

## LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Miguel CARBONELL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *¿Qué son los derechos fundamentales?* III. *Derechos fundamentales y tratados internacionales*. IV. *¿Existen zonas de incompetencia de las comisiones de derechos humanos en materia de acciones de inconstitucionalidad?* V. *Un balance provisional*.

### I. INTRODUCCIÓN

El objeto de análisis de este breve ensayo es la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de septiembre de 2006, de acuerdo con la cual el texto del artículo 105 de la carta magna queda —en la parte conducente— de la siguiente manera:

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, ...por:

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

A partir de esta reforma se suscitan una serie de interrogantes, algunas de las cuales son de carácter formal (relacionadas con cuestiones proce-

sales) y otras de carácter sustantivo o de fondo (relacionadas sobre todo con el “objeto” de las acciones de inconstitucionalidad que se lleguen a plantear por las comisiones de derechos humanos). Intentaré en las páginas que siguen hacer unas someras reflexiones sobre éste último tipo de cuestiones, las de fondo o sustantivas.

La simple lectura del párrafo que la reforma mencionada introduce ya nos permite advertir ciertos temas: ¿cuál es el objeto de la legitimación activa dada a las comisiones? ¿el alcance de dicho objeto es el mismo tratándose de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), que tratándose de las comisiones locales? ¿qué debemos entender por “derechos humanos consagrados en esta Constitución”? ¿tendrá alguna incidencia el concepto de “bloque de constitucionalidad” en las definiciones que deberá tomar la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) a efecto de contestar las anteriores cuestiones? No todas esas preguntas podrán ser contestadas en el presente trabajo, pero intentaré ofrecer algunos elementos que sirvan para ir reflexionando sobre ellas.

## II. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

El contexto general de la reforma tiene que ver con la defensa de los derechos fundamentales. Es decir, de lo que se trata es de poder tener una herramienta nueva, muy relevante desde el punto de vista práctico, para promover juicios ante la SCJN que permitan obtener pronunciamientos relevantes en materia de derechos fundamentales. Por lo anterior, la primera cuestión que habría que dilucidar es ¿qué son los derechos fundamentales? En segundo lugar sería necesario reflexionar acerca de si los derechos fundamentales pueden o no ser asimilados con los “derechos humanos consagrados en esta Constitución”, tal como lo expresa el artículo 105 constitucional a partir de la reforma que estamos analizando.

En México el tema es relevante no solamente en el contexto que nos suministra la reforma al artículo 105, sino por razones previas, de carácter histórico, que nos han llevado a tener graves confusiones terminológicas sobre diversos conceptos.

Aunque no se ha reparado adecuadamente en ello, creo que los conceptos de “derechos fundamentales”, “garantías individuales y sociales” y “derechos humanos” no son equivalentes, ni se pueden utilizar indistintamente. Desde luego, es la Constitución la que utiliza, en el encabe-

zado de su primera parte, el término “garantías individuales”, al que se apega la mayor parte de la doctrina mexicana. Pero el propio texto menciona también a los “derechos fundamentales” en el artículo 18 y a los “derechos humanos” en los artículos 2o., apartado A, fracción II y en el artículo 102, apartado B.

Creo que el término que se suele utilizar en México para identificar a los derechos fundamentales, que es el de “garantías individuales” no es el más adecuado; entre otras cuestiones, porque como ha demostrado en muchos de sus trabajos Héctor Fix-Zamudio, el concepto de garantía no puede ser equivalente al de un derecho. La garantía es el medio, como su nombre lo indica, para *garantizar* algo, para hacerlo eficaz, para devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado. En sentido moderno una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales.<sup>1</sup> Luigi Ferrajoli señala que “Garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”.<sup>2</sup>

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

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

Las garantías primarias son precisamente las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en algún texto normativo; por su lado, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la

<sup>1</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. I, pp. 273 y 283, entre otras.

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, México, CNDH, 2006, p. 29.

nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por tanto violen también las garantías primarias.

