

ALGUNAS CLAVES DE LECTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

José Luis Caballero Ochoa

I. Introducción

Es una realidad que las constituciones contemporáneas radican buena parte de su propia estructura en el desarrollo de los contenidos atinentes a los derechos fundamentales, con base en una serie de disposiciones que marcan un derrotero epistemológicamente coherente, siguiendo la línea de los principios constitucionales sobre derechos fundamentales, el propio catálogo de derechos, así como las garantías para su defensa y debida reparación en caso de ser vulnerados, lo que permite un esquema jurídico completo para la vivencia de los derechos en el Estado social y democrático de derecho.

Ante este panorama y atentos al caso de México, esta construcción ordinamental no puede prescindir del derecho comparado, al que Peter Häberle ha denominado el quinto método de interpretación constitucional¹, como una propuesta clave para la generación de un *ius commune* latinoamericano, y que en Europa se ha ido decantando indiscutiblemente con base en los derechos humanos.

A la par, encontramos la incidencia del Derecho Internacional en la evolución constitucional de los derechos fundamentales, especialmente porque el avance mayor del *ius internacionalismo* se presenta en la arena de los derechos humanos, en donde constatamos una verdadera penetración de orden constitucional en diferentes estadios.

- 1 A través de las propias notas específicas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que le imprimen un sello distintivo sobre cualquier desarrollo internacional, sobre todo ante la propia naturaleza jurídica de la norma convencional en la materia, cuyas obligaciones se cumplen hacia las personas sometidas a la jurisdicción del Estado, mediante la protección y promoción de sus derechos fundamentales, lo que representa un primer impacto de índole constitucional.

¹ Los métodos de interpretación clásicos según la propuesta de Savigny son: gramatical, lógico, histórico y sistemático. Häberle, Peter, *El estado Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2003, pp. 62ss.

2. El correspondiente a la conformación de sistemas de tipo regional en la protección de los derechos a través de organismos de supervisión y control, incluso de orden jurisdiccional, como es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cridh). La eficacia de las resoluciones de estos organismos en ejercicio de su competencia contenciosa, así como la jurisprudencia que van hilvanando, incide directamente en la construcción constitucional sobre los derechos humanos.
3. Mediante una incorporación *ad hoc* de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el ámbito doméstico y su ubicación específica dentro del esquema de ordenación de las fuentes del derecho, cuestión que en México sigue pendiente.

Un recorrido por el compromiso constitucional de nuestro país en el tema de los derechos fundamentales a la luz del constitucionalismo contemporáneo más acabado, así como del derecho internacional de los derechos humanos, en relación con los principios, el catálogo de derechos y las garantías constitucionales, contempla las siguientes incidencias:

II. Sobre los principios en torno a los derechos fundamentales

El tema de los principios luce como el rubro más deficitario. Especialmente relevante es la falta de regulación en torno a la situación de los tratados de derechos humanos en el sistema de fuentes del derecho, cuestión a la que ya la mayoría de los Estados constitucionales contemporáneos ha ido atendiendo

1. Podemos ubicar a la Constitución mexicana (CPEUM) entre las llamadas “constituciones del silencio”² con referencia a la ubicación de los tratados en la materia en un rango específico dentro de las fuentes, y distinguiéndolos de los otros tipos de norma convencional. En este tema nos encontramos sumamente rezagados con respecto incluso a los países latinoamericanos.
2. Los ejercicios constitucionales que han buscado hacer frente a esta problemática, han optado por dos grandes vías de solución. Una, la que establece cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales en la Constitución con respecto a los tratados internacionales, como el caso de España en su artículo 10.2. Los países de Europa que han optado por este modelo, conforman un bloque con respecto a otros que por diversidad de tradiciones jurídicas –Inglaterra por ejemplo, o Alemania, que prevé un rango supralegal para las normas internacionales– establecen otro tipo de vinculación con la norma convencional.

² Cfr. Ortiz Ahlf, Loretta, “Integración de las normas internacionales en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica”, Ortiz, Loretta *et. al.*, *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos*, México, Universidad Iberoamericana-Porrúa, 2004, p. 20.

De esta forma, si comparamos a España con las constituciones europeas podemos observar que sólo muy pocas contienen un esquema semejante, salvo Portugal que fue el modelo a seguir por el Constituyente del 78 a dos años de entrada en vigor de la Constitución de 1976, y de forma reciente los casos de Rumania en 1991 o de Moldavia en 1994.

