

DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS

Jorge Vargas Morgado

Doctor en Derecho de la Empresa por la Universidad Complutense, de Madrid- Universidad Anáhuac. Catedrático de las materias Derecho Administrativo I y II en la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, y en las Universidades Iberoamericana-Puebla, Cristóbal Colón-Veracruz y Universidad Anáhuac (México).

Submissão: 25.03.2018.

Aprovação: 27.04.2018.

RESUMEN

Los derechos fundamentales y los derechos humanos si bien comparten la naturaleza jurídica de ser *principios*, son diferentes, los primeros son nacionales, los segundos internacionales. Los derechos fundamentales son el producto democrático del proceso legislativo y los humanos son resultado de negociaciones entre naciones representadas por los jefes de Estado.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, derechos fundamentales; lingüística; principios.

La reforma de la Constitución mexicana modificando el nombre de los derechos nacionales por el de derechos humanos representa una confusión conceptual.

INTRODUCCIÓN

Es imprescindible desahogar la tarea de analizar el lenguaje de la ley y, particularmente, el lenguaje de la Constitución, pues como señala Andrés Gil Domínguez “toda Constitución se materializa a través del lenguaje”¹, de modo que el lenguaje constitucional es el que construirá el contenido de la ley fundamental desde luego, pero también, su sentido y alcance.

¹ Gil Domínguez, Andrés. ESCRITOS SOBRE NEO CONSTITUCIONALISMO. Buenos Aires. Ediar. 2009. p. 184
Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 19, N. 1, pp. 193-209, Jan.-Abr. 2018.

Hago especial señalamiento de la faceta lingüística del tema, en virtud de que, como señala Rupert Schreiber:

Debido a que nuestro derecho aparece hoy siempre bajo la forma de una formulación lingüística, el derecho está vinculado al problema del lenguaje y sujeto a los límites de su capacidad de expresión. Por consiguiente, el conocimiento del problema del derecho presupone siempre el reconocimiento de los problemas del lenguaje²

Así el texto constitucional creará e integrará las instituciones políticas básicas de un Estado y también, muy generalizadamente, en las constituciones de los diversos países, se incluye la *bill of rights* de cada nación, configurando con ello el elenco de derechos fundamentales nacionales que, atendiendo a la historia, la sociedad, la política, la religión, la tradición y demás elementos particulares, se determinan como sustantivos para las personas en un país determinado.

Jürgen Habermas apunta que:

A través de la verbalización, una Constitución... no solo expresa los contornos formales de un sistema jurídico, sino también configura un orden simbólico que impacta directamente en la constitución subjetiva de las personas al reconocerlas o destituir las en su condición de persona titular de derechos³.

A partir del señalamiento lingüístico hecho, quiero abordar el tema de la denominación de la mencionada *bill of rights* en el texto de la Constitución mexicana.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Para afrontar la tarea impuesta iniciaré haciendo referencia a la lista de derechos fundamentales en México:

La Constitución Política de México, desde su expedición en 1917, denominaba el capítulo en que se establecía nuestra *bill of rights* como “De las Garantías Individuales”. El nombre se tuvo como equivalente al de Derechos Fundamentales, porque así lo consideró la doctrina mexicana y la jurisprudencia del máximo tribunal.

¿Y qué son los derechos fundamentales?

² Schreiber, Rupert. LÓGICA DEL DERECHO. México. FONTAMARA. 1991. p.18

³ Habermas, Jürgen. MÁS ALLÁ DEL ESTADO NACIONAL. Madrid. Trotta. 4ª. Edición. 2008. p. 160.

Para responder el cuestionamiento propuesto citaré preliminarmente a Giovanni Sartori, quien afirma que el sentido básico del texto constitucional es la limitación del poder público:

De modo que las constituciones son, en primer lugar y ante todo, instrumentos de gobierno que limitan, restringen y permiten el control del ejercicio del poder político. Insisto en este *telos*, en esta intención esencial y pura del constitucionalismo, porque los actuales constituyentes prestan poca atención, si es que prestan alguna, a la misma razón de ser del constitucionalismo⁴.