El término “derechos fundamentales” aparece en Francia (*droits fondamentaux*) a finales del siglo XVIII, dentro del movimiento que culmina con la expedición de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.<sup>3</sup> En sentido moderno, toma relieve sobre todo en Alemania bajo la denominación de “*grundrechte*” adoptada por la Constitución de ese país de 1949.<sup>4</sup>

Los derechos humanos son una categoría más amplia y que, en la práctica, se suele utilizar con menos rigor jurídico que la de derechos fundamentales. Muchas veces se hace referencia a los derechos humanos como expectativas que no están previstas de forma clara en alguna norma jurídica, con el objeto de señalar lo que a algunas personas les puede parecer una actuación indebida de las autoridades. Para algunos teóricos, que esgrimen muy buenas razones en su favor, serían también derechos humanos algunos derechos no jurídicos; se trataría, por ejemplo, de los llamados “derechos morales”.

Pese a todo, la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos no nos debe llevar a pensar que se trata de categorías separadas e incomunicadas. Todo lo contrario. De hecho, podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos *constitucionalizados*.

Así parece haberlo entendido el poder reformador de la Constitución cuando en el nuevo texto del artículo 105 se refiere precisamente a derechos humanos, pero que figuren en la Constitución, es decir, derechos humanos *constitucionalizados*: o sea, derechos fundamentales. De esta manera damos por resuelta la segunda de las cuestiones planteadas al inicio de este apartado. Queda por contestar, sin embargo, la primera de ellas: ¿qué son los derechos fundamentales? No es el lugar para poder ofrecer una respuesta muy amplia,<sup>5</sup> por lo que creo que puede bastar con lo siguiente.

<sup>3</sup> Sobre el contexto en el que fue creada la Declaración y sobre su contenido, Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa-CNDH-UNAM, 2005, pp. 65-164.

<sup>4</sup> Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991, p. 29. Véase también Cruz Villalón, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *La curiosidad del jurista persa, y otros escritos sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 1999, pp. 23-53.

<sup>5</sup> Pueden verse consideraciones adicionales sobre el tema en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2a. ed., México, Porrúa-CNDH-UNAM, 2006, pp. 10-33.

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

En términos generales, podemos decir que a partir de una norma de derecho fundamental se crea una relación jurídica compuesta por tres elementos: un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto de la relación. La calidad de los sujetos vendrá dada por un lado por la titularidad de derechos que asigne una norma; así por ejemplo, podrá ser sujeto activo del derecho a la educación toda persona, pero solamente lo será del derecho al voto quien sea mayor de 18 años y además posea la ciudadanía del Estado en el que reside habitualmente. Por otro lado, la calidad de sujeto vendrá determinada también por el tipo de enunciado que la norma de derecho fundamental contenga; por ejemplo, el derecho a la vida podrá oponerse frente a todas las demás personas, con independencia de que sean particulares o autoridades, pero el derecho a un proceso judicial sin dilaciones solamente podrá oponerse a una autoridad, en tanto que los particulares como regla general no administran justicia.

También podrá resultar variable el tipo de relación jurídica de derecho fundamental dependiendo del objeto que se busque proteger; así por ejemplo, si el objeto es la libertad del sujeto activo, es probable que la relación jurídica implique para el sujeto pasivo un deber de abstención, una conducta omisiva. Si el objeto del derecho es la igualdad, se requiere del sujeto pasivo una conducta activa, por ejemplo para prestar el servicio público de salud, para construir viviendas o para impedir que unos particulares discriminen a otros en el acceso al transporte por carretera.

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

Luigi Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”.<sup>7</sup> El propio autor aclara que por derecho subjetivo debe entenderse “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”, mientras que por *status* debemos entender “la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”. La que se acaba de ofrecer es una definición de carácter teórico, que deberá en su caso ser aplicada al marco normativo de cada ordenamiento jurídico concreto.

Debe notarse, sin embargo, que la expresión “derechos humanos que consagra esta Constitución” aparece solamente en la primera frase del inciso G de la fracción II del artículo 105 constitucional. Es decir, no parece que sea aplicable mas que a las acciones promovidas por la CNDH, pero no por las que decidan iniciar las comisiones estatales.

