LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

35

María José Bernal Ballesteros

Jorge Olvera García

Enrique Uribe Arzate

Resumen

Es innegable que el Estado de derecho ha sido superado por el paradigma del Estado constitucional. Más allá de las especificidades históricas, de la diversidad de las formas de gobierno y de Estado, las constituciones tienden a homologarse por cuanto hace a lista de derechos de la persona reconocidos como fundamentales o humanos. Es ésta una cuestión universal que se estima infaltable en cualquier ordenamiento jurídico esencial.

En este sentido, las nuevas constituciones tienen en común la voluntad de reservar una amplia parte del texto a la enumeración de una vasta gama de derechos y a la identificación de instrumentos específicos y órganos para su tutela y garantía dentro y fuera del propio Estado.

De tal guisa, se desprende que todo Estado constitucional debe de ser un Estado democrático y humanista; es decir, capaz de garantizar los derechos humanos de cada individuo, pues aquí reside su justificación suprema.

Palabras clave: derechos humanos, garantía, Estado constitucional.

Abstract

There is no denial of the fact that the idea of "The Rule of Law-State" has been defeated by the notion of a "Constitutional State".

Constitutions all around the globe tend to follow the path of homogenization regarding their charters of rights recognized as fundamental to persons (human rights as they are also called). This is happening independently of the particular government and State forms that countries adopt, and of historical specificities. Having these

charters of human rights is almost a universal feature, nowadays indispensable in any constitutional regime.

New Constitutions share the decision to dedicate huge portions of their texts to include a wide range of human rights alongside with the specification of diverse legal instruments and agencies the function of which is to warrant compliance and to provide remedial mechanisms in cases of violation.

The argument that will be put forward in this opportunity is that every Constitutional State must be humanistic and democratic, and able to protect and safeguard the human rights of each individual. This is the supreme justification of its existence.

Keywords: human rights, warranty, constitutional state.

Consideraciones previas

Nos encontramos en un momento trascendental en el ámbito del Derecho Constitucional. La búsqueda de garantías plenas de los derechos humanos ocupa actualmente uno de los primeros lugares, tanto en el ámbito local como en el internacional.

Resulta evidente que el Estado de derecho, que en un momento dado pareció ser garante pleno de los derechos humanos, ha quedado rebasado. El desarrollo histórico de este tipo de Estado llegó a su fin; si bien es cierto que el Estado de derecho tuvo su auge en otra época, también lo es que hoy en día es evidente su crisis y decadencia[1].

[1] Históricamente sólo fue posible hablar de Estado de derecho cuando se consideró que la libertad personal era el fundamento de cualquier comunidad política. Desde el siglo XVI, la libertad se empezó a considerar como una facultad subjetiva de hacer todo aquello que no estuviera prohibido por la ley. Sin embargo, para el siglo XIX, la crítica social de este tipo de Estado era ya insos-

En virtud de lo anterior, se considera trascendental referirnos al modelo de Estado constitucional, cuya esencia, sin lugar a dudas, nos permite situarnos en un mejor ámbito por cuanto hace a la disposición y garantía de los derechos humanos.

La trascendencia de este tópico de investigación se justifica, pues, en la práctica de la mayoría de los Estados democráticos del mundo, la idea de que en el marco de actuación del Estado puedan existir medios idóneos para evitar y combatir los excesos en el ejercicio del poder público, se inscribe como una de las más relevantes y encomiables desde que los hombres empezaron a luchar por sus derechos humanos (Uribe, 2008: 141).

También habremos de poner en relieve las dificultades e inconsistencias prácticas en las que se ve inmerso el Estado al llevar a cabo dicha tarea. En la mayoría de los casos, los mecanismos de protección de derechos humanos con los que cuenta resultan insuficientes para la *vivencialidad* de los referidos derechos.

Para un mayor entendimiento del presente trabajo de investigación, es importante señalar que en la doctrina constitucional, a lo largo del tiempo, se ha marcado distinciones teóricas entre el concepto de derechos humanos y el concepto de derechos fundamentales. Se ha entendido que no todos los derechos humanos son derechos fundamentales, que sólo son fundamentales los que la constitución considera así; es decir, la expresión "derechos fundamentales" designa a los derechos

tenible. Empezó a difundirse la idea de que el Estado no podía permanecer impasible ante la realidad, que el principio de igualdad no se cumplía en la práctica, ni el de libertad y justica; por lo que, el Estado y el derecho debían proteger a los más débiles y establecer las condiciones materiales y sociales indispensables para el goce efectivo de sus derechos.

garantizados por la constitución y, en cambio, la denominación "derechos humanos" hace referencia a derechos garantizados por normas internacionales[2].

No obstante lo anterior y partiendo de que ambos tienen la misma razón de ser, para efectos del presente trabajo de investigación, nos referiremos a ellos indistintamente, y en lo que nos enfocaremos será en analizar las garantías con las que cuenta el Estado constitucional para la protección y disfrute de los derechos humanos, ya sea en su ámbito estatal o internacional, mismos que si no son acompañados con mecanismos procesales eficaces, así como de las instituciones o tribunales correspondientes, se ven reducidos a meros supuestos teóricos.

Resulta oportuno traer a colación el planteamiento expresado por Norberto Bobbio cuando señala que, ante la imposibilidad de hallar un fundamento absoluto de los derechos humanos, el problema toral de los derechos del hombre no consiste tanto en justificarlos, sino en buscar los mecanismos más eficaces para obtener su real protección. El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si

[2] En la praxis, existen múltiples denominaciones para hacer referencia a los derechos humanos. Ninguno de estos términos es una expresión pura de una definición lingüística, sino que todos ellos se encuentran estrechamente relacionados con factores culturales, explicaciones derivadas de un contexto histórico, ideologías, intereses, posiciones científicas, filosóficas, religiosas entre otras. Algunas de las denominaciones que podemos encontrar hoy en día son los derechos naturales, derechos públicos subjetivos, derechos del hombre, garantías individuales, libertades públicas, derechos individuales, derechos morales y derechos del ciudadano, además de la denominación que se ha extendido de derechos fundamentales. Todas ellas presentan ventajas e inconvenientes. Aunque lo más importante no radica en el nombre que se les dé, sino en su adecuada garantía.

son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de la declaraciones solemnes, sean continuamente violados[3] (Bobbio, 1982: 9).

Del Estado de derecho clásico al Estado constitucional

Durante el Estado absoluto, ya se figuraban las bases del constitucionalismo mediante la formulación de aquellas doctrinas que, en su intención de limitar el poder regio o de proclamar determinados derechos del hombre, dieron lugar al tránsito del Estado absoluto[4] a un nuevo

[3] Contraria a esta afirmación, resulta respetable la idea de Eusebio Fernández y de Pérez Luño, al referir que dicho argumento resulta exagerado considerando que el problema de la fundamentación está resuelto, y no debe de preocuparnos más desde el momento en que existe un consenso general de su validez presentado en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Este autor entiende que el problema de la fundamentación y de la protección de los derechos humanos, aunque distintos, no se puede presentar diferenciados. Además, alude que una mejor forma de protección de estos derechos no es sólo contar con las técnicas jurídicas que los garanticen y, por supuesto, con unas circunstancias sociales, económicas, políticas y culturales que los posibiliten y sean favorables a ellos, sino también estar respaldados por buenos argumentos a la hora de fundamentarlos y defenderlos. Lo cierto es que, para los efectos de la investigación que nos ocupa y sin menospreciar ninguna postura al respecto, vamos a partir de la idea planteada por Norberto Bobbio. Lo anterior será así en virtud de que el análisis en el que se basa este trabajo es, más que la fundamentación y conceptualización de los derechos humanos, el análisis de las garantías de los mismos. Ver: E. Fernández (1984), *Teoría de la justicia y derechos humanos,* Madrid, Debate.