La regulación española se distingue en Europa en atención a tres círculos concéntricos que van resaltando su importancia. Uno, el que devendría para denotar el conjunto de países que han incorporado las provisiones sobre el valor jurídico del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) o de los tratados sobre derechos humanos en sus propias constituciones. El segundo, dentro de los países con previsión constitucional, aquellos que confieren a los tratados internacionales una relevancia superior a la legislación ordinaria. En tercer lugar, la relevancia de tipo constitucional –que no equivale a una paridad de rango jerárquico– y que confiere a los instrumentos sobre derechos humanos la interpretación de los derechos constitucionales en relación con los tratados en virtud de la aplicación del canon hermenéutico presente en el artículo 10.2 CE.

Todavía más. No sólo se trata sólo de esta previsión constitucional *sui generis*, sino de una verdadera aplicación cotidiana del CEDH, lo que ha redundado en que el *case-law* del TEDH se haya incorporado a la práctica del tratamiento de los derechos fundamentales principalmente por los jueces pero también por el resto de operadores jurídicos, lo que sitúa a España en un contexto de especial relevancia en su vinculación al CEDH³.

La Constitución de Portugal sirvió a España como parámetro de discusión a las Cortes Constituyentes hacia la Constitución de 1978, aunque ésta evitó incorporar la integración de los derechos vía tratados, como contempla el texto lusitano. De esta forma la portuguesa es una cláusula integrativo-interpretativa, mientras que la española sólo hermenéutica, diferencia que a la hora de su aplicación ha quedado zanjada, por cuanto esta última ha contemplado verdaderos elementos de integración más allá de los explicitados por el propio texto constitucional.

3. La otra vía de solución distingue a una buena parte de los países ubicados en América Latina. Los pasos de progresividad, afianzados en buena medida por la vinculación al Sistema Interamericano, han ido permitiendo modificaciones importantes en este rubro de forma paulatina, aunque siempre por la vía de otorgar un rango jerárquico superior a los tratados sobre derechos humanos en la ordenación de las fuentes del derecho, incluso de relevancia constitucional expresa y a diferencia del resto de los instrumentos convencionales, como es el caso de Argentina, Colombia, Guatemala y Venezuela.

III.El catálogo de los derechos fundamentales

Es ya un lugar común aludir a lo anacrónico del catálogo de derechos en México, y que es indispensable hacer una reforma de fondo e integral. Sin embargo, en los últimos años

³ Cfr. POLAKIEWICZ, Jörg, "The status of Convention in national law", Blackburn, Robert & Polakiewicz, Jörg (Editors), *Fundamental rights in Europe. The ECHR and its member states. 1950 - 2000*. Oxford, Oxford University Press, 2001.

han habido aproximaciones claras a reformas verdaderamente estructurales que no sólo abarcan la disposición constitucional, sino que han sido detonantes de todo un nuevo perfil de los derechos, de tal suerte que se ha ido estableciendo una reglamentación que va permitiendo un Estado verdaderamente garantista. Como botón de muestra la legislación sobre el derecho a la información o la prohibición de discriminar⁴.

En términos generales, Me parece que una propuesta plausible al respecto sería que este catálogo de derechos fundamentales apuntara a lo siguiente:

1. Que los derechos efectivamente se encuentren descritos en clave normativa, esto es, que prescriban conductas que sean susceptibles de ser exigibles y justiciables, estableciendo prerrogativas subjetivas a favor de las personas, así como obligaciones para las autoridades, o hacia los particulares, en su caso.

La sola incorporación de los derechos a un sistema legal, vinculante, de corte constitucional, de suyo comporta ya una garantía de tipo normativo, que reviste limitaciones para su ejercicio frente a terceros, marca pautas para el legislador, así como criterios de actuación en políticas públicas para la autoridad administrativa.

2. Derechos que deriven en un claro desarrollo en la legislación secundaria, a través de las leyes reglamentarias o constitucionales, tanto en una sólida regulación genérica de los derechos fundamentales, como en legislación *ad hoc* para los diferentes tipos de derechos. Me refiero a la figura de la reserva de ley para el tratamiento de los derechos fundamentales, y que evite reducciones desde actos discrecionales de instancias gubernativas, o desde poderes fácticos⁵.
3. Atender el curso trazado por los dos grandes pactos internacionales en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, en la distinción de los derechos civiles y políticos, de los de tipo económico, social y cultural, como una forma de hacerlos mayormente eficaces, al advertir los matices particulares de su exigibilidad y justiciabilidad, especialmente ante la consideración de que en torno a los últimos se ha ido generando un espacio propiamente garantista en años recientes. En este sentido, podemos afirmar que la gran diferencia entre la protección social en el *Welfare State* que siguió al modelo del Estado puramente liberal, con la perspectiva particular de este tipo de prerrogativas a partir del surgimiento del

