³ Aunque sin compartir plenamente con García Eloy, sobre las causas que a su parecer han convertido a México en un paisaje regresivo, en cambio, si coincidimos con él al decir que (nuestro Estado) ha retrocedido del "...constitucionalismo nominal al semántico..." para lo cual invoca a Loewenstein (*Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1976, pp. 218 y 219). Cfr. *El Estado constitucional ante su "momento maquiavélico"*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2000, p. 17.

⁴ Cfr. Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, UNAM, pp. 178 y ss.

⁵ De modo abusivo se ha pretendido en México llevar toda cuestión a la Constitución, vicio conocido como "hiperconstitucionalización" según Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, p. 13.

⁶ Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 188.

⁷ En ese sentido la obra completa de Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, 1996.

ma;⁸ no obstante, podemos sugerir que quizá sea más urgente por ahora, construir los consensos básicos sociales y parlamentarios para definir una revisión general y gradual de la Constitución a futuro y la inserción progresiva en ella de las instituciones que requiere una democracia constitucional convencional (moderna) a lo que llamamos la transición institucional, antes de ir a la aventura de sustituirla por otra Constitución, y por decreto de un improvisado Constituyente repetir la historia de las anteriores Constituciones, inobservadas y burladas en el tiempo.⁹

Nos situamos entre quienes indican la urgencia de un nuevo texto constitucional para coronar la transición a la democracia en México¹⁰ y entre quienes rechazan de plano una nueva Constitución.¹¹ En todo caso podemos avanzar en el diseño de la transición institucional que facilite caminar en el armazón rescatable de la carta vigente y la creación de las instituciones que lo hagan funcionar.

En esa dirección planteamos hacer una escala forzosa —a modo de *ceteris paribus*— que le dé aplicabilidad a la actual ley superior, como

8 Véase en extenso la excelente obra colectiva *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, en la que aparecen las aportaciones de Andrade, Eduardo; Burgoa Orihuela, Ignacio; Carbonell, Miguel; Cárdenas, Jaime; Carpizo, Jorge; Castillo Peraza, Carlos; Concha Cantú, Hugo Alejandro; Córdova Arnaldo, Cossío Daz, José Ramón; Díaz y Díaz, Martín; Fix-Zamudio, Héctor; González Oropeza, Manuel; González Schmal, Raúl; Lujambio, Alonso; Martínez Bullé Goyri, Víctor M.; Melgar Adalid, Mario; Muñoz Ledo, Porfirio; Pedroza de La Llave, Susana Thalía; Rabasa, Emilio O.; Rodríguez Lozano, Amador; Valdés S., Clemente; Valadés, Diego; Valencia Carmona, Salvador; Venegas Trejo, Francisco.

9 Véase de Cossío, José Ramón, “Cuestiones constitucionales. Transición democrática, régimen constitucional y corrupción”, *Este País*, México, diciembre de 1998, desde su singular estilo, con una amplia referencia al mito de la vigencia de las Constituciones anteriores, conviene la lectura del sugerente ensayo de Muñoz-Ledo, Porfirio, “Por una nueva Constitución para refundar la República”, *Hacia una nueva constitucionalidad*, *op. cit.*, pp. 291-302.

10 En esa dirección, Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia*, *op. cit.*, pp. 33-39; González Oropeza, Manuel, “Una nueva Constitución para México”, *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 312-317, entre otros.

11 La vieja escuela, integrada por los grandes constitucionalistas nacionales, entre ellos Burgoa, Ignacio, *Renovación de la Constitución de 1917*, México, Instituto Mexicano del Amparo, 1994; Fix-Zamudio, Héctor en “Constitución renovada o nueva Constitución”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 80 aniversario. Homenaje*, México, Senado de la República-UNAM, 1997, pp. 89 y ss. y Carpizo, Jorge, en numerosas obras, por citar sólo alguna: *La Constitución mexicana de 1917*, 11a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1998, pp. 80 y ss.

fruto de un gran acuerdo nacional que involucre a la representación de todos los actores sociales y políticos del país, se establezca la metodología para arribar ordenadamente a la discusión de una agenda de futuro en materia de reformas constitucionales impostergables.

En camino de esa idea es preciso dar atención a condiciones nuevas que se reflejan en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ha despertado del letargo de ambigüedades y silencios que durante décadas nos privara de una interpretación puntual y decidida de la Constitución, sus valores, principios y reglas y especialmente a precisar el contenido esencial que se debe siempre respetar y que esta alojado en las disposiciones normativas de la carta política; su despertar —el de la Corte— tiene que ver con la capacidad que últimamente ha mostrado dirigida a rescatar definitivamente esa misión de tribunal constitucional que fue testimonial por tanto tiempo y de esa manera construir una interpretación constitucional que resuelva los escollos que la presumible aplicación integral de la Constitución habrá de generar.

Mientras esos acuerdos (consensos básicos) se traducen en realidades al nivel de los órganos legislativos, y el máximo tribunal nos ofrece la interpretación adecuada de la norma fundamental, es posible que entre nosotros brote en paralelo un sentimiento de respeto a la Carta política de 1917 al que podríamos denominar un acto de lealtad a la Constitución. Un acto sin precedente en nuestra historia jurídico-política.

En las democracias modernas y estables, antes que jurar respeto a la bandera se jura lealtad a la Constitución y más que conmemorar revoluciones o epopeyas fundacionales del régimen, se irriga el “sentido de Estado”, a la manera de una actitud cívica que nace de la convicción que todos los ciudadanos poseen de querer vivir conforme a la legalidad que delinea el texto constitucional, sus principios y valores, sentimiento que hace al ciudadano común identificarse plenamente con la casa común (la *Polis*) instituida en el ordenamiento jurídico superior.

La concepción de lo público como referente constitucional permanente¹² pasa por concebir en genérico todo aquello que forma y conforma

¹² Véase en extenso la obra de Cabo de la Vega, Antonio de, *Lo público como supuesto constitucional* en donde enfatiza la necesidad de identificar las distintas acepciones de lo público, como “especificidad orgánico funcional, como garantía, como ámbito y como interés” dentro de una Constitución moderna como la española. *Cfr.* México, UNAM, 1997, p. 286.

un bien esencial y material colectivo y por ende ineludible a todos los habitantes (incluso los que se encuentran aquí de modo transitorio), esa concepción de lo público nos llevaría a entender que la cuestión pública nos pertenece como nos exige un sentimiento estable de compromiso y participación actuante, crítica y solidaria.¹³

Será tarea compleja acuñar el alfabeto de un lenguaje jurídico-político común en el que se inscriban los hábitos y actitudes que requerimos para vertebrar desde la conciencia social las bases de una nueva faz jurídico-política del Estado, de una democracia constitucional,¹⁴ y dicha empresa no tiene por qué partir de una remoción integral de la Constitución, sino de ensayar el diseño del instrumental que esa pretensión requiere de modo ordenado y gradual. El gradualismo participativo es la ruta para incorporar los frutos de una energía renovadora que impulse el encauzamiento de los frentes críticos a las definiciones de lo que es útil y rescatable y a la vez al desecho de los aspectos suprimibles del ordenamiento vigente entero.

El sentimiento democrático que requerimos consiste en una aquiescencia ciudadana de la democracia como valor jurídico superior y su traducción a los comportamientos ciudadanos hacia el Estado, que exige el ánimo suficiente de cumplir el mandato de la ley en lo ordinario, no porque sea más fácil y más simple vivir las reglas democráticas (que las fórmulas de la simulación jurídico-política del entorno preexistente) sino desde la certidumbre de que cada comportamiento democrático individual sintetiza los comportamientos generalizados que a la postre harán posible que todos vivamos incardinados en la legalidad, es decir en la sintonía constitucional.

