

Armando Hernández Cruz

### III . LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS “GARANTÍAS”

## 1. Los derechos humanos y sus garantías en el constitucionalismo mexicano

En este apartado abordamos el tema de la eficacia constitucional en materia de derechos humanos, debido a la relevancia de la observancia real de estos derechos en el sistema de Estado democrático y social de derecho al cual aspiramos.

La norma jurídica constitucional, por servir de base o fundamento de todas las demás normas que componen un orden jurídico, ha sido llamada “norma fundante básica”, y de esa forma Kelsen y otros autores se refieren a dicha norma superior jerárquica de todas las demás que componen un orden jurídico. Por su parte, los derechos humanos constituyen la llamada “parte dogmática” de los textos constitucionales. Son su esencia fundamental y establecen el término de relación entre las personas y la autoridad del Estado.

Aún hoy sigue prevaleciendo en términos generales la idea iusnaturalista de que los derechos humanos son derechos inherentes al ser humano, por el solo hecho de existir. Cuando verificamos la existencia de derechos humanos de carácter colectivo, como el derecho a la protección de la salud, la cultura, la educación, la vivienda o al agua, nos damos cuenta que la generación de derechos económicos, sociales

y culturales no sólo amplió el concepto de derechos humanos, sino que hizo insuficiente el criterio iusnaturalista para comprenderlos. Hoy en día nadie podría seguir afirmando que derechos como los de protección a grupos vulnerables (derechos sociales) constituyen atributos inherentes a las personas, puesto que el reconocimiento de estos derechos trascendió las ideas de igualdad que permearon en la “Ilustración” europea, cuna de la idea moderna de los derechos humanos.

Se ha llamado a éstos “derechos del hombre,” “derechos fundamentales,” “garantías constitucionales” y otra serie de denominaciones, sin embargo, la “nomenclatura” generalmente aceptada en el ámbito internacional es la de derechos humanos, y es también la manera en que la Constitución mexicana se refiere a estas prerrogativas de la persona, a partir de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

El listado de derechos humanos en la Constitución mexicana crece cada vez más. Nuevos derechos humanos de carácter colectivo pasan a engrosar el texto constitucional. El catálogo de derechos humanos individuales, a diferencia, sigue siendo casi el mismo que tenía la Constitución de 1857. Ni siquiera el derecho conocido como “libertad de prensa”, contenido en el actual artículo 7o. constitucional, se ha actualizado en cuanto a su texto, que sigue hablando de operarios y papeleros, así como de la imprenta como medio de expresión de ideas, cuando la modernidad tecnológica hace que en la actualidad existan muchos otros medios de difusión de ideas escritas, diferentes a la prensa tradicional.

A partir de la inauguración del constitucionalismo social, con la incorporación de los artículos 27 y 123 en la constitución mexicana de 1917, los derechos colectivos han ido

incrementando el “elenco” o catálogo constitucional de los derechos humanos en nuestro texto constitucional.

## 2. Conexión de sentido entre Constitución, Estado y derechos humanos

A lo largo de la historia podemos ver cómo han evolucionado los Estados, las constituciones y los derechos humanos de manera conjunta.

El Estado liberal de Derecho surge después de la Revolución francesa. No existían aún los derechos humanos como hoy los concebimos. Este modelo de Estado moderno constituye un Estado mínimo (se da en oposición al Estado absolutista). Surgen los derechos de libertad, donde el Estado garantiza los derechos no interviniendo (siguiendo la idea de dejar hacer, dejar pasar.) El Estado se va abriendo a otros ciudadanos que no participan: se convierte en un Estado “democrático” (surgen los derechos de participación política); posteriormente surgen los DESC, que limitan las libertades, pero no las desaparecen.

El Estado evoluciona y con él los derechos. El catálogo de derechos aumenta en calidad, del Estado liberal se pasa al Estado social y democrático de Derecho.

Es así como surgen y se identifican las “generaciones” de derechos humanos, que explican su origen y evolución histórica:

1a. generación de derechos humanos. Derechos individuales, propios del estado liberal.

2a. generación de derechos humanos. Derechos del Estado social que busca la igualdad real y efectiva (DESC.)

3a. generación de derechos humanos. Complementa a los anteriores, pero los inserta en el ámbito de la globalización: Derechos de solidaridad internacional. Implica la colectividad, globalización, nuevas categorías, nuevas situaciones que afectan al catálogo de derechos ya existentes (derecho al medio ambiente, por ejemplo).