[4] No suele discutirse la naturaleza absolutista del Estado desde sus orígenes y aparición como Estado moderno hasta el advenimiento del Estado liberal. En este Estado absolutista no cabía hablar aún de ciudadanos ni mucho menos de su libertad e igualdad. Aunque hubiera zonas de libertad, se trataba sólo de privilegios, inmunidades, franquicias, etc., concedidas por el monarca, bien a grupos, bien a ámbitos geográficos determinados. Son precisamente las desigualdades y los abusos lo que lleva a las revoluciones liberales a invocar la libertad y la igualdad como banderas. Para más información relacionada con el Estado constitucional y su configuración histórica, consultar R. Sánchez Ferriz (2009), *El Estado constitucional, configuración histórica y jurídica. Organización funcional,* Valencia, Tirant lo Blanch.

modelo de Estado, el Estado liberal de derecho, pues no olvidemos que éste surge como reacción de la burguesía al antiguo régimen[5].

Desde estas perspectivas, cuestiones tales como los derechos del individuo, concebidos ya por Locke como un ámbito de libertad frente al Estado; la doctrina de la división de poderes formulada por Montesquieu, como un instrumento de garantía de la libertad política; o la propia concepción de la soberanía nacional preconizada por Sieyès, se convierten en ideas matriz de la nueva organización política[6].

> En efecto, el Estado liberal tuvo en la ley una de sus bases fundamentales, a tal punto que puede hablarse de un Estado legislativo en el que Derecho y Ley eran lo mismo. Dado que los derechos fundamentales se entendieron, desde una concepción objetiva, como límites al ejercicio del poder estatal, estos límites solo podían ser interpretados bajo el imperio del principio de legalidad y dentro de las escuelas positivistas clásicas dominadas por el culto al texto legal (Lancheros, 2009: 250).

El modelo estatal abstencionista, propio del Estado liberal, no supo, sin embargo, dar respuesta a las crecientes necesidades sociales de su época, lo que desembocó inevitablemente en la crisis del Estado liberal[7].

---

5 En efecto, aún en pleno absolutismo se van formulando nuevas doctrinas que, intentando poner límites al poder e invocando los derechos del hombre y del pueblo, sientan los cimientos del constitucionalismo. Las bases sociales de éste arrancan de muy atrás y avanzan paralelas al ascenso de la burguesía, que no en vano apellida al movimiento constitucional (constitucionalismo burgués) y a la ideología que lo acompaña (liberalismo burgués) (Sánchez; 2009: 91).

6 Más información del tema en A. Navas Castillo y F. Navas Castillo (2009), *El Estado Constitucional,* Madrid, Dykinson, S. L.

7 Así es, la desigualdad y la marginación en la que se veía envuelta la clase obrera como consecuencia de la inactividad del Estado en el ámbito económico, intensificó cada vez más la complejidad del conflicto entre burguesía y proletariado.

El régimen liberal, como régimen constitucional, estableció límites al poder público y se ubicó en una perspectiva garantista de los derechos individuales. La constitución escrita, el principio de legalidad y el proceso codificador al que de inmediato convocó, contribuyeron poderosamente a fortalecer la seguridad jurídica y a conformar lo que, a partir de 1823, se llamaría Estado de derecho (Torres del Moral, 2010: 62).

A partir de entonces, se hablaría del clásico Estado de derecho, es decir, del sometimiento de los poderes públicos a la ley elaborada por la mayoría, como expresión de la voluntad general, dando lugar a lo que hoy conocemos como el principio de legalidad[8]. La ley era la que condicionaba la actuación de los gobernantes y éstos se encontraban sometidos a ella y bajo su imperio. La primacía de la ley señalaba así la derrota de las tradiciones jurídicas del absolutismo. El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión o, por lo menos, la sumisión a la ley de todas las demás fuentes del derecho.

Ya con la decadencia del Estado absolutista y con la crisis del Estado liberal y del Estado social, llegamos a la época del Constitucionalismo[9]. Al respecto, Luigi Ferra-

---

[8] El Estado liberal de derechos era un Estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad. Este principio expresa, en general, la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible ante cualquier derecho, cualquiera que sea su forma o fundamento, y ante cualquier otro poder.

[9] El derecho se ha transformado atravesando por diversas etapas. La etapa del positivismo jurídico clásico representa la separación entre derecho y moral, y entre validez y justicia, estableciendo que sólo se puede considerar como derecho a aquellas normas que han sido producidas a través de los sistemas legislativos establecidos por los Estados, es decir, atendiendo a su positividad. A esto Ferrajoli le denomina principio de mera legalidad o legalidad formal. La actual etapa del Derecho, basada en el constitucionalismo, se identifica con el principio de estricta legalidad o legalidad sustancial. Este principio expresa que las normas

joli señala que los actuales sistemas jurídicos han sufrido una transformación; ya no son más el Estado de derecho clásico, sino que hoy conforman el llamado "Estado constitucional de derecho" o modelo garantista, lo cual constituye un enorme cambio en los modos de interpretación y validez de las normas.

Y es que, a decir de este autor, para que una norma sea válida además de vigente, no basta que haya emanado de las formas predispuestas para su producción, sino que también es necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos tanto en la constitución como en los cuerpos normativos internacionales. Es así como a través de esta evolución jurídica se da un nuevo significado al constitucionalismo.

De tal forma, hoy en día, podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea, de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales y, precisamente, por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos a todos los poderes públicos, incluso al legislativo.

Podemos agregar que la garantía jurídica de efectividad de este sistema reside en la rigidez de sus constituciones, en el carácter positivo de sus normas producidas y en la sujeción de éstas al derecho. Es decir, el modelo garantista no sólo se encuentra regulado en normas positivas (la constitución) y por el procedimiento a través del cual

jurídicas que han sido elaboradas a través de los sistemas legislativos establecidos por los Estados deben estar sometidas a vínculos sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones. El principio de estricta legalidad establece la separación entre validez y vigencia, pudiendo ser que una norma vigente sea declarada nula debido a que no cumple con el principio mencionado.

se crea las normas del sistema, sino que también existen normas positivas que regulan el contenido material de las normas futuras por crear.

El resultado es un nuevo modelo de derechos y de democracia, el Estado constitucional de derecho, que es fruto de un verdadero cambio de paradigma[10] respecto al modelo paleopositivista del Estado legislativo de derecho, un cambio que, al parecer de algunos autores, la cultura jurídica y política no ha tomado todavía con suficiente conciencia y del que, sobre todo, estamos lejos de haber elaborado y asegurado sus técnicas de garantía[11].

En suma, son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y no solamente sus contenidos contingentes –su 'deber ser' y no sólo su 'ser'–, los que en el Estado constitucional de derecho son incorporados en el ordenamiento como *derecho sobre el derecho* en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica. Se deriva de lo anterior la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del mismo derecho positivo, no sólo por lo que hace a las formas de producción, sino en cuanto a los contenidos producidos (Ferrajoli, 2009: 19).