4 Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (DOF 11-vi-2002) y Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (DOF 11-vi-2003)

5 En este sentido, Gerardo Pisarello apunta: "Desde un punto de vista formal, en efecto, el Estado constitucional ha desarrollado una garantía de vital importancia para la protección de los derechos: la reserva de ley. Dicha garantía comporta la obligación de que sea el legislador en condiciones adecuadas de debate, contradicción y publicidad, quien regule las materias que involucren derechos constitucionales, restringiéndose de ese modo los márgenes para el vaciamiento de las competencias del parlamento en beneficio de sedes administrativas, o peor, mercantiles", Pisarello, Gerardo, "El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia", Abramovich, Víctor, Añón, María José, y Courtis, Christian (*Comps.*), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, p. 36.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es que el primero no acuña propiamente una normatividad, es un tipo de política pública marcado por la anomía. La óptica del desarrollo social desde los derechos fundamentales ha ido conformando paulatinamente un bagaje de garantías efectivas, que va permitiendo derechos accionables vía judicial⁶.

IV. Las garantías constitucionales

La principal atribución de la Constitución, en clave normativa, es precisamente ofrecer un espacio garantista de la aplicación de las leyes, de las otras fuentes del derecho, regulando la propia conformidad de los distintos ordenes normativos consigo misma, de tal suerte que las garantías constitucionales, son precisamente las que han permitido el tránsito de lo que en realidad ha sido derecho político a un auténtico derecho constitucional⁷.

Es en este contexto, en donde los medios de protección los derechos humanos constitucionalizados, cobran especial relevancia. Me parece que *prima facie*, buena parte de los medios que integran el espectro del derecho procesal constitucional, de alguna forma involucran la defensa de los derechos fundamentales. Por ejemplo, las acciones de inconstitucionalidad cuyo objeto sea la impugnación de una ley que es contraria a la Constitución, precisamente en el contexto de los derechos; las controversias entre poderes o ámbitos de gobierno, cuyo sustento pueda estar vinculado a determinados derechos fundamentales; o bien, la jurisdicción electoral en la que se encuentran involucrados los derechos políticos.

Afirmar que en México se encuentra todo por hacer, es exagerado, pero las reticencias e inercias para transitar a la normalidad democrática, han sido enormes, lo que incluye la consolidación de esta corriente de jurisdicción constitucional. La tendencia clara a favor de este ejercicio no se sitúa más allá de una década, con excepción del Juicio de Amparo, que como máxima garantía de protección a los derechos fundamentales y de defensa constitucional –también con sus matices e inconsistencias– ha estado presente en nuestro orden jurídico desde hace más de 150 años.

Una de las razones principales de esta dilación asimétrica entre el surgimiento de las distintas garantías constitucionales estriba en que, aparejada a la noción de la CPEUM

6 Para una aproximación al tema, véase: Ferrajoli, Luigi, "Estado social y Estado de derecho", Abramovich, Victor, Anón, María José y Courtis Christian (Comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003. Este artículo, publicado originalmente en 1982 cobra relevancia en nuestros días como una crítica a la capacidad del llamado Estado de Bienestar para construir un verdadero garantismo de tipo social.

7 La comparación surge de una aproximación general que elabora Javier Pérez Royo, quien parece identificar las garantías constitucionales en un sentido amplio, como los medios reivindicar el papel normativo de la Constitución. Cfr. Pérez Royo, Javier, "Del derecho político al derecho constitucional: las garantías constitucionales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 12, Madrid, 1992. Por su parte, Eduardo Ferrer Mac-Gregor siguiendo el pensamiento de Héctor Fix-Zamudio distingue dos categorías en la defensa constitucional: la protección que deviene por la propia estructura constitucional, los principios, como la división de poderes, o los mecanismos de control político que se suscitan entre ellos, a los que identifica como medios de protección de la Constitución; y, por otra parte, las garantías constitucionales propiamente, y que "comprenden aquellos instrumentos predominantemente procesales y establecidos generalmente en el propio texto fundamental, teniendo como finalidad la reintegración del orden constitucional cuando ha sido desconocido o violado por los órganos de poder, especialmente cuando los medios de protección de la Constitución [...] no han sido suficientes para evitar el quebranto de la norma superior.", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional", Ferrer, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, cuarta edición, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, p. 213.

como un instrumento político más que normativo, la funcionalidad de nuestro sistema jurídico-político no descansó en la Constitución, sino en el sistema generado en el llamado “nacionalismo revolucionario” surgido en 1929 con la fundación del PNR y que condujo al autoritarismo en el que vivimos la mayor parte del siglo pasado.