Pasamos de los derechos individuales a los colectivos y posteriormente se pasa con mayor énfasis a los derechos *difusos*. Actualmente se está regresando al individualismo (no es incompatible con la protección de derechos colectivos). El Estado va actualizando para ello el contenido de los derechos.

Las características de los derechos humanos son:

- Vinculación de las legislaciones secundarias, y
- Garantía jurisdiccional. Éstas son herencias del Estado liberal.

Las resoluciones del Tribunal Europeo han ido uniformando los derechos y sus garantías en el continente europeo. Han ido mejorando sus derechos, pero aún se resisten a crear desde fuera (*ex novo*). *Convenio de Roma. 1950*.

Los derechos no son una categoría estática (evolucionan con el Estado.) El catálogo de derechos se relaciona con el tipo de Estado).

La constitución es un sistema *abierto* de reglas y principios (principal marco de referencia para la convivencia social.)

Los derechos humanos deben irse adaptando a los cambios sociales sin necesidad de ir reformando a cada rato la constitución (teniendo en cuenta la rigidez constitucional).

Los márgenes máximos y mínimos (límites) previstos en la constitución contienen los principios básicos del Estado democrático.

Los *derechos humanos* son facultades de aplicación *directa e inmediata* (por lo que requieren de eficacia).

Los *derechos humanos* son una serie de valores con reconocimiento a nivel internacional, que deseablemente deben orientar el contenido de las constituciones de los Estados.

Son Leyes orgánicas, entre otras, las que regulen los derechos humanos y las libertades públicas. Una ley orgánica tiene *rigidez*, requiere mayoría absoluta para su reforma, es una ley *constitucional*, es necesaria para entender la constitución. Y sólo puede ser reformada por otra ley *orgánica* y no por una ordinaria. Las leyes orgánicas forman el llamado “bloque de constitucionalidad”. Es un parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de otras leyes. Eso le da una diferencia cualitativa formal respecto a leyes ordinarias, aunque hay jerarquía específica.

Los “derechos llave” abren el amparo para la protección de otros aspectos constitucionales (por ejemplo, el artículo 14 constitucional y el principio de igualdad en el derecho mexicano).

Toda la constitución *vincula* (su contenido es obligatorio). La diferencia es que hay distintos grados de aplicabilidad de las normas. Algunas de ellas se pueden aplicar directamente (como los derechos humanos) y otras requieren normas secundarias para facilitar su aplicación (por lo que ya no es tan directa e inmediata esa aplicación).

La evolución de los derechos da lugar a la categoría de los *derechos implícitos*. La teoría de los derechos implícitos sirve para justificar la aparición de nuevos derechos. El sustrato de

los derechos fundamentales es la *dignidad* humana (y dentro del concepto *dignidad humana* caben muchas cosas).

No son nuevos derechos, sino nuevas perspectivas de derechos y derechos reconocidos expresamente en una constitución, lo que amplía su garantía de protección.

Esto plantea problemas, como el de la *interpretación* constitucional para determinar hasta dónde se puede engrosar el “catálogo” de derechos humanos.

Por ejemplo, el derecho a la ejecución de una sentencia firme es un derecho implícito en el derecho a la tutela judicial efectiva. Obviamente tiene los mismos alcances que este otro, pero no puede ir más allá de su propio contenido, sino que lo va concretando.

El derecho a la motivación de la resolución judicial es otro implícito en el derecho a la tutela judicial efectiva.

El intérprete no puede actuar con “manga ancha” para determinar derechos implícitos.

Otro de los peligros que se apunta es que, al extender nuevas perspectivas de derechos, aumentan los límites de los derechos humanos (al haber más derechos hay más límites de los demás derechos). Los límites siempre deben ser constitucionales, necesarios y proporcionales.

Los textos constitucionales recogen vías o vehículos para poder ampliar el contenido de los derechos (instrumentos).

En España sólo existe *control constitucional previo* en los tratados internacionales que requieran cesión de ejercicio de competencias a órganos supranacionales, y los que sean sobre derechos fundamentales. Este control previo es otra vez de una ley ordinaria (por ejemplo, el parlamento puede recurrir ante el Tribunal Constitucional en recurso previo antes de emitir la ley ordinaria que apruebe el tratado).