Además, esta incorporación de normas que determinan el contenido de las normas producidas, sumadas a las normas que establecen los procedimientos formales de creación normativa, implica un cambio en el concepto

---

[10] A raíz de esta innovación, la ley, por primera vez, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a nuestro estrato más alto de derecho establecido por la constitución, y por consiguiente a su contenido sustancial. Así pues, se trata de una profunda trasformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho.

[11] Consultar M. Carbonell, *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos,* Madrid, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007, p.p. 71 y ss.

de la legalidad. La misma ley ya no es, ahora, únicamente la que condiciona a los que se encuentran sometidos a ella, sino que ella misma se encuentra condicionada no sólo por vínculos formales sino, por lo que es más importante, por vínculos sustanciales, establecidos en la constitución.

Es así como el derecho moderno, con base en el modelo garantista, no sólo determina la forma de producción de normas, sino que además programa los contenidos sustanciales de las mismas al vincularlos con los valores y principios consagrados en los textos constitucionales, bajo la forma de derechos fundamentales o humanos.

Resultado de todo ello es lo que Ferrajoli llama "el modelo garantista de la democracia constitucional", que comporta cambios estructurales tanto en la perspectiva del derecho como en la de la democracia política. Esto se debe a que la rígida consagración normativa de los derechos humanos aporta un nueva "dimensión sustancial", es decir, el Estado constitucional ha supuesto la constitucionalización de valores y principios que antes no estaban consagrados de manera expresa en los textos constitucionales, como modo de limitar la actividad creadora de derecho por el legislador (Lancheros, 2009: 260).

De todo lo anterior, parece evidente que los fines del Estado y las radicales transformaciones de la sociedad civil han cambiado la estructura original del Estado liberal, dando vida a la forma de Estado constitucional que define gran parte de los ordenamientos constitucionales nacidos de la victoria revolucionaria contra el absolutismo. Pero esta nueva perspectiva del derecho de ninguna manera se limita al ámbito nacional. El cambio de paradigma, al menos en el plano jurídico y normativo, ha trastocado el ámbito internacional. Gracias a ese embrión

de constitución del mundo que está formado por las declaraciones, convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos, también la soberanía estatal externa ha sido jurídicamente limitada por la sujeción de los Estados al imperativo de la paz y a la garantía de los derechos humanos establecidos en esas cartas internacionales[12].

A mayor abundamiento, es importante señalar que esta transformación es particularmente evidente en materia de derechos humanos, desde el momento en que las constituciones propias del Estado democrático y social o Estado constitucional –aun remitiéndose idealmente, y en algunos casos formalmente, a las codificaciones liberales– presentan algunos elementos innovadores, entre los que resulta importante destacar el hecho de que se potencian los instrumentos de garantía, a fin de evitar que el reconocimiento de los derechos del hombre se reduzca a una "declaración romántica", carente de efectividad.

En particular, un indudable salto de calidad en la tutela de los derechos humanos se registra con la afirmación del carácter rígido de las cartas constitucionales y con el desarrollo de la justicia constitucional, que se vuelve la institución principal para la salvaguarda de los derechos humanos (Rolla, 2006: 3).

Está claro que normativa o teóricamente hemos avanzado, sin embargo, la realidad nos muestra otra cara. Tal

---

[12] Desgraciadamente, este segundo cambio (en el ámbito internacional) ha sucedido solamente en el papel, ya que permanece sin ningún tipo de garantía de efectividad. Falta todavía una jurisdicción penal internacional capaz de sancionar los crímenes contra la humanidad, falta una jurisdicción constitucional internacional capaz de censurar los actos de los Estados y de los organismos que violen los derechos humanos.

y como dijimos al inicio de este trabajo, sabemos que hoy en día la mayoría de los textos constitucionales reconoce una amplia gama de derechos fundamentales; pero el hecho de que se encuentren recogidos dentro de una constitución o bien de un tratado internacional –es decir, dentro de ese derecho positivo– no es más que un mero aspecto teórico formalista que, sin la ayuda de una serie de garantías que permitan materializar el goce efectivo de dichos derechos, no sirve de nada, ya que se estarían reduciendo a lo que Uribe Arzate denomina como "derechos humanos de papel".

Sin dejar de lado lo anterior, también hay que reconocer que el hecho de que exista una regulación jurídica del derecho positivo mismo –es decir, que ya no sean sólo sus contenidos contingentes, sino también sus aspectos axiológicos los que sean incorporados al ordenamiento del Estado constitucional de derecho en forma de vínculos y límites jurídicos– constituye una innovación que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo.

Empero, hay que estar conscientes de que dicha conquista presenta todavía algunas cuestiones pendientes en el espacio de los Estados y, más aún, en el ámbito internacional. Esto significa que en la actualidad hacen falta esas garantías que son las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos humanos en coherencia con su consagración constitucional.

Por tanto, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de

garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos. La aplicación de dichos vínculos sustanciales no suele ser de tan fácil aplicación ya que

> La transición de un Estado fundado en la ley a uno basado en la Constitución, es un proceso que supone un cambio fuerte en la cultura jurídica, en la medida en que mucha de la doctrina y de la jurisprudencia tiene su fuente en normas expedidas con anterioridad a la vigencia de este Estado constitucional. En la medida en que los operadores trabajan con materiales jurídicos codificados basados en reglas, con muy poco aprecio práctico por los principios y los valores que los conforman, es natural que muchos de ellos sean reacios a aceptar de buenas a primeras todas las consecuencias que suponen esta evolución, mucho más cuando una gran parte del derecho vigente está a la espera de ser reinterpretado a la luz de la nueva realidad constitucional (Lancheros, 2009: 260).

Lo cierto es que aún nos falta mucho camino por recorrer rumbo a la protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Sin embargo, dentro de la realidad jurídica en la que nos encontramos en pleno siglo XXI, no puede negarse el avance que se ha dado a lo largo del tiempo por cuanto hace a la cultura jurídica de protección a los derechos humanos, que se ha convertido en uno de los ejes rectores y fundamentales de la concepción de Estado constitucional (De Vega, 1983) y que, como ya se ha dicho, mucho se debe al cambio de paradigma que supone el constitucionalismo rígido respecto del viejo modelo del positivismo jurídico.

Derechos humanos, democracia y Estado constitucional

Es innegable el nexo que existe entre los derechos humanos, la democracia y la justicia constitucional. Esta triada, a la que Uribe ha denominado "el ciclo constitucional garantista", nos permite mirar con mayor

claridad cuál es el papel que los derechos humanos tienen en la praxis de la democracia y en la construcción del Estado constitucional.

En primer lugar, y por cuanto hace a la conceptualización de los derechos humanos, consideramos que la misma es eminentemente plural. En tal razón, y aun cuando la conceptualización de los derechos humanos no es el objetivo principal del presente trabajo, hacemos referencia a distintas definiciones con la intención de que el lector pueda identificar sus elementos esenciales.

Los derechos humanos son la facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte su desarrollo integral como persona en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción (Peces-Barba, 1989: 75).

También se dice que los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que la noción de los derechos fundamentales tiende a aludir aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos, en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada (Pérez, 1984: 46).

Otra opinión sostiene que son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden

universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar[13] (Ferrajoli, 2010: 37).