### III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y TRATADOS INTERNACIONALES

En el apartado anterior, al referirnos a la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales se dijo que los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados, es decir, derechos humanos que están recogidos positivamente en Constituciones y tratados internacionales. La pregunta que surge ante lo anterior es si la legitimación activa de las comisiones de derechos humanos para promover acciones de inconstitucionalidad abarca o no a derechos fundamentales que están previstos en los tratados internacionales, pero que no figuran dentro del texto constitucional mexicano.

La única respuesta a lo anterior debe ser afirmativa: la legitimación de las comisiones de derechos humanos abarca a los derechos contemplados en los tratados internacionales, siempre y cuando dichos tratados hayan ingresado en el sistema jurídico mexicano a través del mecanismo de recepción previsto en el artículo 133 de la Constitución.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.

<sup>8</sup> Sobre dicho mecanismo puede verse Becerra, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, UNAM, 2006.

Lo anterior se basa en el hecho, para mí indiscutible, de que cuando el artículo 105 se refiere a “los derechos humanos consagrados en esta Constitución” se refiere a todos aquellos derechos que están vigentes, que son obligatorios, que forman parte del ordenamiento jurídico nacional, dentro del territorio del Estado mexicano. Y no cabe duda de que los derechos fundamentales previstos en tratados internacionales firmados y ratificados por los representantes del Estado mexicano están vigentes en territorio nacional y han sido “consagrados” por la Constitución a través del sistema recepcional establecido en el artículo 133.

Concluir lo contrario nos llevaría a enormes dificultades, incluso de carácter práctico: ¿qué pasaría con aquellos derechos que están expresamente previstos por la Constitución pero que son desarrollados con más amplitud, en aspectos complementarios o distintos, por los tratados internacionales? ¿las comisiones solamente podrían plantear acciones de inconstitucionalidad con base en la parte de un derecho que sí está expresamente prevista en la Constitución, dejando a un lado lo que sobre el mismo derecho se prevea en los tratados?

Pero además, recordemos que la Constitución en el artículo 102 dispone que las comisiones de derechos humanos tendrán como función proteger “los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano”, dentro de los cuales —inequívocamente— se encuentran los derechos previstos en los tratados internacionales.

Resuelta la anterior cuestión es momento de enfatizar, así sea de forma breve, la enorme importancia que hoy en día tiene el derecho internacional de los derechos humanos. Esto es relevante ya que dentro del ordenamiento jurídico internacional dedicado a la previsión y tutela de los derechos humanos, las comisiones podrán encontrar una gran diversidad y riqueza de argumentos para plantear acciones de inconstitucionalidad ante la SCJN. En otras palabras: las comisiones podrán sustentar, fortalecer, robustecer y ensanchar adecuadamente sus argumentos si reparan en todos los documentos que integran el derecho internacional de los derechos humanos.

Se calcula que actualmente existen poco menos de 150 tratados internacionales y protocolos referidos a los derechos humanos, de forma que podemos hablar de un proceso de intensa codificación internacional de los derechos.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 209 y ss.

Los tratados de derechos humanos pueden ser de carácter general o sectorial. Los primeros regulan muchos tipos de derechos o derechos adscribibles, en términos generales, a todas las personas. Los segundos contienen derechos para determinados tipos de personas. Entre los primeros podemos mencionar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966;<sup>10</sup> en el ámbito de América Latina el más importante tratado general es la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, suscrita el 22 de noviembre de 1969.<sup>11</sup>

Entre los tratados internacionales de carácter sectorial más importantes se encuentran la Convención de los Derechos del Niño<sup>12</sup> y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer,<sup>13</sup> así como los Convenios de la OIT sobre distintos aspectos de los derechos fundamentales de los trabajadores. En el ámbito de América Latina podemos destacar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como “Convención de Belém do Pará”) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad.