¹³ Cfr. Häberle, Peter, *El Estado constitucional* (trad. de Fix-Fierro, Héctor), México, UNAM, 2001.

¹⁴ En el sentido en que concibe a la democracia constitucional, es decir, a la democracia como un principio jurídico fundamental del ordenamiento constitucional. Cfr. Aragón, Manuel, "La Constitución como paradigma", *El significado actual de la Constitución*, op. cit., pp. 27 y ss.; *Constitución y democracia*, 1a. reimpresión, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 98 y ss.

II. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LAS NORMAS QUE VERSAN SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

En la politología contemporánea el calificativo de democrático se extiende a un número mayor de regímenes del que en rigor podría ser aceptado por la visión jurídico-política moderna del Estado democrático. Es decir, para los efectos de la presente reflexión prescindiremos de las acepciones que se sitúen fuera del campo teórico que en la actualidad comprende como equivalentes al Estado de derecho, al Estado democrático de derecho o a las democracias constitucionales contemporáneas, alejándonos de las expresiones figurativas que usualmente invocan democracias orgánicas o regímenes autoritarios disfrazados.¹⁵

¹⁵ Las características del régimen autoritario mexicano han sido estudiadas en casi todas sus texturas, en síntesis podemos afirmar que durante ese largo periodo, el país rodaba al calor de la energía gubernativa presidencial y al margen de la preceptiva constitucional (la Carta política de 1917). Véase Molinar Horcasitas, Juan, *El tiempo de la legitimidad. Elecciones, democracia y autoritarismo en México*, México, Cal y Arena, 1993; Silva-Herzog Márquez, Jesús, *El antiguo régimen y la transición en México*, Planeta-Joaquín Mortiz, México, 1999; Escobedo Delgado, Juan Francisco, *Resonancias del México autoritario*, Universidad Iberoamericana-Cátedra UNESCO, México, 2000.

Durante esa etapa se arraigó entre nosotros una realidad fáctica que se desarrolló en tres vertientes: de un lado, un desprecio sistemático por la vinculación de la normatividad vigente, “un desacato autorizado” por los gobernantes de los mandatos, contenido esencial de los preceptos y principios del ordenamiento jurídico; además de una escasa y veleidosa, por ello pobre interpretación constitucional de parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en tercer lugar, un reformismo legal descomunal y a remolque; demostración de un afán por dejar constancia en letra de ley de modas y tendencias de época, experimentalismo irreflexivo (de conjunto) siempre dedicado a construir la gobernación mediante soluciones *ad hoc*, para luego acomodarlas a la estructura legal, diseño y creación de instituciones aisladas, como si la cosa pública fuera fragmentaria o vista sólo en caleidoscopio y nunca de forma integral.

En parte esa tendencia también acusa el absurdo empeño de forzar mediante reformas sucesivas el imposible de que la realidad se ajuste a la ley (modificada por ello de manera continua). A su vez, esfuerzo muchas veces infecundo, cuando no patético; tampoco se puede decir que esa producción legislativa (hija del reformismo) haya sido decorosa ni mucho menos decorativa por la mala fábrica de esas enmiendas, la ausencia de técnicas legislativas regladas e inspiradas en los principios superiores de la Constitución dejaron prohijar toda suerte de adherencias a los textos normativos. A ese reformismo como tendencia le seguía también la suerte de la preceptiva original: la inaplicación; dado que una vez efectuadas dichas reformas, pasaban a correr la misma suerte de la normatividad rectificadora o preexistente. La inobservancia sustancial de su contenido vinculante. Si bien, se acepta el principio universal que señala que toda regla ha de

Rudolf Horn, reconocido jurista alemán, apuntaba en México hace más de una década que el Estado de derecho se funda en la interdependencia de sugerencias y elecciones, de dirección política y diálogo con los representados, de autoridad y participación popular, de actividades indispensables y controles eficaces, de responsabilidad y opinión pública.¹⁶

En pocas palabras, el connotado jurista abarcaba en su definición, una serie de aspectos que entonces no eran ciertos ni demostrables en la realidad mexicana de la década de los ochentas, quizás el jurista alemán quiso ser terso en la dirección de sus palabras al omitir lo único que a mi parecer faltaba a su definición y que era, enfatizar la vigencia efectiva de la Constitución Política o lo que es lo mismo referir que todos esos mecanismos a los que aludía, tendrían que encuadrar el orden constituido de una sociedad libre y abierta, que intenta con dichos procedimientos en conjunto dar respuesta satisfactoria a las exigencias de una convivencia digna y provechosa de normas que versan sobre derechos fundamentales en el constitucionalismo moderno.

La Constitución Política, en México no ha sido entendida como una norma jurídica (la superior del ordenamiento), sino como un programa de convivencia social depositado en un documento de relevancia asociada a la fundación del régimen posrevolucionario; en realidad la Constitución ha sido más veces un símbolo que el instrumento rector del Estado-nación, un símbolo siempre exaltado desde el discurso, que empero ha tenido que

encontrar alguna posible excepción a su verificación y por ello se dice que dicha excepción —de producirse— es confirmatoria de la regla, en el entramado social y cultural mexicano se fue plasmando una objeción a dicho principio. Si para efectos de nuestra argumentación la normatividad vigente jugaba el papel de la regla y su inobservancia eventual la de su excepción, aprendimos como colectivo que acá era distinto, la excepción vino a ser la aplicación puntual de la normatividad y la inaplicación de aquella en su conjunto, la regla.

En pocos contextos jurídico-políticos la simulación ha sido tan poderosa que logró distorsionar entre sus habitantes la noción del *principio de legalidad* característico de las democracias modernas, acostumbrándonos a conformarnos con el *principio de oportunidad* (principio que se basa en la elasticidad de las soluciones al amparo de la ley y que e inclusive llega a ir en la concreción de las necesidades por encima o fuera de la ley). Así a lo largo del tiempo nos encontramos en México dentro de una atmósfera viciada a la lógica correcta de la regla y la excepción.

¹⁶ Rudolf Horn, Hans, “Justicia constitucional y consenso básico, reflexiones comparatistas sobre desarrollos constitucionales, mexicanos y alemanes”, *Homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988.

aguardar parcialmente observado por los agentes públicos y por la ciudadanía, que si bien dicen respetarlo, lo desconocen esencialmente y más aún conculcan los primeros sus disposiciones y los segundos se allanan a dichos comportamientos por temor apatía o ignorancia, pero sobre todo por la percepción de que dicho documento es inaplicable en la realidad.¹⁷

La sensación popular es que la Constitución no existe para ser invocada frente a la autoridad sino sólo para inspirar la actuación de aquella lo que al nivel de la falibilidad humana permite interpretaciones distintas a su preceptiva y por ello aplicaciones discrecionales cuando no distorsivas a su esencia y claro está muchas de éstas acciones públicas afectatorias a los máspreciados valores y principios de la humanidad en contra de personas concretas.¹⁸

La Constitución es el sustento del Estado y son sus normas de principio a fin un sistema conexo de piezas de un todo que exige un desarrollo infraconstitucional armonioso. Los principios y valores superiores del ordenamiento¹⁹ fijan a su vez pautas para la interpretación constitucional y para el desarrollo legislativo de las disposiciones de la norma fundamental,²⁰ aunque es preciso que la Constitución y sus normas sean directamente aplicables, independientemente, de que requieran de un de-

17 La cita textual del enérgico reproche de Nava Gomar; Salvador al respecto nos ahorra comentarios: "...El balance, la indefinición ideológica y pragmática ...al ir dando los bandazos necesarios para subsistir, han tomado a la Constitución como medio, en la creencia de una legitimación y de una defensa de los propios intereses de una política acomodaticia, sin darse cuenta, o dándose, más grave aún, que esa pretendida legitimación sólo ha cobrado al propio sistema un costo irreparable: *el menosprecio constitucional*". Cfr. "Interpretación y Reforma: dos figuras de la dinámica constitucional distintas y complementarias", *Jurídica*, México, UIA, núm. 30, 2000, p. 113; imprescindible la visión de Cossío, José Ramón, "Régimen autoritario y dogmática constitucional", capítulo II de la obra de su autoría *Cambio social y cambio jurídico*, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, pp. 77-141.