También se dice que los derechos humanos son el conjunto de libertades y facultades de carácter tan fundamental que pertenece al ser humano, no por concesión graciosa ni atribución discrecional del poderoso, sino por virtud de la misma dignidad de la naturaleza humana, que los establece como exigencias de cada sujeto con carácter vinculante y limitante para todos los titulares de poderes sobre otros (Puy, 2009: 51).

Finalmente, tenemos que son derechos humanos aquellos que reconocen o deben reconocer las leyes, y cuya titularidad corresponde al individuo en función de la dignidad que le otorga su naturaleza humana, y no por concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independencia de ellas (Otero, 2003: 17).

En las definiciones anteriormente transcritas, sin importar la postura ideológica, época, cultura o autor de las que provengan, existen elementos comunes que en su conjunto constituyen el contenido conceptual de la expresión derechos humanos, y se puede enunciar en los siguientes términos: los derechos humanos son inherentes al ser humano por el simple hecho de su existencia; constituyen un conjunto de libertades y prerrogativas cuya finalidad es salvaguardar la dignidad humana; son indispensables para asegurar el desarrollo

[13] Con relación a su definición, este autor entiende por derecho subjetivo cualquier expresión positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por estatus, la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas o autor de los actos que son ejercicio de éstas. Consultar L. Ferrajoli, *Derechos y garantías, la ley del más débil* (2010), 7ª edición, Madrid, Trotta, p.p. 37 y ss.

pleno del ser humano dentro de una sociedad; constituyen un conjunto de deberes y obligaciones, tanto para los Estados como para los demás individuos; deben ser reconocidos y garantizados por el orden jurídico nacional e internacional.

En un intento por hacer nuestra propia aportación, podemos afirmar que, además de todo lo anterior, los derechos humanos requieren ser *vivenciados* para su propia realización.

Ahora bien, una vez expuesto el concepto de los derechos humanos, tomemos algunas líneas para referirnos a la democracia. Durante el proceso histórico de incubación del Estado constitucional, la democracia fue entendida como autogobierno popular directo en una sociedad caracterizada por la igualdad. Ideas y connotaciones de difícil asunción por el Estado liberal finalmente emergente de la Revolución. No obstante, el concepto de democracia, al igual que el del propio Estado, ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, y hoy en día la democracia es mucho más que procesos electorales.

Y es que la "dimensión sustancial" a la que nos referíamos anteriormente recae sobre la propia democracia, es decir, ahora ya no se agota en el respeto de las reglas procedimentales de formación de la voluntad popular propias del sistema representativo, puesto que la aludida nueva dimensión tiene que materializarse en el contenido de los actos del legislativo, o sea, la legitimidad del sistema político aparece, así, condicionada a la tutela y efectividad de los principios y derechos humanos[14].

[14] Entonces sólo en una democracia puede realizarse plenamente el Estado constitucional. La verdad del Estado de derecho, dice Pérez Luño, es una verdad democrática. Los modelos históricos denominados Estado liberal de derecho y Estado social de derecho, desprendidos del elemento democrático, sólo son "de derecho"

La esencia del constitucionalismo y del garantismo, es decir, la "democracia constitucional", reside en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y de equilibrio entre poderes, de límites, de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantía de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones[15].

Resulta necesaria una redefinición de la democracia sobre la base de la redefinición de la soberanía popular que permita concluir que las garantías de los derechos fundamentales son garantías de la democracia (Ferrajoli, 2006: 15); en tal virtud, hablar de Estado constitucional nos lleva a hablar de democracia constitucional, dentro de la cual no es en absoluto verdad que el poder popular sea ilimitado (Ferrajoli, 2006: 17). Por tanto, resulta incuestionable el hecho de que deba exigírsele a la democracia actual (que rige en todo Estado constitucional) que esté integrada por límites y vínculos sustantivos, como son precisamente los derechos humanos.

La novedad introducida por el constitucionalismo en la estructura de la democracia es que, con base en él, también el supremo poder legislativo es jurídicamente disciplinado y limitado, en consideración no sólo a las formas predispuestas en garantía de la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también de la sustancia de

---

de una manera relativa y tendencial, en cuanto son tipos de Estado constitucional que jalonan el tránsito entre el absolutismo y la democracia.

[15] La democracia constitucional sólo existe cuando se materializan tres elementos: un verdadero sufragio universal, que implica la exclusión de toda discriminación en la asignación y ejercicio del derecho al voto; el reconocimiento de derechos sociales como derechos fundamentales de rasgo constitucional; y la plena constitucionalización del ordenamiento jurídico que conlleva la existencia de mecanismos de control constitucional.

su ejercicio vinculado al respeto de aquellas específicas normas constitucionales que son el principio de igualdad y los derechos humanos. Y es precisamente en este punto donde se hace manifiesta una tensión entre el constitucionalismo y la democracia, la cual será analizada en las líneas siguientes (Ferrajoli, 2006: 18).

Es importante decir que los derechos humanos se presentan como límites de contenido a las decisiones que los ciudadanos pueden adoptar, pues no son completamente libres en su autonomía. La colectividad democrática que adopta decisiones debe respetar los límites impuestos por los derechos humanos, es decir, dichos derechos implican una reducción sustancial en el espacio de las decisiones políticas.

El verdadero problema radica en encontrar la fórmula para lograr que la garantía y la satisfacción de todo el conjunto de derechos humanos sean compatibles con la titularidad y el ejercicio de la ciudadanía democrática.

El constitucionalismo y, por lo tanto, el modelo democrático constitucional, presupone que el poder de las mayorías políticas se encuentra limitado y que algunos principios fundamentales de la convivencia civil escapan de la deliberación colectiva[16]. Todo esto, además, supone la existencia de un órgano autorizado para proteger la cons-

[16] Es importante señalar que ambos sistemas tienden a desequilibrar el modelo democrático constitucional, ya sea porque cada uno de ellos ejerce una fuerza de atracción sobre el otro, o bien porque cada uno de los dos sistemas se dilata a costa del otro, robándole espacio, es decir, "constitucionalizando" o "democratizando" excesivamente la organización jurídico-política. Al respecto, algunos teóricos se preocupan de que la democracia sea paralizada por la camisa de fuerza de la constitución, mientras que otros temen que la barrera constitucional sea arrastrada por una ola democrática. Todo lo anterior encuentra su justificación en virtud de que, por una parte, el ideal constitucional implica que algunas decisiones fundamentales queden fuera de la discusión pública; mientras que por otra parte, tenemos que el ideal

titución. De no ser así, corremos el riesgo de que la democracia constitucional se convierta en la tiranía de la mayoría, que no es otra cosa que el absolutismo democrático.

Por su parte, la justicia constitucional supuso una relevante transformación en los esquemas tradicionales del Estado de derecho al determinar esa profunda innovación del sistema jurídico; supone la modificación radical del principio de legalidad, así como de la clásica concepción tripartita del principio de separación de poderes e, incluso, otorga una dimensión nueva y distinta –tanto en su contenido como en su alcance– a los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos a los ciudadanos; a fin de cuentas, el gran propósito de la justicia constitucional debe orientarse a la consecución del Estado constitucional[17].