De los tratados internacionales pueden derivar, a su vez, otras fuentes del derecho. Tales fuentes son de la mayor relevancia y deben ser conocidas y estudiadas por las comisiones de derechos humanos a fin de plantear con pleno fundamento las cuestiones de fondo dentro de las acciones de inconstitucionalidad que consideren llevar ante la mesa de la SCJN. Entre dichas “fuentes derivadas” figuran las observaciones generales, que son una especie de interpretación general dictada por comités de expertos creados por mandato de los principales pactos internacionales de derechos humanos. Así lo hace, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 28 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 29.

Los comentarios u observaciones generales son de gran interés para los estudiosos de los derechos fundamentales ya que contribuyen a ampliar el significado de las disposiciones de los pactos y tratados, precisando las

<sup>10</sup> Publicados ambos en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

<sup>11</sup> Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

<sup>12</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

<sup>13</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981; fe de erratas del 18 de junio de 1981.



obligaciones de los Estados y las tareas concretas que deben llevar a cabo para cumplir con lo que disponen los instrumentos internacionales.

Podríamos decir que las observaciones generales se asemejan a una especie de jurisprudencia, solo que no es dictada por órganos jurisdiccionales sino por órganos de carácter más bien consultivo, integrados — como ya se dijo — por expertos en cada materia.<sup>14</sup>

Para terminar este apartado debemos apuntar que, en materia de derechos fundamentales, el intérprete debe considerar que existe una suerte de “jerarquía axiológica”, de modo que deberá tomar en cuenta la norma que proteja más ampliamente un derecho, con independencia del lugar que dentro de la pirámide normativa ocupe el precepto en cuestión.

Creo que puede tener cierta utilidad poner un ejemplo que ilustre de qué manera el derecho internacional de los derechos humanos puede ser utilizado por las comisiones de derechos humanos para poder articular sólidamente sus acciones de inconstitucionalidad y sobre todo para ampliar el alcance de algunos derechos fundamentales tal como están recogidos por la Constitución.

El artículo 4o. constitucional prevé el derecho a la vivienda.<sup>15</sup> De una forma un tanto extraña lo asigna a “toda familia”, en su párrafo quinto, que escuetamente establece: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa”.

Como puede verse, el precepto en cuestión es bastante breve y está redactado en términos muy amplios (por ejemplo, no define ni aporta elemento alguno que nos ayude a definir qué debe entenderse por “dignidad” y “decoro” de una vivienda). Pero además, y esta es la cuestión que quiero utilizar para demostrar la utilidad del derecho internacional, dispone que “el sujeto” del derecho a la vivienda es “la familia”.

Supongamos para efecto del ejemplo que una ley federal o local expedida en México señala que no podrán acceder a créditos de vivienda las

<sup>14</sup> Una selección muy amplia de observaciones generales puede verse en Carbonell, Miguel, *et al.* (comp.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, Porrúa-CNDH, 2003, t. I, pp. 389 y ss.

<sup>15</sup> Sobre este derecho, Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, *cit.*, nota 5, pp. 921 y ss., así como Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003 y Pisarello, Gerardo, “El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad”, en Abramovich, Víctor, Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.

personas que vivan solas o aquellas que no puedan ubicarse dentro del concepto X o Y de familia (por ejemplo parejas homosexuales, personas solteras y sin hijos, etcétera). Además de que, para ciertos supuestos específicos podría configurarse una discriminación por motivo de estado civil (que está prohibida por el artículo 1o. párrafo tercero de la Constitución), la cuestión general del sujeto titular del derecho a la vivienda puede resolverse acudiendo al derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU dispone que se deberá garantizar, “a toda persona”, “un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y *vivienda* adecuados”.

Hay incluso declaraciones sectoriales que también prevén el derecho a la vivienda, para ciertas categorías de sujetos. Así por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en el artículo 27, párrafo tercero, que:

Los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y *la vivienda*.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, dispone en su artículo 21 lo siguiente:

*En materia de vivienda* y en la medida en que esté regida por leyes y reglamentos o sujeta a la fiscalización de las autoridades oficiales, los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en sus territorios el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros.

Por último, se puede mencionar la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (de 1990), cuyo artículo 43, párrafo 1 establece que “Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación a... d) El *acceso a la vivienda*, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres”.