18 Una situación parecida a lo que Ferrajoli Luigi, llama en referencia al caso italiano "...así tras la fachada del Estado de derecho, se ha desarrollado un infraestado clandestino...". Cfr. *Derecho y razón teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto Bobbio, Valladolid, Trotta, 1995, p. 9.

19 Cfr. Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

20 Cfr., sobre los principios jurídicos, Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1a. reimpresión, 1993; Atienza Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Madrid, Ariel, 1996.

sarrollo infraconstitucional suficiente.²¹ El desarrollo legislativo de la preceptiva constitucional no significa contraposición alguna a la aplicación directa de la Constitución y sus normas.

Cuando una carta política no señala expresamente un conjunto de principios y valores superiores que informen y conduzcan la interpretación de sus normas y cuando a su vez, las normas constitucionales que albergan disposiciones referentes a derechos humanos pueden ser modificadas sin atender a las restricciones o límites que la protección de su contenido esencial importa en el constitucionalismo moderno, es probable que ocurra lo que en México se ha convertido en un vicio reiterado.²²

Fenómeno que puede explicarse por varios factores: voluntarismo político otrora presidencial ahora legislativo (fabricación defectuosa, asistemática y omisiva de reformas constitucionales y leyes secundarias);²³ la escasa y pobre interpretación de la sarta superior por parte de la Suprema Corte —actuando como tribunal de legalidad y no como tribunal constitucional— durante décadas, elementos que combinados han derivado en un reformismo arbitrario de la propia carta;²⁴ a falta del criterio máximo sobre la directa aplicación de las normas y disposiciones constitucionales, común en las cartas decimonónicas o de evidente influjo decimonónimo como la nuestra, se ha producido un desarrollo infraconstitucional disparate —selectivo— que ha dejado flotando, sin tocar tierra, numerosas cláusulas y disposiciones que pertenecen al primer capítulo de la misma, denominado eufemísticamente “De las garantías individuales”.²⁵

²¹ Cfr. Martín-Retortillo, Lorenzo y Oto y Pardo, Ignacio de, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, citados por Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 36.

²² Véase Arteaga, Elizur, “Errores y vicios institucionales en la Constitución de 1917”, *Congreso Internacional sobre el 75 Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM, 1993, p. 223.

²³ Sobre los procedimientos parlamentarios y los comportamientos que obstruyen o merman la calidad de la legislación, Mora Donatto, Cecilia, *Temas selectos de derecho parlamentario*, México, coed., Universidad Anáhuac del Sur-Miguel Ángel Porrúa, 2001, pp. 41-125.

²⁴ Del todo útiles las explicaciones de Vega García, Pedro de, “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, UNED, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, núm. 1, primer semestre, 1998, p. 330.

²⁵ Cfr. Nava Gomar, Salvador, *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma. La encrucijada mexicana*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2000.

La configuración del primer apartado o capitulado del texto normativo superior se dedica normalmente, a la preceptiva que alberga tanto los principios y valores superiores del ordenamiento entero y de aquellas disposiciones referentes a los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Naturalmente en las Constituciones de estados democráticos modernos es nota común la confirmación textual de ser el bloque de los derechos fundamentales y las libertades públicas el punto de partida de la organización estatal.

Siguiendo a Eusebio Fernández García, no es ocioso afirmar que, en el Estado democrático moderno, los derechos humanos “no son sólo límites al poder político sino además son en sí mismos normas de organización de la convivencia jurídico política”.²⁶

Y a Carlos Santiago Nino cuando subraya “...la única razón válida y justa del Estado es el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de los individuos...”, en otras palabras subraya: “que no existen razones de Estado por encima de las razones (intereses, derechos, necesidades) de los ciudadanos...”.²⁷ “...el derecho es justo cuando reconoce, estimula y garantiza el ejercicio y el respeto de los derechos fundamentales de la población”.²⁸

La Constitución democrática es aquella que organiza al Estado en función de los derechos fundamentales de la población y que prevé su pleno ejercicio y respeto por parte de la autoridad, al ser la Constitución el epicentro jurídico-político del Estado es aceptada por todos como la rectora de la vida en sociedad y por ello surge de todos hacia ella un sentimiento de lealtad a sus principios y reglas.

Ahora bien, la histórica batalla por el reconocimiento paulatino de un catálogo universal de los derechos humanos no cesa en lograr la plasmación de cualquier modo de aquellos derechos fundamentales y libertades públicas en la carta política, esa fue la primera parte de la exigencia, la segunda parte podríamos decirlo consiste en conseguir que la positividad de dichos derechos sea la adecuada, es decir, que la expresión normada de los mismos sea correcta y que la redacción que los alude

²⁶ Cfr. *La obediencia al derecho*, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1998, p. 19.

²⁷ Cfr. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1984, p. 226.

²⁸ *Ibidem*, p. 226.

y explica sea precisa, exenta en lo posible de contradicciones y/o ambigüedades que dificulten su interpretación y aplicación.

III. LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS INCARDINADOS EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL Y LA PUERTA ABIERTA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL A LOS TRATADOS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES

Nuestro enfoque sobre la positivación de los derechos humanos se inclina para estos efectos con las tesis realistas (intermedias entre *ius-naturalistas* y *iuspositivistas*) que proponen la clasificación de Pérez Luño: “...integran este grupo quienes no otorgan al proceso de positivación un significado declarativo de derechos anteriores (tesis iusnaturalista), o constitutivo (tesis iuspositivista), sino que entienden que tal proceso supone un requisito más a tener en cuenta para el efectivo y real disfrute de tales derechos...”²⁹

Es decir, la positivación viene a ser una condición para el desarrollo de las técnicas de protección de los derechos fundamentales, las que finalmente definen (hacen posible) su contenido.³⁰

En cuanto a la cláusula abierta que permite que la Constitución y sus normas sean enriquecidas con la evolución que el derecho internacional de los derechos humanos produce a través de las declaraciones y convenciones sobre la materia, un modelo de obligada referencia en el aspecto que ahora advertimos nos conduce a la Constitución española en cuyo texto del artículo 102 establece: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

De la anterior expresión constitucional se infiere la posición vanguardista de la extensión de criterios de interpretación constitucional emanados de fuentes internacionales.³¹

²⁹ Cfr. Pérez Luño, Enrique Antonio, *Derechos humanos: Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 7a. ed., 2001, p. 16.

³⁰ *Ibidem*, pp. 16 y ss.

³¹ Dicho criterio no altera el régimen de recepción o el valor de los tratados sobre derechos humanos celebrados por España. Sin embargo, si refuerza el papel de dichos

En el caso mexicano, la interpretación de la Constitución en materia de derechos humanos, no encuentra como en el derecho español la obligación de que dicha interpretación se haga conforme a los instrumentos internacionales que sobre la materia haya ratificado el Estado.

En nuestra la ley superior existe una vía para que las convenciones y tratados internacionales ratificados debidamente por el Estado mexicano se conviertan en parte del ordenamiento jurídico nacional.

La redacción del artículo 133 constitucional plantea la recepción de tratados internacionales (de cualquier materia) a formar parte del ordenamiento jurídico como una cuestión de integración al derecho positivo mexicano, pero no como una fuente de interpretación de la Constitución.

Acá la discusión doctrinal se ha centrado en discernir el rango o jerarquía de los tratados internacionales respecto de la Constitución y de las leyes que de ésta emanan.