Según el modelo español, los derechos “fundamentales” son aquellos que el constituyente de cada Estado ha querido calificar como tales (es decir, hay que analizarlo en el contenido de cada constitución).

De acuerdo con la corriente española, los derechos fundamentales se pueden definir:

- Desde el punto de vista *material* (todos se fundan en la *dignidad* humana; pretenden mejorar las condiciones de vida del individuo y de la comunidad en que éste se desarrolla como persona). Este contenido constitucional le confiere al individuo un estatus irrenunciable dentro de la sociedad. Éste es el lado *subjetivo* de los derechos fundamentales (vertiente subjetiva). Todos los derechos (fundamentales o no) son derechos subjetivos; la vertiente objetiva constituye el interés del Estado de ir ampliando y garantizando esos derechos para lograr convertirse en un Estado democrático (social y democrático de derechos). Esta vertiente objetiva es propia de los derechos fundamentales en forma más marcada que en el caso de otros derechos subjetivos no fundamentales.
- Desde el punto de vista *formal*, los derechos fundamentales gozan de la rigidez constitucional. Asimismo, gozan de la vinculación del legislador (sólo por ley se pueden crear o modificar) y otra garantía típica, que es la *tutela judicial* (*garantía de todo derecho subjetivo*).

Notas para distinguir un *derecho fundamental*:

1. Que esté en la constitución.
2. Que sea calificado como fundamental en la propia constitución.
3. Que tenga una vertiente objetiva y una subjetiva.
4. Que goce de rigidez constitucional.
5. Que goce de la garantía de vinculación del legislador (es decir, que el legislador nunca pueda eliminarlo, sólo desarrollar su cumplimiento).
6. Que goce de tutela judicial.

### a) *Defensa y garantía constitucional*

El modelo de Estados Unidos ha tenido influencia en el continente americano, al igual que el presidencialismo de ese modelo. En Europa permeó el modelo de justicia constitucional concentrado. No es posible encontrar un solo modelo “puro”, y tampoco hay uno que sea idéntico a otro. Los modelos actuales de justicia constitucional son “mixtos”.

### **3. Medios de protección y garantía de los derechos contenidos en el elenco constitucional**

La mencionada reforma constitucional de 2011 distingue ahora los conceptos “derechos humanos” y sus “garantías.”

Es importante recordar que, desde la promulgación de la Constitución vigente, el 5 de febrero de 1917, hasta el 10 de junio de 2011, los derechos reconocidos u otorgados en la Constitución recibieron el nombre de “garantías individuales”.

A partir de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, distinguimos el concepto “derechos humanos” del concepto “garantías”,

siendo estas últimas los medios de tutela o protección de los derechos consagrados en la Constitución y los tratados.

#### 4. Las llamadas “garantías” de los derechos humanos

Este tema se encuentra íntimamente ligado al de la eficacia de las normas, ya que para determinar ésta es necesario que la norma se aplique, encontrándose dicha aplicación relacionada de manera inmediata con los órganos que Raz<sup>26</sup> llama “jurídico-aplicadores”, en la que el gobernado deberá contar con la seguridad no sólo de que existe una norma jurídica que le da derechos y facultades, sino que ésta es aplicable y puede contar con seguridad con su protección; ante esto Jellinek decía que: “La validez o positividad de un derecho necesita ser garantizada de algún modo; esto es, es preciso que haya poderes cuya existencia haga esperar a los ciudadanos que las normas jurídicas han de transformarse en exigencias abstractas dirigidas a la voluntad humana, en acciones concretas”,<sup>27</sup> por tanto, podemos afirmar que las “garantías” son instrumentos que crea el propio orden jurídico y con los que cuenta el gobernado para poder defender ante terceros, sean éstos otros gobernados o la propia autoridad, los derechos subjetivos públicos de que es titular.

Ahora bien, para poder garantizar la eficaz aplicación del derecho, y en general la obediencia a las normas jurídicas, existen diversos tipos de garantías de las cuales hablaremos a continuación.

<sup>26</sup> J. Raz, *op. cit.*, pp. 117 y 118.

<sup>27</sup> George Jellinek, *Teoría general del Estado*. México, Compañía Editorial Continental, 1956, p. 637.