Por cuanto hace a este apartado, podemos concluir que en la *dimensión vivencial pragmática* a la que hemos hecho referencia, los derechos humanos necesitan ser vivenciados y garantizados para su plena realización. El

democrático, en su versión pura, supone que todos los temas, asuntos y cuestiones estén a disposición de la deliberación pública. De lo anterior se desprende que, por un lado el ideal democrático del autogobierno amenaza a la constitución y a los derechos fundamentales, porque se rebela ante los límites; y por otro lado, el marco constitucional ahoga a la democracia porque restringe el ámbito del ejercicio de la autonomía política de los individuos. Para más información ver: S. Pozzolo (2012), *Noeconstitucionalismo e positivismo jurídico,* Landy Livraria, Brasil.

[17] El cometido fundamental de la justicia constitucional tiene su justificación última en la necesidad de un mecanismo de defensa de la constitución. Dado que el texto constitucional está llamado a funcionar en una sociedad dinámica y cambiante, existe un riesgo de que, con el tiempo, llegue a producirse un desfase, un desajuste entre la realidad social y el texto escrito. Como consecuencia de ello, la constitución necesita proveerse a sí misma de unos mecanismos que garanticen su efectiva vigencia en el tiempo. Más información relacionada con la justicia constitucional en: M. Alegre Martínez (1995), *Justicia constitucional y control preventivo,* Universidad de León, León, p.p. 49 y ss., y J. Marín (1998), *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional,* Ariel, Barcelona, p.p. 31 y ss.

ciclo constitucional garantista busca ser una respuesta a esta ingente necesidad.

Así, los derechos humanos, la democracia, la justicia constitucional y el Estado constitucional conforman un ciclo donde cualquiera de sus fases es esencial e insustituible: la democracia no puede estar completa si carece de un sistema de protección y defensa de los derechos humanos, pues de lo contrario regresaríamos al Estado absolutista; la justicia constitucional no puede ser plena si su sistema de garantía está a medio diseño, tal y como ocurre en la mayoría de los casos; el Estado constitucional tampoco puede alimentarse si le faltan estos pilares. En este ciclo, la dimensión vivencial-pragmática de los derechos humanos es irremplazable, pues si no son ejercidos estos derechos, fácilmente enmohecen y mueren, y abren paso franco a todo tipo de abusos y ejercicio incontrolado del poder (Uribe, 2011: 253).

Reingeniería en la concepción de los derechos humanos

Como ya vimos, a lo largo de la historia, la doctrina ha reconocido dos corrientes, a las cuales se les puede considerar como la fuente primera de la existencia y validez de los derechos humanos, nos referimos precisamente a la corriente iusnaturalista y a la positivista. En la primera orientación, los derechos pertenecen a todos los seres humanos, y no requieren ser reconocidos por nadie, ya que se considera que son inherentes al ser humano por el simple hecho de serlo; mientras que en la segunda, su existencia y reconocimiento depende de la capacidad y de la voluntad del Estado.

En conceptos jurídicos, en el positivismo se expresa que es el orden jurídico el que otorga la calidad de personal al ser humano, es decir, persona es una categoría jurídica

que puede conceder o no, o de la cual se puede excluir a un ser humano o a un grupo de ellos. En cambio, en las concepciones de derecho natural, el ser humano, por el solo hecho de existir, es persona y posee derechos y obligaciones, o sea, el Estado no puede desconocer esta situación, lo único que realiza es el reconocimiento de este hecho y, a partir de él, se garantiza diversas series de derechos humanos (Carpizo, 2011: 4). Así, para algunos, los derechos humanos son derecho positivo, para otros son derecho natural, y otros sostienen, en fin, una postura ambivalente[18].

Pues bien, de acuerdo con esto, ni el iusnaturalismo ni el positivismo pueden construir los escenarios idóneos para el respeto indeclinable de los derechos humanos. En este sentido, tampoco las orientaciones de reciente cuño sirven para la tarea que hemos anotado; el argumento a favor de la constitucionalización de los derechos humanos se queda a la mitad del camino, pues no basta con que la carta magna los reconozca para que los habitantes los disfruten de inmediato; una visión garantista de los derechos humanos se queda igualmente corta, pues en muchos casos la mejor garantía ni siquiera es asunto de los tribunales del Estado (Uribe, 2011: 243).

Lo cierto es que las dos posturas clásicas de los derechos humanos antes mencionadas resultan hoy en día frágiles

[18] Aunque con menos relevancia o aceptación en el mundo jurídico han existido algunas otras corrientes al respecto; tal es el caso de la fundamentación axiológica, la cual sostiene que el derecho natural se puede entender como un plexo de valores que son compatibles con la naturaleza humana, valores que no necesariamente se ubican en el mundo jurídico; la historicista, la cual sostienen que el fundamento de los derechos no se encuentra ni en la naturaleza ni en los valores, sino en la historia, o mejor dicho, en la aceptación histórica de los derechos del hombre, verificables en los distintos momentos del devenir humano; o la corriente de la dignidad humana, la cual alude que la dignidad es la piedra angular del edificio de los derechos humanos (Contreras, 2000: 15).

y tienen limitaciones insalvables. El iusnaturalismo y el positivismo han ocupado, a lo largo del tiempo, la escena respecto de la esencia y el origen de los derechos humanos. Por un lado, está la afirmación de la inmanencia de estos derechos en la naturaleza de los seres humanos; por el otro, la idea de que es el Estado quien los otorga o los reconoce.

Al respecto, coincidimos con algunos autores recientes en que los derechos humanos requieren hoy en día de una visión más fresca e integral. En esta reconceptualización deben quedar superadas las ya clásicas discusiones teóricas, para dar el paso siguiente hacia un plano práctico (*vivencial pragmático*), donde el principal enfoque lo ocupen los mínimos de garantías con los que todo Estado de corte democrático constitucional debe contar.

En relación con este punto, Uribe Arzate refiere que los derechos humanos requieren ser replanteados en su dimensión vivencial, es decir, que si bien se trata de una serie de derechos humanos incluidos en los textos legales, en la vida diaria, lamentablemente están lejos de ser disfrutados con plenitud, reduciéndose así a unos simples derechos humanos de "papel".

Otros de los cambios teóricos que implica esta reingeniería podríamos situarlos en la típica clasificación que establece al menos tres generaciones de derechos humanos[19]. Esta clasificación, basada meramente en el criterio

[19] La primera generación de los derechos humanos surge con la Revolución Francesa como rebelión en contra del absolutismo del monarca y está integrada por los derechos políticos y civiles; algunas de las características más notables de estos derechos estriban en que se les considera naturales porque nacen de la condición humana, no dependen de la opinión de individuos ni regímenes gubernamentales, son previos e independientes a la estructura política estatal. La segunda generación surge como resultado de la Revolución Industrial y está compuesta por los derechos de tipo colectivo, los derechos sociales, económicos y

cronológico, es ahora insuficiente para contener a los nuevos derechos humanos que paulatinamente han ido apareciendo en los diversos contextos (Uribe, 2011: 238). En el mismo sentido, si bien es cierto que las actuales declaraciones son el resultado de la acumulación e integración de grupos de derechos que han ido surgiendo en forma progresiva, también lo es que su desarrollo y sucesión no ha sido estrictamente cronológicos ni tampoco idénticos en todos los países de nuestra área cultural. Además, la concepción, fundamentación y origen de las generaciones varía dependiendo del Estado que sirva de marco político. En este sentido, no cabe asimilar, al menos sin matices, en una única generación (la primera) todos los derechos que van emergiendo a lo largo de la vida del Estado liberal, hasta su transformación en un Estado social (Sánchez Ferriz, 2004: 207).