De la misma manera, el análisis y consecuente desarrollo de la Constitución⁸, así como la conformación de las diversas instancias públicas, incluso la estructura de los poderes y la creación normativa en general, han respondido a una cosmovisión jurídica y política coherentes con esta situación⁹. En este sentido, el diseño de las garantías, así como la clarificación de las atribuciones con respecto a las mismas, por parte del Poder Judicial de la Federación, especialmente de la Suprema Corte, no corrieron con una suerte distinta, por lo que es hasta los últimos años en los que se han producido los avances de diseño institucional, así como los ejercicios de interpretación constitucional más notables e independientes, incluso sobre problemas que debieron haberse resuelto casi al inicio de la vigencia de la actual Constitución, es decir, hace más de 80 años¹⁰.

Podemos afirmar que es a partir de la década de los años noventa del siglo pasado, en que empezamos a consolidar el tránsito a la normalidad democrática, permitiendo la pluralidad y la participación de actores políticos diversos, lo que influyó de forma determinante en la incorporación al Texto Fundamental de los nuevos mecanismos de garantía constitucional, algunos directamente vinculados a los derechos fundamentales. Así, en 1994 tuvo lugar la reforma constitucional que incorporó las figuras de la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad (DOF 31-II-1994) También a partir de ese año iniciaron las reformas en materia electoral, que culminaron con las reformas de 1996, en la conformación de mecanismos de jurisdicción electoral, como salvaguarda de los derechos políticos (DOF 22-VIII-1996) A partir de 1990 inicia el tránsito de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, primero en su carácter de organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, luego en 1992 como órgano descentralizado aunque de relevancia constitucional, hasta que finalmente, a partir de 1999 es el órgano constitucional autónomo a cargo de la protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, ante su violación por actos u omisiones de naturaleza administrativa, perpetrados por servidores públicos (DOF 13-IX-1999)

8 En una obra que a mi juicio, constituye un referente obligado para aproximarse a un análisis sobre cómo se ha pensado y reflexionado la CPEUM a partir de 1917, José Ramón Cossío considera que el estudio de la constitución y el desarrollo de la disciplina del derecho constitucional servía en última instancia a esta maquinaria ya que “estaba construido para justificar y para buscar la homogeneidad de una sociedad que era vista desde el poder como coherentemente revolucionaria.” Cossío, José Ramon, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontanara, 1998. De ahí que se produjera una enorme trivialización en el estudio de la Constitución porque no se buscaba en realidad la generación y la puesta al día del discurso constitucional, sino que el grupo dominante certificara lo que se iba produciendo. *Ibidem.*, p. 100.

9 “Mientras que la Constitución fue producto de un acuerdo entre numerosos grupos revolucionarios, la mayor parte de la legislación secundaria reflejó las posturas y preferencias de una sucesión de presidentes todopoderosos, cada uno con ideas distintas de sus predecesores.”, Rubio, Luis, “La Corte versus la historia”, *Diario Reforma*, Sección nacional, Domingo 10 de julio de 2005, p. 15 A.

10 Como apunta el mismo Luis Rubio: “El caso de México quizá sea un tanto inusual por su historia particular. Muchos de los temas en que se ha visto involucrada la Corte tienen más que ver con los vicios de nuestro viejo sistema político que con la vida cotidiana actual, pero su impacto sobre la realidad del momento es enorme. De haber sido democrático nuestro sistema político, muchas de las decisiones que hoy resultan controvertidas, quizás se hubieran resuelto en la década de los veinte o los treinta del siglo pasado.” *Idem.*

Con respecto a la dimensión internacional, si bien es cierto México es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) desde 1981, (DOF 7-V-1981) y tuvo un papel preponderante en la creación y funcionamiento inicial del Sistema Interamericano¹¹, además de la práctica de ir ratificando paulatinamente los diversos instrumentos derivados del mismo, no es sino hasta 1998 en que se aceptó la competencia contenciosa de la CRIDH, (DOF 8-XII-1998) en lo que se configura como el primer mecanismo jurisdiccional transnacional en la protección a los derechos fundamentales, al que nos vinculamos.