El propio autor enfatiza el propósito constitucional de que el poder quede justificado por la ley:

Si queremos comprenderlo correctamente, debe entenderse, no obstante, que para el constitucionalismo -y más decisivamente en mi planteamiento- las constituciones son sólo las formas estatales en que (como dijo Rousseau) somos libres porque somos gobernados por leyes y no por otros hombres⁵.

Maurizio Fioravanti, explicando la opinión de Edmund Burke, nos hace ver la Constitución –y consecuentemente los derechos fundamentales que en ella se mencionen– como fruto de la experiencia social, y por tanto necesariamente nacional:

Certeza y garantía son así las palabras clave de (Edmund) Burke. Ellas reclaman a su vez, una concepción de la constitución como fruto de un empeño y de un verdadero y auténtico pacto o contrato entre individuos, en el sentido de una consolidación progresiva e históricamente dada de una condición de equilibrio entre los intereses sociales, y no en el sentido de un proyecto que se presenta a través de una asamblea constituyente.⁶

En este contexto, la mayoría de las constituciones, siguiendo, sin duda, el hito histórico inicial establecido en la Constitución norteamericana, determinan en su discurso tanto las instituciones políticas, sociales y económicas básicas aludidas por Sartori, pero también la bill of rights, los derechos fundamentales de cada nación.

Un jurista esencial para la tradición mexicana, Don Mariano Otero, en el voto particular al Acta Constitutiva y de Reformas constitucionales de 1847, emitido el 5 de abril, discierne que:

⁴ Sartori, Giovanni, INGENIERÍA CONSTITUCIONAL COMPARADA. México. Fondo de Cultura Económica. Tercera Edición. 2003. p. 213.

⁵ Sartori. p. 212.

⁶ Fioravanti, Maurizio. CONSTITUCIÓN de la Antigüedad a Nuestros Días. Madrid. Trotta. 2ª. Reimpresión. 2011. pp. 120-121.

En las más de las Constituciones conocidas, no sólo se fijan los principios relativos a la organización de los poderes públicos, sino que establecen las bases de las garantías individuales, probablemente porque la condición social de los asociados es el objeto primordial de las instituciones, y uno de los caracteres más señalados de la verdadera naturaleza de los gobiernos; y sin embargo de que estas garantías, en la realidad de las cosas, dependen de las disposiciones particulares de los Estados,...⁷

Es decir, los derechos fundamentales son temática constitucional básica, si bien algunos países no insertan en su texto constitucional una pormenorizada bill of rights, como sucede en Francia.

Luigi Ferrajoli opina que los derechos fundamentales "son más necesarios cuando son mayores los atropellos"⁸. En esta expresión quiero encontrar la referencia a la experiencia nacional para configurar la específica bill of rights que a cada país le resulte pertinente a la búsqueda de la felicidad.

André Hauriou explica que el hombre y su libertad dan sentido político a la Constitución:

Las relaciones políticas tienen como primer objetivo el reconocimiento del hombre por el hombre, tomado en su totalidad y en su libertad, es decir, presentándose cada uno frente al otro como un absoluto⁹.

Esta preponderancia del individuo –no de la organización gubernamental- propicia el listado de derechos fundamentales nacionales.

El citado André Hauriou reflexiona de la siguiente manera:

El interés de estas Declaraciones solemnes consiste en que el legislador ordinario no puede; o en todo caso, no debería infringirlas. Se trata, en suma, de una traducción oficial de la primacía de los individuos en el Estado, así como de las bases fundamentales del orden individualista¹⁰.

⁷ LOS DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO. México. Manuel Porrúa-Cámara de Diputados. 1978. Segunda Edición. Tomo III. p. 8.

⁸ Ferrajoli, Luigi. "La Formación de una Esfera Pública Europea" en *LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE EUROPA*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. 2004. p. 82.