Por otro lado, para darle contenido normativo completo y amplio al citado párrafo quinto del artículo 4o. constitucional, pueden las comisiones de derechos humanos acudir a la Observación General número 4, emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, relativa precisamente al derecho a la vivienda. El Comité se preocupa por definir el concepto de vivienda adecuada y hace las siguientes consideraciones:

...el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada.

¿Cómo saber si estamos o no frente a una vivienda “adecuada” (lo que, en el contexto del artículo 4o. constitucional, equivaldría a una vivienda “digna y decorosa”)? El Comité identifica siete aspectos que contribuyen a que una vivienda sea adecuada y que pueden ser aplicables a cualquier contexto, con independencia de las condiciones sociales, económicas, culturales o jurídicas del lugar en donde se deba hacer efectivo el derecho. Son los siguientes:

- a) Seguridad jurídica en la tenencia: esto quiere decir que todas las personas deben de tener un mínimo de seguridad jurídica que les garantice contra el desahucio, el hostigamiento y otras amenazas. Para lograrlo, el Estado debe de tomar medidas en primer término de carácter legislativo. La seguridad jurídica es necesaria para las distintas modalidades por la que se puede tener acceso a una vivienda; así por ejemplo para el alquiler, la vivienda en cooperati-

- va, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia, los asentamientos informales, etcétera.
- b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras: dentro de este punto se incluye la posibilidad de contar con acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.
  - c) Gastos soportables: esto significa que los gastos que conlleva una vivienda no deben de ser tan altos como para impedir que se satisfagan otras necesidades básicas. Para lograr esto se pueden llegar a requerir subsidios por parte del Estado, así como una regulación que impida especulaciones sobre los alquileres o sobre el precio de la tierra.
  - d) Habitabilidad: se considera que una vivienda es habitable si protege a sus ocupantes del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento y otras amenazas para la salud; debe también garantizar la seguridad física de sus habitantes. El Comité recuerda la existencia de los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y exhorta a los Estados a que los apliquen con la mayor amplitud.
  - e) Asequibilidad: la asequibilidad significa que los grupos más desaventajados de la sociedad deben de tener acceso pleno y sostenible a los recursos necesarios para conseguir una vivienda. Entre dichos grupos figuran los ancianos, los enfermos terminales, los discapacitados físicos, los enfermos mentales, las víctimas de catástrofes naturales, etcétera. Las políticas de vivienda, enfatiza el Comité, no deben destinarse a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a costa de los demás.
  - f) Lugar: la ubicación de la vivienda debe ser tal que permita el acceso a las opciones de empleo, a los servicios de atención a la salud, a centros de atención de niños, escuelas y demás servicios sociales. Las viviendas no deben construirse cerca de lugares contaminados o próximas a fuentes de contaminación que pongan en riesgo el derecho a la salud de sus habitantes.
  - g) Adecuación cultural: esto quiere decir que la forma de construir la vivienda, los materiales utilizados y las políticas públicas que se

desarrollen deben permitir la expresión de la identidad cultural de sus habitantes, que puede variar de forma importante dentro de un mismo país, e incluso dentro de una misma ciudad.

Adicionalmente, el Comité recomienda la adecuación del sistema jurídico para permitir que, de alguna forma, el derecho a la vivienda sea justiciable, es decir, que quienes vean de cierta manera afectado ese derecho puedan acudir ante los tribunales para presentar una reclamación.

Entre las medidas a tomar por los Estados para hacer justiciable el derecho a la vivienda, el Comité recomienda las siguientes:

- a) Apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales.
- b) Procedimientos jurídicos que busquen obtener una indemnización luego de un desahucio ilegal.
- c) Reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda.
- d) Denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda.
- e) Reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas.
- f) Acciones populares frente a situaciones que impliquen niveles de gran aumento de personas sin hogar.