También a partir de 2000, diversas entidades federativas han ido actualizando sus propios catálogos de derechos fundamentales e incorporando sus medios de tutela constitucional tramitados en salas de constitucionalidad de los propios tribunales de justicia locales¹², lo que constituye un avance importantísimo del federalismo, y una justicia que también penetra el nivel interno del Estado a contrapartida de la vinculación externa que implica la dimensión transnacional de la justicia constitucional, mediante la aplicación de los tratados internacionales en la parte sustantiva, la jurisprudencia emanada de sus órganos de supervisión y control, así como en el acatamiento de las resoluciones a que pudiera haber lugar¹³.

V. A manera de conclusión. El gran tema de la reparación del daño

En un aspecto correspondiente a las garantías no jurisdiccionales de protección a los derechos humanos, merece especial mención la reforma constitucional de 2002 que adicionó un segundo párrafo al artículo 113 CPEUM, previendo la responsabilidad patrimonial directa y objetiva del Estado, (DOF 14-VI-2002), como un medio de reparación por los daños que se causen en los derechos de particulares con motivo de la actividad administrativa irregular de la propia entidad estatal.

El tema amplísimo de la reparación del daño por violaciones a los derechos humanos, se ha acotado constitucionalmente a este rubro, por lo que México se encuentra aún lejos de una debida regulación en la materia, que comprenda realmente la gama de aspectos que conlleva una auténtica reparación del daño, en sintonía con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado.

El propósito inicial de esta reforma se encaminó más a la efectiva rendición de cuentas por parte del Estado –ante actos u omisiones lesivos ante el ejercicio de la auto-

11 Una relación de estas actuaciones, especialmente relevantes en la postulación de candidatos para formar parte de los diversos organismos en: Corcuera, Santiago y Guevara, José Antonio, *México ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, México, Universidad Iberoamericana-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2003, pp 12 ss.

12 Así Veracruz, Tlaxcala, Coahuila, Chiapas, Quintana Roo, Guanajuato, Nuevo León.

13 Sobre esta vinculación novedosa de ámbitos de aplicación de la justicia constitucional, Eduardo Ferrer apunta: "Las implicaciones y correcta articulación entre las tres dimensiones que actualmente operan al juicio de amparo en México: local, federal e internacional, constituye uno de los mayores retos que afrontan los juristas de nuestro país." Ferrer Mac-Gregor "Del amparo nacional al amparo internacional", Ferrer, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-CNDH, 2004, p. 160.

ridad— que directamente en razón de un mayor compromiso en el tema de los derechos, aunque se reconoce que es una forma efectiva de reparación en materia de derechos humanos¹⁴; además, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial, reglamentaria de la disposición constitucional, ha establecido en su artículo segundo que los medios de reparación patrimonial son aplicables a las recomendaciones y sentencias de la Comisión y la Corte interamericanas, respectivamente¹⁵.

No obstante, es un rubro parcial, limitado y que no ha sido adecuadamente abordado en relación con las directrices que establece el propio Sistema Interamericano en donde la responsabilidad patrimonial es un medio de reparación complementario en una gama que comprende incluso la reparación al “proyecto de vida”, lo que sitúa al Sistema en este aspecto como un modelo efectivamente garantista, más que el propio Sistema Europeo, que ha establecido en el artículo 41 del CEDH una reparación equitativa o proporcional de tipo patrimonial, figura más de corte substitutivo bajo la que no pocos Estados se amparan para evadir la *restitutio in integrum*. En este sentido, la experiencia interamericana se presenta como ejemplar¹⁶, y merecería que México avanzara en idéntico sentido.

14 Como lo ha señalado Héctor Fix-Zamudio: “... la responsabilidad patrimonial directa del Estado, y en los ordenamientos más avanzados, de carácter objetivo, debía considerarse como uno de los instrumentos complementarios de la protección de los derechos fundamentales, cuando no son posibles o muy difíciles las reparaciones dirigidas al restablecimiento de los derechos humanos de los afectados”. Fix-Zamudio, Héctor, “Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos”, Becerra, Manuel (Director), *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, número II, México, II-UNAM, 2002, p. 45.

15 A la letra en el segundo párrafo: “Los preceptos contenidos en el Capítulo II y demás disposiciones de esta ley serán aplicables, en lo conducente, para cumplimentar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aceptadas estas últimas por el Estado Mexicano, en cuanto se refieran al pago de indemnización.”

16 Juan Antonio Carrillo Salcedo lo ha señalado así: “Creo, en este orden de cosas, que sería muy conveniente que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se inspirara en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, más progresiva que la del Tribunal de Estrasburgo en materia de reparación en caso de violación de alguno de los derechos reconocidos.”, Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, Tecnos, 2003, p. 86.