El viejo criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (recién abandonado) era el siguiente: “leyes federales y tratados internacionales. Tienen la misma jerarquía”.³² No obstante, el criterio del máximo tribunal fue sustituido por el que a la letra dice: “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal”.³³

..Esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano, inmediatamente debajo de la ley fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional...³⁴

tratados en el ordenamiento español y la garantía de su cumplimiento. *Cfr.* Remiro Brotons, Antonio *et al.*, *Derecho dnternacional*, Madrid, McGrawhill, p. 363.

³² Tesis P.C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, octava época, diciembre de 1992, p. 27.

³³ Tesis P. LXXVII/99, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. X, novena época, noviembre de 1999, p. 46.

³⁴ *Ibidem*, p. 46.

Debe reconocerse el tardío posicionamiento de la Suprema Corte al respecto, sin que la resolución del máximo tribunal en sí misma sea del todo acertada pues genera otra clase de confusiones.³⁵

Otra cuestión pero determinante, es que en materia de derechos humanos un número importante de las convenciones y tratados suscritos por el Estado mexicano ostentan reservas, excepciones parciales o interpretativas a su plena adopción.³⁶

Vale subrayar el —una vez más— reconocimiento a remolque de la aceptación por parte del Estado mexicano de la plena jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin duda uno de los pasos más calculados y finalmente ejecutados contra la resistencia histórica desde el ejecutivo y desde el Senado de la República, fundado en un nacionalismo absurdo y precautorio de posibilitar-perfeccionar la sujeción del Estado mexicano al sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

El decreto de aprobación de la Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos surtió efectos hasta el 16 de diciembre de 1998, fecha en que fue presentada a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.³⁷

³⁵ Sobre los frentes críticos a la resolución de la Suprema Corte de comentario véase Carpizo, Jorge, “Cuestiones constitucionales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 3, 2000; Corzo, Edgar, “La nueva jerarquía de los tratados internacionales”, *Este País. Tendencias y opiniones*, México, núm. 107, febrero de 2000, pp. 34 y ss.; Pereznieto Castro, Leonel, “El artículo 133 constitucional: una relectura”, *Jurídica*, México, Universidad Iberoamericana, núm. 25, 1995, pp. 265 y ss. y Siqueiros, José Luis, “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, México, vol. VIII, 2000, pp. 111 y ss.

³⁶ Por citar dos ejemplos de reservas al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, al artículo 13, por la taxativa del artículo 33 de la Constitución sobre la expulsión sin previo juicio a los extranjeros y al artículo 25 subpárrafo b, sobre limitaciones a los ministros de culto establecidas en el artículo 130 de la Constitución mexicana.

³⁷ ARTÍCULO ÚNICO. Se aprueba la siguiente Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

I. Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados

La mayoría de las Constituciones —que como la nuestra— fueron forjadas bajo el influjo del constitucionalismo decimonónico incurren en serias deficiencias en materia de previsiones normativas adicionales para asegurar la integridad normativa de las disposiciones que versan sobre cuestiones fundamentales y que de esa manera su contenido no pueda ser alterado por el legislador.³⁸

La misión y el objetivo de entonces era simplemente (no era cosa menor) el insertar en las disposiciones constitucionales los contenidos referentes a dichos derechos y bastaba con ello. Naturalmente la tercera parte de un propósito integral al respecto en el constitucionalismo moderno reviste una empresa más ambiciosa y delicada, además de ser determinante la manera en que dichos derechos fundamentales y libertades públicas se encuentran planteados en la preceptiva constitucional.

Es indispensable, que en la misma norma superior se contengan los mecanismos para asegurar la integridad y respeto al contenido esencial de dichos preceptos, la razón, la de prevenir que durante el desarrollo infraconstitucional por parte del legislador ordinario o por parte del órgano revisor de la Constitución se altere dicha sustancia o se vacíe de contenido.

Ese conjunto de disposiciones y mecanismos actúan como verdaderos diques al trabajo del legislador ordinario y eventualmente del Constituyente revisor como garantías implícitas que la Constitución establece para asegurar la fidelidad de la producción normativa regular en relación al contenido esencial de dichos preceptos de la Constitución; además, de ser necesaria la existencia de un cuadro de instrumentos (técnicas

Unidos Mexicanos.

2. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente será aplicable a los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de esta declaración, por lo que no tendrá efectos retroactivos.

3. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace de carácter general y continuará en vigor hasta un año después de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifiquen que la han denunciado.

³⁸ Me refiero a las Constituciones hijas de esa conocida tendencia *napoleónica* que a decir de Jellinek, citada por Rubio Llorente, Francisco, "...que son simple despotismo de apariencia constitucional...", en "La Constitución como fuente del derecho" en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes del derecho*, Madrid, 1979, vol. 1, p. 61.

garantistas) que vigilen mediante intervenciones diferenciadas, el respeto sostenido por parte de las autoridades públicas durante las múltiples situaciones en que su contacto con la ciudadanía para la prestación de los servicios públicos pone en riesgo su eficaz observancia o lo que es lo mismo, las técnicas garantistas vienen a servir de instrumentos de intervención puntual ante las violaciones a los derechos fundamentales de la población; cada una de dichas técnicas, por su vía y método intentan corregir, rectificar, reimpulsar y reparar los efectos perjudiciales de la actuaciones públicas que han lesionado o están en el camino de conculcar derechos fundamentales y libertades de la población.

De esa manera la previsión del Constituyente de un Estado democrático, descansa en construir todo un cualificado sistema de mecanismos que en principio evitan que la preceptiva constitucional referente a derechos humanos y libertades públicas se distorsione durante su desarrollo legislativo o durante su aplicación.

En paralelo el Constituyente edifica un conjunto de instituciones y procedimientos jurisdiccionales y extrajurisdiccionales, complementarios entre sí, exclusivamente dedicados cada cual y por su vía de intervención distinta a efectuar la protección concreta de los derechos fundamentales y las libertades públicas de la ciudadanía frente a los actos ordinarios de las administraciones públicas.

Una tarea tan compleja en la práctica no era posible le fuera confiada a una de estas técnicas garantistas en exclusivo, el Constituyente moderno sabe muy bien que en esta cara empresa, la de asegurar el respeto y la protección efectiva de los derechos más elementales de la población no puede haber un solo camino o vía idónea sino un conjunto de instrumentos que de manera independiente pero complementaria aseguren una misión tan extraordinaria.

Ni el juicio de amparo (en México sobre dimensionado),³⁹ ni la acción de inconstitucionalidad de reciente cuño, ambos como técnicas de carácter jurisdiccional, pueden ser suficientes, es insustituible dentro de esa misión integral el incluir a las técnicas extrajurisdiccionales de protección de los derechos humanos, en México denominadas “organismos

³⁹ Reflejo de un sentimiento creciente de ánimo crítico en torno a las numerosas deficiencias de la legislación de amparo vigente puede valorarse en el *Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos*, México, SCJN, 2000, p. 230.

públicos para la protección y defensa de los derechos humanos” este sistema nacional de protección no jurisdiccional lo integran la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las treinta y dos expresiones institucionales análogas, cuya competencia se constriñe a su respectiva entidad federativa.⁴⁰

La joven experiencia del *ombudsman* mexicano y sus treinta y tres entidades análogas (la CNDH, la del Distrito Federal y las de cada entidad federativa) evidencian aspectos que aun no son debidamente analizados sobre el papel del *ombudsman* en el entorno mexicano actual; persisten limitantes a sus competencias y quizá también, las comisiones públicas de derechos humanos no han sabido y/o podido, colocarse plenamente ante la percepción pública en el sitio adecuado a efecto de ir construyendo un acervo común de prestigio y credibilidad.