Todo lo anterior puede permitir a las comisiones plantear argumentos muy sólidos ante la SCJN a efecto de hacer realidad en México el derecho a la vivienda, que es un tema en el que existen muy escasos pronunciamientos de la Corte. Además, las comisiones pueden plantear no solamente violaciones por acción, sino también por omisión, con lo cual el derecho internacional de los derechos humanos les puede suministrar el parámetro de lo que debería contener una ley federal o local en materia de vivienda.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Acerca de los diversos pronunciamientos que, dentro de las acciones de inconstitucionalidad, ha realizado la SCJN relativos a las omisiones legislativas inconstitucionales, pueden verse los trabajos de César Astudillo y de Carlos Báez incluidos en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2a. ed., México, UNAM, 2007.

Si no se alcanza ese contenido dentro de una legislación la Corte debería dictar una sentencia declarando la inconstitucionalidad de la norma por resultar omisiva en alguno de los aspectos que se han señalado en los párrafos anteriores.

Lo importante es señalar la enorme riqueza del derecho internacional de los derechos humanos; riqueza que será muy aprovechable por las comisiones para hacer buenos planteamientos, jurídicamente muy robustos, en las acciones de inconstitucionalidad que decidan presentar.

#### IV. ¿EXISTEN ZONAS DE INCOMPETENCIA DE LAS COMISIONES DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD?

Hay una cuestión, de entre las muchas que suscita la reforma al artículo 105, que deberá también ser atendida y, en su momento, definida por la SCJN (y aun antes por las propias comisiones, para decidir si promueven o no ciertas acciones de inconstitucionalidad). Me refiero al hecho de que en el artículo 102, apartado B se señalan tres tipos de incompetencias y habría que preguntarse si tales incompetencias se proyectan o no a la legitimación activa de las comisiones para promover acciones de inconstitucionalidad.

Las tres incompetencias señaladas en el artículo 102 se refieren a la materia electoral, laboral y jurisdiccional (artículo 102, apartado B, párrafo tercero). Dejemos clara una cuestión: aunque hubo en su momento razones de peso (técnicas unas, políticas otras), para incorporar esas tres áreas de incompetencia, lo cierto es que en los tres casos se ven involucrados derechos fundamentales. Es obvio que son derechos de esta clase los que se producen en una relación laboral (muchos de ellos, aunque no todos, recogidos en el artículo 123 de la Constitución), dentro de la materia electoral (los derechos de participación política, como el derecho de sufragio activo, el derecho de sufragio pasivo y el derecho de asociación en materia política, son derechos fundamentales, sin género de duda alguna, pese a la contradictoria y reduccionista jurisprudencia que sobre el tema había desarrollado el Poder Judicial Federal en el pasado)<sup>17</sup> y dentro del ámbito jurisdiccional (comenzando por el derecho a la tutela ju-

<sup>17</sup> Véase sobre el tema las reflexiones de Fix-Fierro, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, 2a. ed., México, UNAM, 2006.

dicial y siguiendo con los demás derechos procesales que en México establecen, entre otros, los artículos 14, 17, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Constitución).

Pero es igualmente obvio que existe un mandato constitucional que hace que las comisiones de derechos humanos no puedan conocer, en esas materias, de “quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público”. Esa es la extensión de la incompetencia. Lo que sucede es que con la nueva atribución que tienen las comisiones, conforme al texto reformado del artículo 105, surge la duda de si tales incompetencias se proyectan también a la legitimación activa creada recientemente. Mi opinión es que no: las comisiones de derechos humanos pueden promover acciones de inconstitucionalidad en todas las materias, incluyendo la materia electoral, la materia laboral y las cuestiones relativas al ejercicio de la función jurisdiccional.

El argumento a favor de esta interpretación es bastante simple: el inciso G del artículo 105, fracción II constitucional no señala limitación alguna. Sí lo hace el artículo 102, apartado B, pero solamente respecto del conocimiento de quejas por actos administrativos. El objeto de las acciones de inconstitucionalidad no son este tipo de actos, sino normas generales: leyes y tratados. Por tanto, no deberán considerarse aplicables tales limitaciones. Además, cuando el poder reformador de la Constitución ha querido limitar la legitimación activa por razón de materia, lo ha hecho de forma expresa, como sucede con los partidos políticos, que solamente pueden promover acciones de inconstitucionalidad en materia electoral (artículo 105, fracción II, inciso F). No existe en todo el artículo 105, aparte de la mencionada, una sola limitación *ratione materiae*, por lo que no le corresponde al intérprete introducir una por vía hermenéutica.