⁹ Hauriou, André. *DERECHO CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS*. Barcelona. 2ª. Edición. 1980. p. 22-23.

¹⁰ Hauriou, André. *DERECHO CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS*. Barcelona. 2ª. Edición. 1980. p. 228.

Ahora bien, estos derechos fundamentales si bien indudablemente son normativos, no operan como reglas –de aplicación directa por la autoridad- sino que son principios que dan –o deben dar- sentido a la actuación pública.

En este tenor, cabe aludir a Robert Alexy, que señala que los principios son mandatos de optimización (Optimierungsgebote) y las reglas son mandatos definitivos¹¹.

Además, la relevancia de los principios se señala por Per Mazurek quien hace la siguiente cavilación apoyado en Dworkin:

Según Dworkin, el núcleo del sistema jurídico –entendiendo el núcleo constitucional primordialmente-, no se puede concebir como un mero sistema de reglas, sino más bien como un ordenamiento de principios, los cuales no derivan en una regla de reconocimiento, sino que se han de fundamentar en sede iusfilosófica¹².

Justo Sierra, jurista y educador mexicano, afirmó que “las cuestiones constitucionales, son antes que todo cuestiones humanas”¹³ y Gustavo Zagrebelsky dice que “la base de la sociedad y del gobierno es el ser humano en cuanto tal, ni más ni menos”¹⁴.

Es pues indudable que el texto constitucional está filosóficamente determinado por el ser humano y la consecuente protección de sus derechos. Los derechos fundamentales hemos de entenderlos como principios que son, como los caracteriza la Real Academia Española, la “base, origen y razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia”¹⁵.

He de hacer un paréntesis para mencionar que no es extraño que el legislador inserte dentro de un principio un derecho prestacional específico; así, en México, el artículo 3º de la Constitución está dedicado a la educación, el segundo párrafo del dispositivo establece un principio:

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a

¹¹ Alfonso García Figueroa en Bastida, Francisco J. et al. DERECHOS SOCIALES Y PONDERACIÓN. México. Fontamara. 2ª edición. 2013. p. 339.

¹² Mazurek, Per. *Teoría Analítica del Derecho* en Kaufman, Arthur y Hassemmer, Winfried. EL PENSAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO. Madrid. Delate, 1992. p. 285.

¹³ Citado por Cosío Villegas, Daniel. LA CONSTITUCIÓN DE 1857 Y SUS CRÍTICOS. México. Secretaría de Educación Pública. SepSetentas Número 98. 1973.

¹⁴ Zagrebelsky, Gustavo. CONTRA LA ÉTICA DE LA VERDAD. Madrid, Trotta. 2010. p.44.

¹⁵ <http://www.rae.es>

la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

Enunciado que es tenido, generalizadamente como un principio.

No obstante, el primer párrafo del mismo artículo crea un derecho prestacional directo y una obligación de cumplir con etapas de estudio:

Toda persona tiene derecho a recibir educación. El Estado -Federación, Estados, Ciudad de México y Municipios-, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias.

En el ejemplo expuesto, si bien es de contraste sutil, el primer enunciado inserto es claramente un principio que establece un derrotero de actuación y actividad del Estado frente a la población y respecto de sí mismo. El segundo enunciado es un derecho puntual que contiene una obligación prestacional, a cargo del Estado, y a favor de toda persona; de hecho, la educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior, devienen en servicios públicos, que ciertamente no podríamos entenderlos como principios¹⁶.

Volviendo a la reflexión central de los derechos fundamentales como principios constitucionales, recordaría que Gustavo Zagrebelsky identifica estos principios constitucionales como <<normas invalidantes>>¹⁷, es decir, contra las que no se puede actuar constitucionalmente. Este mismo escritor explica:

Las reglas generales y abstractas deben ceder el paso a los principios cuando se manifiestan situaciones que exigen su adecuación y evaluación caso por caso¹⁸.