De suyo la aventura de incorporar en México la figura del *ombudsman* en el diseño evolutivo de la CNDH y en el reflejo inercial de las figuras similares de corte local no ha estado exento de dislates al haber sido el fruto de un experimentalismo institucional, para operar ante una sociedad poco instruida y menos aún acostumbrada a enderezar la vista frente a la autoridad en exigencia de sus derechos (desconocedora de los mismos en su significado esencial) y víctima a la vez de una autoridad pública experta en atropellarlos y de la cual surgió una poderosa corriente adversa a su protección por la vía no jurisdiccional.⁴¹

40 Afuera de Escandinavia, no es ni ha sido fácilmente exitosa la cara empresa de instalar un *ombudsman* que se considere tal; el riesgo del experimento se incrementa porque la atmósfera a la que se introduce un mecanismo de depuración del medio público (de potabilización) no puede funcionar en automático si en dicho entorno no se registran las condiciones mínimas de una democracia constitucional, que entre otras cosas, descansa en la certidumbre y eficacia de sus normas e instituciones y en la presumible y demostrable aquiescencia de aquellas por parte de la ciudadanía.

41 La ilusión óptica de la sociedad ante la CNDH original, ocurre como reacción de una población poco permeable a entender el surgimiento repentino de un instrumento “milagroso” para resolver todas las carencias y dolencias sociales acumuladas en el tiempo. Al proceso de maduración institucional de la CNDH le ha hecho daño la apología sin precedentes que se construyó en torno a la figura original, tendencia triunfalista y acrítica que abrió la puerta a reveses en menoscabo de la extensión y eficacia de sus potestades al tenor de la Constitución y de la ley. La confusión ante el asombro y el escepticismo ha sentado pésimos precedentes, si bien, se hizo una gran campaña de difusión de las bondades del ente creado (CNDH) proclamado como un auténtico *ombudsman* lo cual era exagerado; dicha empresa fue imprecisa del alcance técnico de los asuntos de su competencia y carente de la distinción entre lo que son conductas públicas eventualmente violatorias de los derechos humanos y actos entre particulares que por ser lesivos en sí

Su implantación ha sido una invocación gradualmente aproximada a la figura del *ombudsman* y la evolución de la CNDH, la instancia de corte nacional ha tenido por lo menos tres fases de desarrollo institucional,⁴² de haber sido creada en 1990 por decreto presidencial y mediante el diseño en precario de un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, alcanzaba un mejor pero aun controversial estatus orgánico, al ser tímidamente prevista su existencia en la Constitución, artículo 102-B y ser creada mediante la Ley de la Comisión Nacional de

mismos pudieran equipararse con las primeras y que naturalmente estarían fuera de la competencia del organismo. Se hizo sentir que la sola creación de la CNDH (cual espantapájaros) impediría continuara la tortura, la represión y la omisión indebida de la autoridad. En un entorno en el que la simulación predominaba sobre la certidumbre de legalidad del acto público. Luego, el discurso de la CNDH se empeñó en certificar que la tortura había sido prácticamente erradicada de la realidad mexicana. Nada más falso. El círculo vicioso de impunidad-corrupción que ha larvado nuestros sistemas e instituciones de procuración e impartición de justicia generó el sentimiento popular de que era una contradicción instalar un organismo para exigir la protección de los derechos de las personas sujetas a una investigación judicial, cuando para las víctimas del delito había y persisten serias desventajas a la luz de la misma Constitución.

⁴² Tendría que haberse calculado el riesgo de comentario, la incorporación de un *ombudsman* sólo podría haber sido acompañada felizmente de una reforma integral de la procuración de justicia (que abandonara el sistema inquisitorial por el persecutorio que desluge al Ministerio Público persecutor del que sea acusador ante juez) y que a su vez dotara de plena autonomía al ministerio público y con ello tamizar el dogma del monopolio del ejercicio de la acción penal por parte de la autoridad ministerial; que renovara y recondujera la filosofía policial, haciéndola científica y mejorándola mediante programas de capacitación, incentivos y estímulos a través de un auténtico servicio civil de carrera policiaca; la transformación del sistema de administración de justicia, se debe discutir si se retorna al juicio oral en materia penal, y se incorpora la figura del juez instructor y la del juez de resolución; revitalizando la defensoría de oficio, etcétera. Sin embargo, se optó por depositar sobre la CNDH demasadas expectativas y desde la misma CNDH se dejó de hacer hincapié en el hecho de que sólo podrían considerarse técnicamente violaciones a los derechos humanos los efectos provenientes de conductas públicas tanto en acción como en omisión, pero quizá faltó precisar que nunca la competencia de la CNDH podría conocer de las conductas de particulares respecto de otros particulares que exclusivamente deben entenderse como delitos y que de cuya salvaguarda y eficacia si estaría en genérico a cargo del Estado, ello pensando que existieran mínimos de seguridad pública y de seguridad jurídica a favor de la población que es obvio referir no existen.

Al no haber parámetros adecuados para medir los mínimos de seguridad pública, de transparencia de la gestión pública y de rendición de cuentas de los actores públicos que en una democracia consolidada se dan por ciertos, se fue sedimentando una percepción de enorme suspicacia sobre el arribo de la CNDH.

los Derechos Humanos de 1992 en la que se le confiere el modesto y contradictorio estatuto de un “organismo descentralizado de la administración pública”; la tercera etapa de vida institucional de la CNDH inicia tras la reforma constitucional de 1999 que transformara a la institución en un organismo constitucional autónomo, cuyo titular será en lo sucesivo electo por las dos terceras partes del Senado de la República, desvinculándolo de Ejecutivo Federal.⁴³

IV. LA PROTECCIÓN IMPLÍCITA (INTRANORMATIVA) DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LAS NORMAS QUE VERSAN SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Cada norma que versa sobre derechos humanos ha de ser resguardada de alteraciones que le hagan perder o modificar su contenido esencial (restricciones auténticas a la alteración de la integridad normativa). Los conceptos jurídicos indeterminados, vaguedades o lagunas sólo podrán ser resueltas mediante la interpretación del centinela de la Constitución que es el tribunal constitucional.

Así las cosas, la protección del contenido esencial de las normas que versan sobre derechos humanos, es el blindaje a la esencia de las normas de esta calidad, es decir, dotadas de un contenido especialmente significativo para la democracia constitucional. La noción del contenido esencial de normas sobre temas estratégicos de la Constitución (derechos fundamentales, fórmula política y procedimiento de reforma de la Constitución) modulan el desarrollo del ordenamiento jurídico y conducen el equilibrio que debe observarse en términos de respeto irrestricto por parte del legislador y del juez al momento de efectuar su desarrollo legislativo y al de su aplicación al caso concreto.

La redacción del texto normativo constitucional, en ocasiones, las más frecuentes configuran la definición o delimitación directa del derecho fundamental, otra veces la definición es indirecta, en esos casos la norma

⁴³ Véanse dos enfoques sobre dicha reforma constitucional: Pérez López, Miguel, “La autonomía alcanzada. La reforma del marco constitucional de los órganos protectores de los derechos humanos”, *Quórum*, México, año VIII, núm. 68, 1999, pp. 49-63; Acuña Llamas, Francisco Javier, “Los derechos humanos en el México de fin de siglo. Reseña de la reciente y magra reforma del artículo 102-B de la Constitución”, *Quórum*, *op. cit.*, pp. 35-48.

constitucional apodera al legislador a culminar la definición presupuesta en la norma superior.⁴⁴ Lo que en ningún caso admite una participación legislativa que distorsione la esencia del derecho fundamental.