culturales; se incorpora a partir de una tradición de pensamiento humanista y socialista. Con la aceptación de los derechos humanos de la segunda generación, se transita de la aceptación de los derechos en lo individual al reconocimiento de éstos en lo social. Son derechos de naturaleza social con la finalidad de mejorar las condiciones de vida. En México, la Constitución de 1917 incluyó por primera vez en el mundo este tipo de derechos. Y, finalmente, los llamados derechos de la solidaridad constituyen una tercera generación que se concretiza en la segunda mitad del siglo XX, surgen como respuesta a la necesidad de cooperación entre las naciones, así como de los distintos grupos que las integran; hacen referencia a tres tipos de bienes: la paz, el desarrollo y el medio ambiente; pertenecen a grupos imprecisos de personas que tienen un interés común y se distinguen por haber sido creados con un carácter colectivo, por considerar a la vida en conjunto, concibiendo a la humanidad como un género, sin fronteras, razas o sistemas políticos; constituyen un llamado a la armonía de todos los pueblos. Algunos autores que comulgan con esta conceptualización refieren a una reciente cuarta generación, la identifican con la sociedad tecnológica y la forma en que los avances tecnológicos impactan en la vida humana; otros autores la relacionan con el derecho a la paz, a una justicia internacional, a la intervención de las instituciones de carácter supranacional en los conflictos internos de los Estados, al derecho a un medio ambiente y a un patrimonio cultural de la humanidad, al derecho a un entorno multicultural, al derecho de libre circulación de las personas.

En suma, consideramos que, independientemente de la ideología en que se funden las múltiples definiciones conceptuales e históricas de derechos humanos, debemos enfatizar que su aspecto *técnico-practico*[20] tenga un verdadero resultado sobre la disponibilidad y vivencialidad de los mismos.

De la misma manera, sostenemos que se requiere un cambio para ampliar el enfoque de la protección de los derechos humanos, es decir, superar su limitado campo de actuación en el plano nacional. De tal forma estaremos en posibilidades de actualizarnos en este nuevo mundo globalizado que nos clama fuertemente para voltear las directrices hacia una "protección multinivel" de los derechos humanos. Así, la garantía y protección de los derechos humanos ya no se ubicará solamente en el contexto del Estado, sino también en la dimensión metaestatal.

La "garantía" de los derechos humanos

Toda garantía se relaciona con el valor seguridad, una aspiración de todo sistema jurídico que choca con la característica incertidumbre de la existencia humana y que, con todos los impedimentos jurídicos, ha de colocarse en el plano de la relatividad (Gelsi, 1992: 345).

Con el propósito de ofrecer posibilidades que faciliten una convivencia más digna entre los hombres, la humanidad viene impulsando el respeto y la garantía de los

[20] Es decir, que en la propia conceptualización se dé más peso al aspecto técnico, procesal e institucional. De igual forma, a la implementación y a la eficacia de los mecanismo ya existentes, tanto locales como internacionales, para que los derechos humanos puedan pasar de un ámbito teórico a un ámbito practico, en donde puedan ser respetados y vividos por todo los individuos independientemente de su color, raza, nacionalidad, religión, ideología política, etc.

derechos humanos. El reclamo de unas garantías especiales se deriva, por un lado, de la trascendencia de la materia, pero también de que la realidad suele revelar ineficacia en el proceso común en su funcionamiento.

Debido a que el respeto y protección de los derechos humanos es un elemento que le confiere legitimidad al orden social y político, prácticamente todos los Estados, en mayor o menor medida, reconocen en su ordenamiento jurídico interno un catálogo de derechos individuales, a lo cuales les confieren algunas garantías mínimas para su goce y ejercicio. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que tales garantías suelen ser insuficientes, en la medida en que pueden ser modificadas por la voluntad unilateral de cada Estado, en función de los valores prevalecientes y de los intereses de los grupos dominantes en cada sociedad y, además, porque, como ya se dijo en líneas anteriores, el hecho de que los derechos humanos se encuentren reconocidos en una constitución, no implica que los mismos estén al alcance de todos para poder ser vivenciados.

Pero antes de seguir, parece pertinente preguntarnos qué debemos entender por garantía. Al respecto, se dice que las garantías de los derechos pueden entenderse como un conjunto coherente de mecanismos de defensa que no se agotan en el ámbito de cada país, sino que tienen su continuación en otros, a través de diferentes instancias supranacionales (Peces-Barba, 1999: 502). También se dice que son aquellos mecanismos que se establecen, desde la norma, en la defensa de los derechos y libertades y de la propia supremacía de norma constitucional. Es por ello que suele ser habitual establecer desde el texto constitucional, las garantías precisas para lograr la efectividad de los derechos y libertades, efectividad pretendida también desde el ámbito internacional (Navas, 2009: 347).

En cuanto a tipos de garantías, sabemos que en cada Estado (de corte democrático constitucional) se concentran distintos tipos, llámense garantías normativas, institucionales o jurisdiccionales. Además, existen también las garantías de corte nacional o internacional[21].

En cualquier caso, queremos dejar apuntado que no es nuestra pretensión llevar aquí un análisis detallado sobre cada una de las garantías de estos derechos pues, al tratarse de una materia con entidad propia dentro del derecho constitucional, deberá ser objeto de un estudio preciso distinto; de ahí que simplemente nos limitemos a dar una opinión crítica, desde un punto de vista genérico, en relación con si éstas cumplen o no con su función principal de tutela y seguridad dentro del Estado constitucional.

El Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas que sean necesarias para la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías de los derechos humanos y, asimismo, la obligación de expedir nuevas normas y, sobre todo, poner en marcha prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

---

[21] Por cuanto hace al ámbito nacional del sistema mexicano de protección de los derechos humanos, existen dos vías de garantías posibles: *1)* La *jurisdiccional,* que incluye el reconocido juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, y *2)* La *no jurisdiccional,* que se refiere principalmente al procedimiento que se sigue ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Mientras que en su ámbito internacional destacan: las garantías de corte universal que está conformado por los mecanismos empleados por la Organización de las Naciones Unidas con pretensiones de aplicación para todas las naciones, así como las garantías regionales que competen al sistema interamericano del que México es parte, es decir, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y el instrumento convencional más importante es la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la actualidad, esta obligación ya no se limita al ámbito nacional. Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos están conformados por instrumentos (tratados internacionales) y por mecanismos que precisamente son los organismos que garantizan los derechos reconocidos por esos instrumentos. Por consiguiente, la visión integral de las garantías de los derechos fundamentales no puede hacerse sin analizar su extensión en el plano nacional e internacional.

> El sometimiento de un Estado al escrutinio de un órgano jurisdiccional internacional en cuanto al cumplimiento efectivo de los derechos humanos en la jurisdicción de dicho Estado, representa una demostración patente y relevante de la madurez y solidez democrática constitucional de ese Estado (González, 2011: 45).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos[22] ha sostenido que esta obligación implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de la cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio, así como la protección de esos derechos humanos; lo cual, sin lugar a dudas, vino a ser fortalecido en nuestro país con la reforma del artículo 1° constitucional del 10 de junio de 2011[23].