El jurista Ramiro Ávila Santamaría dice: “los principios, no las reglas, resuelven los problemas suscitados por leyes injustas o por falta de reglas”¹⁹, y la injusticia de la ley –y del actuar público- se entiende como la que es contraria a la Constitución.

¹⁶ Sería idealmente preferible que llamáramos principios a los principios y derechos a los derechos, pero sería un propósito que no lograríamos sin décadas o siglos de debate teórico jurídico.

¹⁷ Zagrebelsky, Gustavo. LA LEY Y SU JUSTICIA. TRES CAPÍTULOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Madrid. Trotta. 2014. p. 179.

¹⁸ Idem. p. 184.

Karl Loewenstein razona que:

El acceso a las zonas prohibidas está cerrado a todos los detentadores del poder, al gobierno, al parlamento y, dado que los derechos fundamentales son <<inalienables>>, también al electorado²⁰.

Pues bien, estos derechos fundamentales, son de diseño y matriz nacional; cada Estado y, donde las hay, cada entidad federativa nacionales, delinea su cuadro de derechos fundamentales atendiendo a su propia historia y sus propias circunstancias. Edgar Bodenheimer observa que:

Donde impera el Derecho se realiza un intento de mantener un equilibrio social concediendo y asegurando -dentro del sistema social- ciertos derechos a los individuos y grupos...²¹.

Es decir, no se forjan baterías de derechos fundamentales de forma arbitraria, siempre deben ser producto de la experiencia socio-política en un lugar y época determinados. Son imprescindibles las siguientes palabras del autor clásico, el barón de Montesquieu:

Vale más decir que el gobierno más conforme a la naturaleza es el que más se ajusta a la disposición particular del pueblo para el cual se establece²².

Así entonces, cada sociedad genera su propio perfil constitucional de derechos fundamentales, estableciendo, omitiendo o enfatizando principios dependiendo de la experiencia histórica particular.

Quisiera referir algunos ejemplos de cómo cada nación y época entienden los signos de libertad de manera particular:

Tenemos que, en Francia, el Preámbulo de la Constitución proclama:

¹⁹ Ávila Santamaría, Ramiro. EL NEOCONSTITUCIONALISMO ANDINO. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar. 2016. p. 44.

²⁰ Loewenstein, Karl. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN. Barcelona. Ariel. Segunda edición 3ª reimpresión. 1983. p. 390.

²¹ Bodenheimer, Edgar. TEORÍA DEL DERECHO. México Fondo de Cultura Económica. 2ª. Edición, Tercera reimpresión. 2004. p. 31.

²² Montesquieu, Carlos Luis de Secondant, Varón de la Brède y. DEL ESPÍRITU DE LAS LEYES. México. Porrúa. Colección Sepan cuántos ... No. 191. 1980. Cuarta Edición. p.6.

El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2003.

Con el anterior texto se resuelve el tema de los derechos fundamentales, no se agrega propiamente una bill of rights²³, sino que remite y se somete a la Declaración de 1789, que es su experiencia político histórica nacional.

Por su parte, en Alemania, un aspecto peculiar se observa en el inciso (2) del artículo 21 que ordena:

Artículo 21 [Partidos políticos]

(2) Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la constitucionalidad decidirá la Corte Constitucional Federal²⁴.

La anterior disposición, claramente responde a la experiencia alemana durante el gobierno del líder del partido nazi. En contraste, una disposición de este tipo no se encuentra en otros sistemas jurídicos, que no han pasado por procesos históricos como ese.

En las naciones árabes es común encontrar que el régimen jurídico haga referencia a las normas que se desprenden del Corán, estructura jurídica que en esas naciones se tiene y valora como signo de identidad y expresión de libertad para conducirse de acuerdo con su propia tradición e idiosincrasia.

Un ejemplo histórico sería el referido por Montesquieu quien relata cómo en la Rusia del Zar Pedro I el Grande, la población tuvo como señal de libertad el uso de crecidas barbas, en contra de la opinión del Zar que consideraba ese uso como demodé o anticuado²⁵.