Si bien los derechos subjetivos públicos no son ilimitados, los límites a los mismos solo pueden ser consecuentes al principio de la armonía del texto constitucional y dichos límites que no limitaciones (que es un concepto arbitrario)⁴⁵ deben encontrar sustento en el ejercicio de los derechos del titular que se considera en el trance riesgoso de una decisión jurídica violatoria de aquellos en su perjuicio y la ecuación resultante de la contemplación de otros límites que pueden encontrar sustento en los derechos de los demás y en el bien común en beneficio de la eficacia de tales derechos.⁴⁶

Como lo señala Häberle: “...los derechos fundamentales no garantizan tan solo la actividad del individuo (agregaríamos, aislado) ...sino que cumplen una función social, están condicionados por otros bienes constitucionales tutelados y configuran la base funcional de la democracia...”⁴⁷.

Y así recalca: cualquier ejercicio de derechos fundamentales es actividad social en mayor o en menor medida.⁴⁸

Los derechos fundamentales encuentran entre sí, un “valor preferente”, una prelación o jerarquía fijada por el grado de protección que atiende al bien jurídico que tutelan, y por ello gozan de una protección inmediata o preventiva mediante los mecanismos de protección implícita o intra-

⁴⁴ Cfr. Rubio-Llorente, Francisco, “La configuración de los derechos fundamentales en España”, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José de Costa Rica, 1998, pp. 1335 y ss.

⁴⁵ En ello, mantenemos un enfoque distinto al que para el término limitación sustenta Jiménez Campo, Jaime, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías...*, op. cit., pp. 37 y ss.

⁴⁶ Cfr. Bilbao Ubillos, José María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1997 y de García Torres, J. y Jiménez Blanco, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Tecnos, 1986.

⁴⁷ Cfr. Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1983, citado por Gavara De Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 100 y 101.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 100.

normativa (la reserva de ley; la inafectación por la legislación delegada (reglamentos administrativos); el compromiso del constituyente revisor de someter su modificación a la soberanía popular (referendum) etcétera.

El contenido esencial de dichas normas requiere además de una protección reforzada mediante las técnicas garantistas extranormativas o institucionales, las clásicas de corte jurisdiccional: como el amparo jurisdiccional; amparo constitucional; el *habeas corpus*, etcétera; la protección no jurisdiccional (fundamentalmente la del *ombudsman*) y además para paliar efectos de disfunciones públicas y de servicios entre particulares de carácter patrimonial, la que proporcionan los mecanismos alternativos a la solución de controversias.⁴⁹

1. *La reserva de ley*

Históricamente, la reserva de ley vino a colocar un dique a las intervenciones del Poder Ejecutivo (del rey) en defensa de la esfera individual.⁵⁰ La evolución del Parlamento, a través de las reservas de ley y otras técnicas de control político, contribuyeron definitivamente a la ecuación de una paulatina sujeción del rey al parlamento. La intervención directa del Ejecutivo en determinadas materias fueron condicionadas la previa determinación por parte del Legislativo mediante un acto normativo de carácter general,⁵¹ evitando así que la aplicación de las leyes confiadas a la potestad administrativa del Estado fueran rebasadas en sus alcances por el voluntarismo del Ejecutivo. En la actualidad la reserva de ley constituye un freno forzoso al legislador y al juez en cuanto de un modo distinto éstos intervienen para dar satisfacción a un mandato constitucional referente a derechos fundamentales.

La reserva de ley ha merecido un extenso tratamiento por parte de la doctrina, inicialmente alemana (Schneider, Starck, Stern, Krebs, entre otros)⁵² la riqueza doctrinal al respecto ha planteado una serie de su-

⁴⁹ Sobre las características de dichos mecanismos, *cfr.* Sarre Iguíñez, Miguel, *Perspectivas de los mecanismos alternativos para la solución de conflictos con contenido patrimonial en México*, México, Centro de Estudios de Derecho Público-ITAM, 2001, p. 179.

⁵⁰ *Cfr.* Gavara De Cara, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 137.

⁵¹ *Ibidem*, p. 137.

⁵² *Cfr.* Krebs, Walter, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, Druncker & Humboldt, 1975; Starck, Christian, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, trad. de

puestos y de suyo le ha brindado a la reserva de ley diversas cualidades no exentas de enfoques teóricos discrepantes, en lo sustantivo la reserva de ley implica por lo menos dos cuestiones centrales.

La reserva de ley impone un condicionamiento a la intervención judicial directa en el ámbito del derecho fundamental, que guía al juzgador a efectuar la ponderación y ajuste entre derechos a favor de personas concretas dentro del proceso jurisdiccional, como ejemplo en la Constitución española artículo 53, que implica que los tribunales sobre ciertas materias (en este caso de normas constitucionales referentes a derechos fundamentales) han de anteponer el exámen de legalidad al de constitucionalidad.⁵³

La reserva de ley, significa sobre todo la obligación que pesa sobre el Parlamento de regular el mismo determinadas materias mediante ley, por tanto la prohibición que puedan dichas materias ser remitidas al Ejecutivo para su regulación mediante norma reglamentaria.

Por mandato constitucional que atiende a la materia que se precisa defender del determinismo del Ejecutivo, se establecen reservas de ley para asegurar que el Ejecutivo no pueda acudir mediante su potestad reglamentaria a desarrollar directamente la preceptiva constitucional, sino a desarrollar en tales casos la norma legislativa que a su vez desarrolla las referidas normas constitucionales.⁵⁴

Luis Legaz y Lacambra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979; Jesch, Dietrich, *Ley y administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, trad. de Manuel Heredero, Madrid, Centro de Estudios Administrativos, 1978; Ross, ALF, *Lógica de las normas*, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 90 y ss.; Marín Hernández, Rafael, "Derecho subjetivo: análisis lógico de un tema de doctrina general del derecho", *Estudios de filisofía del derecho en memoria y homenaje al catedrático D. Luis Legaz y Lacambra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1983, pp. 502 y ss.

⁵³ STC, 86/1985. Cfr. Requejo Pagés, J. L., *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, 1989, pp. 138 y ss.; Díez-Picazo, L. M., *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991, pp. 111 y ss.; Muñoz Machado, S., "La reserva de jurisdicción", *La Ley*, Madrid, 1989, capítulo II.

⁵⁴ Cfr. Rebollo, M., "Juridicidad, legalidad y reserva de Ley. Como límite a la potestad reglamentaria", *RAP*, 1991, citado por Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, p. 69.

2. *La inafectación por la legislación delegada (reglamentos administrativos)*⁵⁵

Si bien la reserva de ley, como límite al Legislativo testimonia una vez ésta instalada por la Constitución la imposibilidad de que en ciertas materias (reservadas) sea posible el desarrollo infraconstitucional inmediato, por parte del Ejecutivo. El subtítulo nos obliga precisar que en una democracia constitucional, en ningún caso, respecto de normas constitucionales que versan sobre derechos fundamentales es admisible que ocurra la legislación delegada (reglamentos administrativos).

En consecuencia, el desarrollo legislativo de las normas que versan sobre derechos fundamentales y libertades públicas debe efectuarse mediante ley y no a través de ley secundaria simple sino de ley general.⁵⁶

En efecto cabe aquí además hacer la aclaración de que para el desarrollo infraconstitucional de materias cuyo contenido esencial sea necesario preservar, la referida regulación se efectúe mediante ley orgánica, es decir, ley a prueba de mayorías o de *quorum* reforzado. Precisamente porque la deliberación parlamentaria que implican dichas materias reviste la mayor importancia y deben estar por encima de la mayoría que hace gobierno. De esa manera se salva la posibilidad de que el Ejecutivo obtenga leyes a la medida de su interés sobre cuestiones que por su trascendencia exigen el máximo consenso posible o un consenso básico.