---

[22] La Corte Interamericana fue creada en la Convención América de San José en noviembre de 1969. Su Estatuto fue aprobado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en su IX periodo de sesión, celebrado en La Paz, Bolivia, en 1979, con vigencia a partir de 1980; y su Reglamento Interno, el 30 de julio de 1980. Tal y como se desprende del artículo 1° de su Estatuto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma, cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; está integrada por siete jueces nacionales de los Estados miembro de la OEA, elegidos a título personal entre juristas de la más alta calidad moral, y de reconocida competencia en materia de derechos humanos.

[23] El logro más reciente que tuvo México en materia de derechos humanos fue la reforma al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A partir de entonces, el Estado

Es importante puntualizar que la obligación de los Estados de garantizar los derechos humanos tampoco se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una garantía eficaz de los derechos humanos (en ambos niveles) que permita, en la práctica, estar al alcance de todos[24].

Así pues, no debe perderse de vista que esta obligación de garantía tiene el propósito muy amplio de lograr determinadas metas u objetos, entre los que sobresale el que toda persona pueda hacer valer esa protección efectiva, por cuanto hace a esos derechos inalienables y que les son propios por el simple hecho de pertenecer a la especie humana, dejando a los Estados la determinación de los medios para alcanzar esos objetivos.

Está claro entonces que los pormenores de la problemática gestada por las acciones enfocadas hacia la defensa de la constitución (y de los derechos humanos) necesitan ser replanteados para otear sus alcances y su dimensión real, efectiva en la vida colectiva de los individuos (Uribe, 2008: 241).

---

mexicano obliga a todas las autoridades nacionales y locales a que, en el ámbito de sus competencias, respeten y protejan los derechos humanos contenidos tanto en nuestra carta magna como en los tratados internacionales de los que México es parte. Esta reforma la encontramos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 10 de julio de 2011. Para consultar el texto de dicha reforma: dof.gob.mx/

[24] No sólo el reconocimiento de los derechos y libertades define un Estado como constitucional y democrático en la actualidad, pues de nada sirve que la constitución consagre un catálogo de derechos y libertades si, al mismo tiempo, no establece los mecanismos que permitan garantizar al ciudadano el ejercicio de los derechos que constitucionalmente se le reconocen, y es que, como advierte Torres del Moral, "los derechos valen jurídicamente lo que valen sus garantías".

A estas alturas resulta ya casi incuestionable la necesidad de que los Estados tienen que contar con semejantes mecanismos. Ahora bien, refiriéndonos más concretamente a las garantías de corte jurisdiccional, y sin restar importancia a otras, podemos decir que hoy por hoy el tribunal constitucional nos parece la institución más viable para la protección de la constitución y, por ende, de los derechos humanos[25]. Esta afirmación no implica que dichos mecanismos se encuentren en su totalidad en óptimas condiciones para dicha realización.

En este sentido, deberá entenderse al tribunal constitucional como un órgano totalmente independiente de cualquiera de los órganos primarios del Estado. Al afirmar esto, también debemos puntualizar que dicho órgano no asumirá, por ninguna circunstancia, las atribuciones que expresamente están reconocidas constitucional y legalmente a cualquiera de los tres poderes[26].

No puede negarse que actualmente existen Estados donde el funcionamiento de sus tribunales o cortes constitucionales han coadyuvado fuertemente a la protección y garantía de los derechos humanos, así como a la madurez y solidez democrática constitucional, como es el caso de Alemania que, como todos sabemos, cuenta con uno de los tribunales que han servido de eje central a muchos otros países, o Francia que con su Consejo

---

[25] Entendido como el órgano al que corresponde la defensa jurídica de la constitución como norma jurídica suprema, configurándose como un órgano especial y único, creado *ad hoc,* separado y no integrado al Poder Judicial.

[26] Con relación a este tema, parece novedoso comentar que algunos autores conciben al tribunal constitucional como un verdadero poder del Estado, de naturaleza independiente y autónoma, respecto de los restantes poderes únicos en su orden y con autonomía en todo el país. Todo esto supone, cuando menos, la reformulación del principio de división de poderes en su concepción tripartita clásica (Goran, 2009: 545).

Constitucional[27] ha dejado huella en muchos otros países, incluso en Latinoamérica.

Ahora bien, por cuanto hace a nuestro sistema jurídico mexicano, debe reconocerse que aún se encuentra muy lejos de contar con algún mecanismo eficaz que permita a los mexicanos proteger y disponer de los derechos humanos.

Al respecto, nos surgen algunas interrogantes: ¿el Estado mexicano es realmente un Estado constitucional?, ¿mediante qué mecanismos el Estado mexicano garantiza nuestros derechos humanos?, ¿es realmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación[28] un tribunal constitucional, cuyo actuar radica en permear de garantía a los derechos humanos?, ¿podemos entender como resuelta esta tarea en la labor desempeñada por el ombudsman mexicano?

Desgraciadamente, las respuestas a estas interrogantes no nos arrojan resultados favorables. Es cierto que la Comisión Nacional de Derechos Humanos[29] es una

[27] El Consejo Constitucional fue instituido por la Constitución de la Quinta República del 4 de octubre de 1958. Por ser una institución reciente, no puede relacionarse con ningún precedente institucional. Este consejo no se sitúa en la cúspide de ninguna jerarquía de los tribunales judiciales o administrativos. En este sentido, no es un tribunal supremo. Además, está compuesto por nueve miembros nombrados por el Presidente de la Republica, el presidente de la Asamblea Nacional y el presidente del Senado. Visto en: www.conseil-constitucionnel.fr.

[28] La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) es el máximo tribunal constitucional del país y cabeza del Poder Judicial de la federación. Tiene entre sus responsabilidades defender el orden establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mantener el equilibrio entre los distintos poderes y ámbitos de gobierno a través de las resoluciones judiciales que emite, además de solucionar de manera definitiva asuntos que son de gran importancia para la sociedad. Visto en la página oficial de la SCJN: www.scjn.gob.mx.

[29] La Comisión Nacional de Derechos Humanos es el organismo público autónomo encargado de la protección no jurisdiccional

institución creada para la protección de los derechos humanos; no obstante, su labor se ve limitada al estar facultada únicamente para emitir recomendaciones de carácter no vinculante, es decir, esta institución carece de jurisdicción para obligar a las autoridades a acatar sus determinaciones; por lo cual, no podemos partir de esa premisa para justificar una protección eficaz en nuestro sistema jurídico mexicano.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha dedicado a realizar fallidos intentos por equipararse a la función de un tribunal constitucional. A diferencia de éste, no cuenta con una autonomía, pues depende directamente del Poder Judicial. Además, en la praxis, es bien sabido que se ocupa de resolver cuestiones de legalidad que nada tienen que ver con la actividad de protección de derechos humanos de un verdadero tribunal constitucional.

Existen también los instrumentos internacionales de los que México es parte[30]; sin embargo, de poco sirven si de

y promoción de los derechos humanos en México. Su objetivo esencial es la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos en el ordenamiento jurídico mexicano. Está integrada por un presidente y un Consejo Consultivo, este último cuenta con una Secretaría Técnica. Asimismo, cuenta con una Secretaría Ejecutiva, visitadores generales y adjuntos, una Oficialía Mayor, un Órgano Interno de Control, una Coordinación General de Comunicación y Proyectos, las Direcciones Generales de Quejas y Orientación, de Planeación y de Análisis, de Información Automatizada, de Asuntos Jurídicos; el Centro Nacional de Derechos Humanos, y personal profesional, técnico y administrativo necesario para la realización de sus funciones.