## a) Garantías sociales

Jellinek considera como garantías sociales:

Las grandes fuerzas sociales, religión, costumbres, moralidad social, en una sola palabra, la totalidad de las fuerzas culturales, de las fuerzas que éstas crean y de los efectos que producen, que influyen constantemente en la formación y desenvolvimiento del derecho y aseguran su validez conjuntamente con otras fuerzas. Estas fuerzas son las que limitan más eficazmente cuánto hay de arbitrario en las concepciones jurídicas más abstractas y determinan, aún más que la voluntad consciente, la vida real de las instituciones políticas.<sup>28</sup>

## b) Garantías políticas

Estas garantías son aquellas que otorga el Estado directamente para respaldar, mediante el uso de su poder, la eficacia de las normas jurídicas, ante lo cual no podemos dejar de lado la importancia de la legitimidad de la autoridad que represente a dicho Estado y que por tanto está facultada para ejercer el poder; por su parte, Kelsen dice que: “Si se preguntara qué significa verdaderamente en la vida social la expresión ‘poder’, sólo puede uno contestar que al expresar de alguien tienen poder sobre otro, se quiere decir que ese alguien puede inducir al otro a seguir la conducta que aquél desee”.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> *Idem.*

<sup>29</sup> H. Kelsen, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. 2a. ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 93.

Las garantías políticas no son sino relaciones reales de poder que existen entre los factores políticos organizados, como sería el caso de la división de poderes o el de las esferas de competencia.

Según Jellinek, contribuyen a formar la garantía política: la creación de órganos particulares para realizar funciones especiales de Estado; el juramento prescrito en la ley (por ejemplo el juramento a que se refieren los artículos 87 y 97 constitucionales), y las responsabilidades de los funcionarios.

Pero sin duda, la primera y principal garantía política, como comentamos anteriormente, estriba en la legitimidad de la autoridad de donde emana el derecho o de la que lo ejecuta; en su obra *¿Qué es una Constitución?*, Ferdinand Lasalle apunta que “una Constitución no es el acto de un gobierno sino de un pueblo que constituye un gobierno y gobierno sin constitución es un poder sin derecho”;<sup>30</sup> con esta base, afirmamos que la legitimidad de las autoridades del Estado o del poder que ellas ejercen depende del pueblo a quien gobiernan, y en tanto éste las considere legítimas, serán legítimos los actos que ellas ejecuten y las leyes que promulguen, garantizándose con eso la aplicación legítima de un derecho legítimo.

### c) *Garantías económicas*

Éstas desempeñan un papel muy importante para garantizar el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber, la aplicación de una sanción; se requiere de una infraestructura material que constituya en sí misma una garantía económica. Esto se hace más claro cuando se trata de garantizar el goce

<sup>30</sup> F. Lasalle, *op. cit.*, p. 178.

de derechos subjetivos públicos, que constituyen directamente obligaciones de hacer por parte del Estado frente a los gobernados, como sería el caso de la educación “obligatoria, pública y gratuita” a que alude el artículo 3o. constitucional, para cuya prestación se requiere de cierta infraestructura.

El aspecto económico cobra mayor relevancia por lo que a la eficiencia del derecho se refiere, si partimos de la visión marxista del derecho que considera a éste una “superestructura” condicionada por la base económica.

#### d) *Garantías jurídicas*

Se entiende por tales el conjunto de disposiciones jurídicas que tienden a hacer efectivas y tutelar la vigencia del derecho.

En su obra *El problema de la eficacia en el derecho*, Leticia Bonifaz expresa al respecto que “muchas veces se ha llegado a pensar que es suficiente la expedición de una ley para resolver los problemas que se presentan en un momento determinado”.<sup>31</sup>

Por ello, cuando hablamos de “garantías” de los derechos humanos no sólo nos referimos a los mecanismos jurídicos (jurisdiccionales y no jurisdiccionales) creados en la norma jurídica para su protección y defensa, sino a los aspectos económicos, sociales y culturales necesarios para lograr su eficacia, lo cual es, por supuesto, mucho más notorio cuando se trata de hablar de la protección constitucional de los derechos colectivos (llamados por esa misma razón derechos económicos, sociales, culturales y ambientales).

<sup>31</sup> Leticia Bonifaz Alfonso, *El problema de la eficacia en el derecho*. México, Porrúa, 1999.