Un último ejemplo que citaré de la identificación de derecho individual en dimensión nacional es la segunda enmienda a la Constitución norteamericana, en la que se instituye el

²³ Cfr. https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/lng/constitution-espagnol_juillet2008.pdf

²⁴ Cfr. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

²⁵ Montesquieu. p. 102.

derecho de “poseer y portar armas”²⁶, tan apreciado en esa nación y a la vez tan primitivo en la evolución cultural humana.

Las anteriores caracterizaciones de los elencos de derechos fundamentales nacionales son producto de procesos y técnicas nacionales; son generados por los órganos legislativos constitucionales de cada país y muchos de ellos, efectivamente, son generados por procesos revolucionarios locales, lo que confirma el reiterado carácter nacional de los derechos fundamentales.

Podría afirmar que los cuerpos legislativos constitucionales tienen el deber ético y político de diseñar y dar fuerza a los listados de derechos fundamentales nacionales como expresión propia de identidad nativa. No hacerlo, hacerlo de manera parcial o hacerlo frívolamente es una traición a la nación y a su naturaleza.

Lo dicho implica un principio democrático en la configuración de los derechos fundamentales nacionales y en el proceso legislativo constitucional que los genera; pues, por lo menos idealmente, los parlamentos son electos popularmente y sus integrantes actúan en representación del electorado que los eligió, de manera que su producción legislativa debemos considerarla como un fruto democrático.

LOS DERECHOS HUMANOS

Por otro lado, tenemos los derechos humanos que se han instrumentalizado y desarrollado a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, ante la observación de que, durante el gobierno nazi, por vía estrictamente positiva del derecho, se impuso el destierro, la incautación de bienes y el final exterminio de millones de judíos, entre otras atrocidades; así, los derechos humanos proponen un *piso*²⁷ ético mínimo humano, al que debe atender todo derecho nacional. Utilizando el lenguaje de Hans Küng, diría que se ha perseguido establecer un "mínimo de valores

²⁶ https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/usconstitution_spanish.pdf

²⁷ La ingeniosa expresión *piso*, referida al carácter básico o mínimo de los derechos humanos, la utilizó la Suprema Corte de Canadá al resolver el juicio *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, en el que determinó: “Rather, human rights and other employment-related statutes establish a floor beneath which an employer and union cannot contract”. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2075/index.do>

humanos"²⁸, que produzca lo que Ronald Dworkin llama un “tipo de autoridad universal”²⁹, autoridad filosófica ética desde luego.

Este interés internacional se verifica en una corriente en la que “la comunidad de los Estados ha advertido, cada vez más, que el bienestar del individuo es materia de preocupación internacional, con independencia de su nacionalidad”³⁰, tal como lo propone Max Sorensen.

Este planteamiento ético sostiene el desarrollo y la protección de la dignidad humana como justificación y fin de la estructura jurídica de los Estados. Es un esquema, en que el humano vale en tanto tal, en una suerte de igualdad transversal humana, y sus derechos esenciales devienen en propios de su calidad humana. Jesús Ballesteros lo expone así:

La importancia de este pensamiento yusnaturalista radica en que sólo él justifica suficientemente la realidad de los derechos humanos como derechos reconocidos³¹ y no simplemente concedidos por el Estado en relación con la persona³².

Este *reconocimiento* tiene el sentido de entenderlos como autovaliosos y previos histórica y jerárquicamente, en su existencia, al derecho nacional, y no tiene el sentido de que este derecho nacional sea el que les conceda valor al reconocerlos, tal como lo encontramos en Dworkin líneas atrás, no obstante, que son los gobiernos nacionales los que suscriben las convenciones que los contienen.

En esta línea, Jesús Ballesteros profundiza y manifiesta que:

En este sentido, la afirmación más válida del yusnaturalismo procede del cosmopolitismo, que va de Panecio de Rodas hasta Vitoria o Vico, y consiste en afirmar la irreductibilidad del hombre al ciudadano, la consistencia de la dignidad radical del hombre como algo previo a su pertenencia a cualesquiera grupos³³.