30 Algunos de estos instrumentos son: el Combate a la Tortura, Condición de los Extranjeros, Apátridas derechos de asilo y de refugio, Derechos de la Mujer, Derechos del Niño, Derechos de los Pueblos Indígenas, o bien Tratados Internacionales, como por ejemplo: Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1981), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1981), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1981).

nuestra propia Constitución no se derivan los mecanismos que hagan tangible la protección contenida en dichos instrumentos o instituciones.

De esta forma, afirmamos que el sistema jurídico mexicano (al igual que muchos otros de los Estados actuales) se encuentra en crisis por no contar con mecanismos que garanticen nuestros derechos humanos; luego entonces, habría que pensar en una solución real que permita la creación de escenarios idóneos para la disponibilidad y protección de nuestros derechos.

Consideramos que la creación de un tribunal constitucional si bien no resolvería del todo este problema, podría ayudar a que fuera acotada la brecha entre norma y realidad. Hablamos de una implementación como funciona en diversos países, separado de toda función legal-ordinaria. Otra posible solución podría ser la creación de una figura similar al Consejo Constitucional francés, o bien, algún otro mecanismo acorde a nuestra cultura y nuestras necesidades que se conjugue armónicamente con una nueva teoría de derechos humanos, en donde todos y cada uno de estos mecanismos se encuentren justificados y respaldados dentro de nuestra Constitución. Ya que, como bien lo sostenía Hans Kelsen, más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no es un verdadero derecho.

Conclusiones

De todo lo analizado a lo largo del presente trabajo de investigación, podemos arrojar algunas conclusiones:

Las garantías existentes en el Estado constitucional, en la mayoría de los casos, resultan insuficientes para la *vivencialidad* de los derechos humanos. Sólo con la crea-

ción de mecanismos supranacionales, que sean reconocidos por la propia soberanía de los Estados, se podrá dar un verdadero Estado constitucional.

En razón de lo anterior, afirmamos que el paradigma actual del Estado constitucional está siendo rebasado por un nuevo paradigma, en el cual deben incluirse conceptos como gobernanza global, protección multinivel de los derechos humanos y derecho constitucional supranacional.

Los derechos humanos ya no se definen con base en una relación polar entre el Estado y los ciudadanos, sino que nos encaminamos hacia una relación tripartita, en donde las instancias supranacionales juegan un rol fundamental. De ahí que se haga necesaria la cooperación entre los Estados para su protección y materialización efectiva. El resultado de este proceso es el refuerzo del individuo como sujeto del derecho internacional, sólo así se puede garantizar una protección más acabada de los derechos fundamentales, razón de ser del Estado constitucional.

Podemos entender entonces que el garantismo viene a ser la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantías idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos constitucionalmente reconocidos en ambos niveles.

Sin duda, la necesidad que tienen los Estados democráticos en el mundo contemporáneo de contar con estos mecanismos pertinentes, adecuados, viables para garantizar la protección de los derechos humanos, sigue siendo una de las tareas pendientes del constitucionalismo de nuestro tiempo.

Visto lo antes expuesto, sólo resta decir que en pleno siglo XXI sigue existiendo una divergencia abismal entre norma y realidad, que debe ser colmada o, cuando menos, reducida en cuanto a una serie de garantías que –más allá de mecanismos teóricos plasmados en los cuerpos legislativos de cada Estado, comúnmente llamados constituciones, así como en los diversos cuerpos internacionales– estén dotadas de mecanismos eficaces que permitan hacer tangible el disfrute y la protección de aquellos derechos que nos son propios por el simple hecho de ser humanos y que encuentran su mayor fundamento en la esencia misma del hombre, así como en su dignidad.

Así pues, se deja abierta la puerta para que, en conjunto, se siga abonando a esta difícil tarea y podamos, en poco tiempo, establecer los mecanismos que permitan una garantía y disfrute pleno de nuestros derechos humanos, no sólo para nuestra sociedad mexiquense, sino para el mundo entero, y que esto pueda ser el inicio de una nueva era donde reine la paz social y el respeto mutuo.

Fuentes consultadas

Alegre Martínez, M. (1995), *Justicia constitucional y control preventivo,* León, Universidad de León.

Bobbio, N. (1882), "Presente y porvenir de los derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos,* núm.1, Madrid, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense.

Carbonell, M. (2007), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos,* Madrid, Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Carpizo, J. (2011), "Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características", en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* núm. 25, julio-diciembre, México, en: www.juridcas.unam.mx.

Consejo Constitucional de la República Francesa, Consejo Constitucional, en: www.conseil-constitutionnel.fr.

Contreras Nieto, M. (2000), *El derecho al desarrollo como derecho humano,* Toluca, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: www.corteidh.or.cr/

Fernández, E. (1984), *Teoría de la justicia y derechos humanos,* Madrid, Debate.

Ferrajoli, L. (2006), *Las garantías de los derechos fundamentales*, Italia, Cuadernos de Filosofía del Derecho.

_____ (2010), *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta.

_____ (2010), *Derechos y garantías,* Madrid, Trotta.

_____ (2009), *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia,* Madrid, Trotta.

_____ (2009), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.

Gelsi Bidart, A. (1992), "Enfoque sobre garantía procesal eficaz de los derechos humanos", en *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica,* México, Universidad Nacional Autónoma de México.

González Aguilar C. (2011), "Surgimiento de un derecho americano de los derechos humanos en América Latina", en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* núm. 24, enero-junio, en: www.jurídicas.unam.mx.

Goran Rollnert, L. (2009), "Tribunal Constitucional", en *El Estado constitucional,* Valencia, Tirant lo Blanch.

Lancheros Gámez, J. (2009), "Del Estado liberal al Estado constitucional. Implicaciones en la compresión de la dignidad

humana", en *Diakaion,* vol. 23, núm. 18, diciembre, Universidad de La Sabana Colombia, en: http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?¡Cve=72012329010.

Marín, J. (1998), *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional,* Barcelona, Ariel.

Navas Cantillo, A. y F. Navas Castillo (2009), *El Estado constitucional,* Madrid, Dykinson, S.L.

Otero Parga, M. (2003), *Estudio de derechos humanos: introducción a los derechos humanos. Objeción de conciencia y ética judicial,* Toluca, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México.

Peces-Barba Martínez, A. (1989), *Derechos fundamentales,* Madrid, Debate.

Pérez Luño, A. (1984), *Los derechos fundamentales,* Madrid, Tecnos.

Pozzolo, S. (2012), *Noeconstitucionalismo e positivismo jurídico,* Brasil, Landy Livraria Editora e Distribuidora.

Puy Muñoz, F. (2009), *Teoría tópica de los derechos humanos,* Santiago de Compostela, Colex.

Rolla, G. (2006), *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional,* México, Porrúa.

Secretaría de Gobernación, *Diario Oficial de la Federación,* México, en: dof.gob.mx/

Sánchez Ferriz, R. (2009), *El Estado constitucional, configuración histórica y jurídica. Organización funcional,* Valencia, Tiran lo Blanch.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, en: www.scjn.gob.mx.

Torres de Moral, A. (2004), *Estado de derecho y democracias de partidos,* Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

Uribe Arzate, E. (2008), *El Tribunal Constitucional,* México, Porrúa.

_____ (2011), "Una aproximación epistemológica a los derechos humanos desde la dimensión vivencial pragmática", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLIV, núm. 132, nueva serie, septiembre-diciembre, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.