3. *La sujeción del Constituyente Revisor de someter las modificaciones a las normas que versan sobre derechos fundamentales a la soberanía popular (referendum)*

La reforma constitucional es en sí mismo un asunto de gran relevancia en el Estado democrático moderno. Las Constituciones nacen para durar en el tiempo, empero la actualización de sus normas puede y debe verificarse a través de la puntual interpretación que de esas normas realiza el tribunal constitucional, antes de favorecer el criterio simplista —fa-

⁵⁵ Cfr. Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley...*, op. cit., pp. 56 y ss.

⁵⁶ Cfr. Díez-Picazo, L. M., “La Constitución y las fuentes del derecho”, *REDA*, 21, 1979; Montilla, J. A., *Las leyes singulares en el ordenamiento español*, Madrid, Civitas, 1994.

vorito entre nosotros— de ir sin mayores obstáculos a reformar la Constitución de manera permanente como ha ocurrido en México.

Como lo señala Guastini “...en algunos sistemas constitucionales existen también límites sustanciales (de contenido) a las leyes constitucionales, de forma que la Constitución autoriza su reforma en general pero al mismo tiempo prohíbe absolutamente la reforma de una parte determinada...”.⁵⁷

La idea fuerza radica en enfatizar que en las Constituciones rígidas, es perfectamente válido y lógico que la Constitución establezca la sustracción a la reforma, de determinadas materias del mapa constitucional, cuando así lo dispone lo que el Constituyente hace es fijar límites referidos al objeto de regulación.⁵⁸

En esa línea argumental y en atención a preservar el contenido esencial de las normas que versan sobre materias vitales para la democracia constitucional, es posible establecer condiciones previas a la reforma constitucional que se convierten en auténticos límites (aunque no insalvables) referidos al objeto de regulación. Mientras que en el supuesto anterior dichos límites juegan el papel de una prohibición absoluta, en el supuesto que ahora abordamos se convierten en un mecanismo adicional —condicionante— del proceso de revisión constitucional, que atiende a evitar que el legislador ordinario instaurado en Constituyente revisor pueda ir a modificar aspectos normativos que contienen cláusulas de contenido reservado.

Como lo anunciamos en el subtítulo, en relación a las normas que versan sobre derechos fundamentales debiera establecerse un mecanismo similar, sujetando el impulso reformador de la Constitución a la consulta popular.

V. LAS CONDICIONES DIFERENCIADAS VS. EL CONCEPTO DE “MINORÍAS VULNERABLES”. UN CAMINO PARA EXPLICAR EL CONTENIDO ESENCIAL DEL VALOR JURÍDICO DEL PLURALISMO Y DE LA NO DISCRIMINACIÓN

El estudio de los derechos humanos para efectos de su metodología expositiva se ha planteado tradicionalmente a través de clasificaciones

⁵⁷ Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara-UNAM, 2001, p. 56.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 56.

de estos derechos humanos en una serie de bloques pertenecientes a *generaciones*, *primera*, *segunda*, *tercera*, *cuarta*, etcétera, que se dice no eluden la indivisibilidad de tales derechos.⁵⁹

Probablemente se trata de un planteamiento teórico superado, porque dichas generaciones más bien reflejan el reconocimiento cronológico que han ido teniendo los derechos civiles y políticos seguidos por los de contenido económico social y cultural y los derechos de solidaridad, en el arco histórico de su sistematización para fines de estudio.⁶⁰

El problema de fondo, de esas clasificaciones, son las posibles —y frecuentes— colisiones en favor del ejercicio extensivo de los derechos humanos de una misma persona o grupo de personas que en un momento dado invocan a su favor bienes jurídicamente encontrados.⁶¹

En una democracia constitucional y moderna el referente de ciudadano común debe ser uno, y uno aplicable para todos y en simultáneo el ordenamiento jurídico debiera (es propuesta) reconocer las *condiciones diferenciadas* que por razones de edad, sexo, origen o pertenencia étnica, salud o enfermedad; incapacidades físicas y/o psíquicas transitorias o permanentes, nivel socioeconómico, etcétera, existan en quienes invoquen encontrarse en una o varias condiciones diferenciadas para reclamar al Estado el goce efectivo de algún o algunos derechos fundamentales.

La regla es la igualdad presumible de los ciudadanos, la condición general en la que dentro de la democracia tienen todos los habitantes al margen de su origen o situación migratoria y la de los nacionales que por contar con la mayoría de edad gozan de derechos, de prerrogativas políticas y de deberes (el servicio militar, emitir sufragio, el pago de impuestos, etcétera); las excepciones a dicha regla, no hacen enteramente distintos a los ciudadanos que las experimentan; sólo se requiere que a

⁵⁹ Cfr. Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, 1987.

⁶⁰ Véase en extenso la obra de Álvarez Ledesma, Mario I., *acerca del concepto derechos humanos*, México, McGraw-hill, 1998; partidario de la clasificación tradicional de la doctrina sobre las generaciones de los derechos humanos, véase Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1991, pp. 189-191. Desde un enfoque escéptico a la conveniencia de tales clasificaciones. Cfr. Squella Barducci, Agustín, *Estudios sobre derechos humanos*, Valparaíso, Chile, Universidad de Valparaíso, Escuela de Derecho, 1991.

⁶¹ Cfr. Häberle, Peter, *op. cit.*, p. 101.

la luz del derecho se reconozca un tratamiento especial para quienes viven una *condición diferenciada* que les permite exigir al Estado dicho tratamiento especializado, para de esa manera en lo posible, sean homologados con el resto de la población que se encuentra dentro de la regla o condición general.

La tesis de las *condiciones diferenciadas* la invocamos como alternativa de la noción de “minorías vulnerables” que es un concepto no exento de ser instrumentalizado por enfoques ideológicos o religiosos,⁶² que llevados al extremo generan más conflictos⁶³ que posibilidades de vivir la tolerancia, como valor jurídico y como práctica conciente, máxima aspiración de las democracias estables.⁶⁴

De otro modo, bajo la idea de derechos de minorías vulnerables, la tendencia creciente nos empuja a ir reconociendo jurídicamente la existencia de una tipología variada de derechos ciudadanos para cada clase, gremio o sector social y lo que es peor a certificar (aún sin pretenderlo) que existen diversos tipos de ciudadanos dentro de una comunidad que se supone se encuentra vertebrada bajo el principio de la igualdad jurídica de sus integrantes.⁶⁵

Lo que tarde o temprano siempre nos conducirá a buscar la defensa y la protección plena de los derechos de cada parte de la sociedad⁶⁶ —a veces— yendo en el discurso y en las proclamas de cada causa contra los derechos de los otros, lo que desemboca en la creación de un falso compendio de derechos fundamentales para cada tipo o clase de ciudadanos. Una especie de taxidermia de especies de individuo o de ciudadanos, nada más contradictorio a la tesis de la igualdad jurídica.

⁶² En similar sentido, Hübner Gallo, Jorge Ivan, *Los derechos humanos*, Santiago, Jurídica de Chile, 1994, pp. 95 y ss.

⁶³ Desde una concepción ideológica de los derechos humanos, por citar alguna, *cfr.* Massini Correa, Carlos I., *Los derechos humanos. Paradojas de nuestro tiempo*, Santiago de Chile, Alfa Beta impresores, 1989.

⁶⁴ Bobbio, Norberto denomina a la democracia una costumbre: “costumbre de la tolerancia, de la lealtad, de la buena fe y del respeto...”, citado por Cisneros H., Isidro, *Los recorridos de la tolerancia*, México, Océano, 2000, p. 123.

⁶⁵ *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2a. ed., 2001.

⁶⁶ Para identificación: “Los derechos fundamentales implican bienes jurídicos constitucionales sujetos a una condicionabilidad mutua ya que todos se hallan relacionados entre sí y con la totalidad de la Constitución y se refuerzan y protegen contraponiéndose mutuamente”. *Cfr.* Häberle, Peter, seguido por Gavara de Cara, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 100.