²⁸ Küng, Hans. *UNA ÉTICA MUNDIAL PARA LA ECONOMÍA Y LA POLÍTICA*. México. Fondo de Cultura Económica. 2002. p. 131.

²⁹ Dworkin, Ronald. *JUSTICIA PARA ERIZOS*. México. Fondo de Cultura Económica. 1ª edición, 1ª reimpresión. p. 407.

³⁰ Sorensen, Max. *MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*. México. Fondo de Cultura Económica. 1ª edición, 5ª reimpresión en español. 1994. p. 474.

³¹ Este reconocimiento tiene el sentido de entenderlos como autovaliosos y previos, sistémicamente, al derecho nacional, no en el sentido de que este derecho nacional les de valor solamente al reconocerlos.

³² Ballesteros, Jesús. *SOBRE EL SENTIDO DEL DERECHO*. Madrid. Editorial Tecnos. 1986. Segunda Edición. pp. 111-112

³³ Ballesteros, Jesús. Op. cit. p. 111.

En similar entendimiento John Rawls puntualiza:

En consecuencia, en esta búsqueda del derecho de gentes importa advertir que un gobierno, en tanto organización política de su pueblo, no es, como antes, el autor de su propio poder³⁴.

Con Rawls encontramos que este derecho de gentes tiene un sentido liberal político que no tiene objetivo anular o desprestigiar las tradiciones nacionales. Es un sentido liberal que respeta las características peculiares propias de cada nación:

Un propósito adicional (de los derechos humanos)³⁵ es plantear la sustentación del liberalismo político una vez que una concepción política liberal de la justicia se extiende en el derecho de gentes.... Ciertamente, los regímenes tiránicos y dictatoriales no pueden ser aceptados de buen grado como miembros de una razonable sociedad de las naciones. Pero de igual modo no a todos los regímenes puede exigírseles de manera razonable que sean liberales. De lo contrario, el derecho de gentes no expresaría el principio liberal de tolerancia frente a las formas razonables de ordenar la sociedad, ni avanzaría en su esfuerzo de hallar un fundamento compartido para el acuerdo entre pueblos razonables³⁶.

Es decir, los derechos humanos pierden justificación ética cuando se pretenden imponer, en forma soberbia, determinadas maneras de entenderlos y vivirlos; el sentido humano de los principios propios de estos derechos supone, como digo, el respeto a la forma libre en que cada sociedad configura su propia convicción acerca de ellos. No es aceptable la pretensión de superioridad moral de determinadas formas sobre otras y los márgenes humanísticos de los derechos son y deben ser muy amplios, de lo contrario se forjaría una forma de tiranía pseudomoral completamente contradictoria de la naturaleza de la esencia de los derechos humanos.

³⁴ Rawls, John. *El Derecho de Gentes* en Shute, Stephen y Hurley, Susan. DE LOS DERECHOS HUMANOS. Madrid. Trotta. 1998. p. 53

³⁵ El paréntesis es mío.

³⁶ Rawls, John. *El Derecho de Gentes* en Shute, Stephen et al. Editores. DE LOS DERECHOS HUMANOS. Madrid. Trotta. 1998. p. 48.

Ahora bien, los derechos humanos son establecidos mediante convenciones internacionales que son suscritas por los distintos Estados; lo que significa que son decididos por los jefes de Estado que votan y firman esas convenciones.

Teodosio Lares, jurista mexicano del siglo XIX, explica que le corresponde al poder ejecutivo, en exclusiva, “apreciar el valor”³⁷ de las convenciones internacionales; es decir, evidentemente, es el jefe de Estado quien decide acerca de la pertinencia de las convenciones internacionales, (entre ellas las de derechos humanos) y, de ser positiva su percepción, la firma o la manda suscribir por un subalterno, procediendo entonces al sometimiento de sanción por parte del Senado, órgano cuya decisión se circunscribe prácticamente a un sí o un no acerca de la convención suscrita de esa manera.