Ahora bien, en todo caso es un asunto que, en su momento deberá definir la SCJN y, dado el carácter conservador que han adoptado en una gran variedad de temas muchos de sus integrantes (uno de ellos incluso escribió hace años un libro sobre las comisiones de derechos humanos en el que demostraba que no entendía el sentido, la misión y el lugar de los *ombudsmen* dentro del Estado constitucional), no sería difícil aventurar que podrían llegar a negar la legitimación activa de las comisiones de derechos humanos en materia laboral, electoral y jurisdiccional.

## V. UN BALANCE PROVISIONAL

Creo que se podría estar de acuerdo en que la reforma constitucional al artículo 105 para darle legitimación activa a las comisiones de derechos humanos, a fin de que puedan promover acciones de inconstitucionalidad, es un avance de considerables proporciones. Se trata de una reforma que sin problema podría incluirse dentro de la noción más amplia de “Reforma del Estado”, puesto que en su funcionamiento práctico nos puede ayudar para tener un Estado más democrático en México, en el que los derechos fundamentales tengan una mejor protección, sobre todo frente al legislador.

Por otro lado, la reforma constitucional que analizamos puede permitir en el corto plazo un despliegue importante de “litigiosidad social” en el ámbito de los derechos fundamentales. Hasta ahora no había forma alguna de plantear acciones de inconstitucionalidad por órganos que no fueran típicamente políticos (órganos parlamentarios o partidos políticos), con excepción del Procurador General de la República, cuya dependencia del Poder Ejecutivo Federal lo hacía parcial en sus planteamientos y políticamente interesado en el sentido de las sentencias.<sup>18</sup>

En la actualidad, sin embargo, las comisiones de derechos humanos pueden servir —si se toman en serio su papel— como vehículos útiles de transmisión de inquietudes ciudadanas, a fin de plantear ante la Corte acciones en contra de leyes que limiten o afecten indebidamente los derechos fundamentales de todos. La reforma permitirá, así lo espero, una mayor presencia de la sociedad civil en los litigios constitucionales ante la Corte.

Hay que recordar que la única garantía viable y sólida, estructural y permanente, de los derechos fundamentales reside en sus titulares. Es algo que se sabía ya desde los albores del Estado constitucional, pero que hoy como nunca hace falta poner de nuevo sobre la mesa y la reforma publicada el 14 de septiembre es una excelente oportunidad para hacerlo.

Quizá no sea exagerado predecir que, si aprovechamos la reforma, podríamos estar generando alguno o algunos de los elementos necesarios para alcanzar una “revolución de los derechos”, que desde luego es una revolu-

<sup>18</sup> Para un estudio sobre la legitimación activa en materia de acciones de inconstitucionalidad, anterior a la reforma que estamos analizando, Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2005, pp. 165 y ss.



ción pacífica, basada en la utilización estricta del ordenamiento jurídico. Según algunos autores, una condición necesaria para un movimiento de este tipo es el activismo judicial en materia de derechos,<sup>19</sup> el cual ha estado ausente en la práctica de nuestra SCJN como lo han demostrado contundentemente Arturo Zaldívar y Ana Laura Magaloni,<sup>20</sup> pero que podría comenzar a aparecer si las comisiones hacen planteamientos innovadores ante los ministros (y si estos se deciden a adoptar posturas más activistas en materia de derechos fundamentales, claro está).

Pero para que se puedan dar esos planteamientos deben llegar asuntos importantes y bien planteados ante la Corte. De ahí la enorme ventana de oportunidad que nos ofrece el nuevo texto del artículo 105 constitucional. De todos depende que sepamos aprovecharla.

<sup>19</sup> Epp, Charles, *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, capítulo uno.

<sup>20</sup> Magaloni, Ana L. y Zaldívar, Arturo, “El ciudadano olvidado”, *Nexos*, México, núm. 342, junio de 2006.