Algunas *condiciones diferenciadas* son cíclicas (previsibles) como la edad (infancia-adolescencia-vejez); otras son temporales e indeterminadas como un padecimiento crónico; otras son fugaces como una discapacidad reversible o la que tiene la mujer durante el embarazo y la lactancia, mientras otras son definitivas como la pertenencia étnica; el sexo, las discapacidades físicas y/o psíquicas permanentes, etcétera.

En un capítulo propio, pero con equivalencia de auténticas *condiciones diferenciadas* se encuentran “las relaciones de especial sujeción”.⁶⁷ En las democracias avanzadas se reconocen como auténticas condiciones diferenciadas las que tienen las personas que guardan con el Estado “relaciones de especial sujeción”: los procesados (durante el juicio) y los sentenciados a pena privativa de libertad; por distintas razones “el ciudadano en filas” y el ciudadano policía guardan una modulación —nunca supresión— de algunos de sus derechos fundamentales para poder servir y desempeñar la tarea que su vocación les impone, con menores restricciones pero sí las que entraña su responsabilidad, los funcionarios públicos (limitadas algunas libertades, cambio de residencia, prohibición de sindicación, limitación de separarse del encargo público —en un periodo— antes de intentar el sufragio pasivo, etcétera).⁶⁸

Otro capítulo de condiciones diferenciadas tienen que ver con lo que se denomina en genérico nivel de renta, que en realidad abarca muy variados aspectos, como el nivel de instrucción escolar y el nivel de ingreso, el tipo de vivienda y de empleo y el de residir en zonas alejadas al acceso a la comunicación, etcétera. Sin embargo, estas condiciones de subdesarrollo y pobreza a diferencia de las anteriores reflejan posibles violaciones a derechos humanos de contenido económico social y cultural de los ciudadanos; el problema es que su grado de protección —a diferencia de los arriba señaladas— es que como satisfactores individualizables dependen de la viabilidad presupuestal del Estado para su con-

⁶⁷ La paternidad del concepto se atribuye a Otto Mayer y su contraparte Labrad, los estudios posteriores son tributarios de ambas concepciones. Véase, por ejemplo, partidarios del primero y del segundo. Cfr. García Macho, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Madrid, 1992, citado por López Benitez, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Civitas-Universidad de Córdoba, 1994, pp. 59 y ss.

⁶⁸ Cfr. Lasagabaster Herrarte, Iñáki, *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, 1994; “Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991.

creción y que su incumplimiento no puede ser exigido al Estado ante los tribunales sino media una expectativa creada que la haga demostrable.

Por ejemplo, la Constitución señala que todos los mexicanos tienen derecho a una jornada laboral y a prestaciones laborales (salario, vacaciones, antigüedad, pensiones por jubilación, etcétera),⁶⁹ lo que en la realidad de un país inmerso en una gran economía informal vuelve impráctico su ejercicio; también la carta política establece que los mexicanos (toda familia) tiene derecho a disfrutar una vivienda digna y decorosa, cuando gran parte de la población por su nivel de ingreso no puede conseguir ni siquiera una vivienda lejana al concepto jurídico indeterminado “digna y decorosa”,⁷⁰ etcétera.

Los derechos humanos de contenido económico social y cultural⁷¹ son el gran reto de las sociedades emergentes y como se ha dicho a diferencia de los derechos fundamentales primarios, se convierten en metas sociales que la Constitución le fija al Estado, pero que su concreción depende de la existencia de recursos públicos destinados a abatir esos rezagos en beneficio de los más pobres para de esa manera homologarlos a los beneficios comunes del progreso y bienestar general.

En una democracia moderna tienen derecho de expresión todos y también a ser respetados quienes no comparten los matices que la modernidad por la vía de la tolerancia incluyente ha ido aportando a las reglas de convivencia.

Quienes exigen ser reconocidos como distintos por pertenecer a una minoría están construyendo un nicho de diferenciación que podría a su vez poner en conflicto a sus mismos integrantes a la postre.

Si por la vía de la tolerancia se hizo posible que quienes en el pasado fueron objeto de persecución por disentir en pensamiento y apariencia, no es razonable subvertir el respeto al valor jurídico del pluralismo, con el riesgo y el peligro de generar derechos de las minorías que se traduzcan en discriminaciones en positivo a quienes forman parte de las

69 Artículo 123 constitucional, apartado A, fracciones I-V, etcétera.

70 Artículo 4o. constitucional, V párrafo.

71 Véase en extenso de Peces-Barba Martínez, Gregorio, “Reflexiones sobre los derechos económicos sociales y culturales”, *Derechos económicos, sociales y culturales, actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho*, Murcia, Universidad de Murcia, 1983, pp. 51-68, entre nosotros, Contreras Nieto, Miguel Ángel, *El derecho al desarrollo como derecho humano*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2000.

tradicionales mayorías, lo cual lleva a un contrasentido del fundamento de la no discriminación (respecto de persona alguna).

El riesgo de entrar en colisión es mayor cuando la noción de minoría radica en situaciones aleatorias o hasta estrictamente subjetivas en el que los ciudadanos se quieren colocar por propia voluntad, obligando al resto de la sociedad a respetarlos (lo cual es entendible y atendible) empero no quizás podrían exigir que las normas jurídicas de corte general abstracto e impersonal se amolden a todas las exigencias de dichos grupos o colectivos, como tampoco deberán ser consecuentes absolutamente con las que comparten por convicción o por comodidad las supuestas “mayorías”.

Para resolver estas disputas ligadas a visiones imperantes, ideológicas o religiosas de la vida en sociedad, es conveniente una visión integral de los derechos humanos y en la intención de hacer valer la igualdad de los seres humanos en lo individual como en colectivo dentro de una democracia moderna, es preciso acudir al ejercicio de la ponderación de bienes jurídicos tutelados en juego o en conflicto, además, por ejemplo, se reconocen derechos que como factores de equilibrio social atienden situaciones frontera, armonizando la identidad individual (que se considera un derecho fundamental) sin implicar necesariamente un gravamen al derecho de quienes no invocan esas cuestiones porque se asumen en lo individual como parte de las tradiciones que practica la comunidad en lo ordinario, así se pueden citar: el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la propia imagen,⁷² la libre elección de un modo de vida (asunto que también abarca el oficio o actividad cotidiana, gustos hábitos y expresiones de la intimidad) con el límite de no dañar el derecho de terceros que no desean vivir bajo esos esquemas.

Son igualmente respetables los derechos de los unos como los de los otros a vivir en lo básico bajo patrones de convivencia similares aunque en lo accesorio se experimenten modelos de actitud distintos, siempre que dichos modelos de actitud no sean ilícitos.

Reiteramos que la mejor clasificación posible de los derechos fundamentales entre sí, atiende al grado de protección del bien jurídicamente tutelado como vía para clarificar la prelación de los derechos humanos.

⁷² Véase, en extenso, el formidable trabajo de Azurmendi Adarraga, Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, México, Fundación Manuel Buendía-Universidad Iberoamericana, 1997 y 2a. ed., 1998, p. 248.

La elaboración de estudios y propuestas sobre como debe —en su momento— insertar en la carta política un verdadero sistema de mecanismos para la protección implícita o intranormativa de las normas que versen sobre materias estratégicas de la Constitución, por ejemplo, derechos fundamentales y libertades públicas y en la misma dirección dictámenes para enriquecer la concepción y operación de las técnicas garantistas de protección a los derechos humanos, puede ser y por ahora quizás el método más afortunado, de manera que al existir los consensos básicos al interior del Congreso de la Unión, dichas aportaciones puedan ser informadoras de los respectivos trabajos parlamentarios.