Creo que vale decir entonces que, los derechos humanos así convencionalizados no son producto de un proceso propiamente democrático sino de un proceso político-administrativo a cargo de los representantes de los Estados como personas jurídicas.

Los derechos humanos, como los fundamentales nacionales, son principios jurídicos y no propiamente reglas de aplicación directa que, por otro lado, pueden coincidir o no con los derechos fundamentales nacionales, pues atienden a procesos y fines diversos. Dworkin señala que “Parece ampliamente aceptado que no todos los derechos políticos³⁸ son derechos humanos”³⁹.

Por supuesto no lo son, quisiera señalar que, para efectos internos nacionales, los derechos fundamentales producto de los procesos internos, son o debieran ser mucho más amplios y refinados que los derechos humanos, pues en todo caso estos son un mínimo ético internacional y los derechos nacionales habrían de desarrollar finamente aquello que particularmente interesa y afecta a las personas y sociedades de cada país.

Las propias convenciones de derechos humanos se construyen como principios supletorios y no sustitutorios de los derechos nacionales. Así lo encontramos, por ejemplo, en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece:

³⁷ Lares, Teodosio. LECCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO. México. Imprenta de Ignacio Cumplido. 1852. Edición facsimilar de la SHCP. 1979. p. 28.

³⁸ Entiendo la expresión “derechos políticos” de Dworkin como relativa a los derechos nacionales.

³⁹ Dworkin. p. 405.

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que *violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*⁴⁰.

Es decir, la Convención asume la existencia de tribunales y procesos nacionales que mínimamente ofrezcan el acceso a la justicia.

Otro artículo de la misma Convención, el 29, en el inciso 2, dispone:

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará *solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley*⁴¹ con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Nuevamente vemos la referencia al derecho nacional y la presencia del internacional como piso mínimo jurídico.

El carácter supletorio de las convenciones de derechos humanos lo encontramos en el artículo 2 de la Convención Interamericana de Derechos humanos que establece:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.
Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 *no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter*⁴², los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Queda pues diferenciado el origen, proceso, naturaleza, alcance y lugar de los derechos fundamentales nacionales y de los derechos humanos.

La Ley Fundamental Alemana⁴³ plantea un esquema muy claro en el tema de la ubicación de los derechos humanos y de los fundamentales en su sistema jurídico. El capítulo I, llamado de los Derechos Fundamentales, contiene el siguiente primer artículo:

⁴⁰ Las cursivas son mías.

⁴¹ Las cursivas son mías.

⁴² Las cursivas son mías.

⁴³ La alemana no se denomina *Constitución* debido a que cuando se emitió todavía era un país ocupado, no obstante, el cambio de su condición nacional ha conservado este nombre.

Artículo I

[Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales]

- 1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.
- 2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.
- 3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.⁴⁴

En este texto de exactitud teutona, se encuentra una clara diferencia entre los derechos humanos y los derechos fundamentales, además de que se enuncia inicialmente, como eje central, el compromiso con el resguardo de la dignidad humana, tarea que no es privativa de los derechos humanos ni de los derechos fundamentales, sino que es un objetivo filosófico político que ha de procurarse por ambas vías.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA DEL AÑO 2011

En el año de 2011 se publicaron ocho reformas a la Constitución mexicana⁴⁵; la que ahora interesa para el tema es la publicada el viernes 10 de junio de 2011, en el Diario Oficial de la Federación, en la que se incluyó la modificación del nombre de su Capítulo Primero del Título Primero que originalmente era *De las garantías individuales* y, por efecto de la reforma, vino a llamarse *De los Derechos Humanos y sus Garantías*.

Hay que llamar la atención acerca de que el elenco de derechos incluidos anteriormente como garantías individuales quedó prácticamente intacto. La reforma que vengo comentando también incluyó cambios a los artículos 3, 11, 15, 18, 29, 89, 97, 102 y 105 constitucionales, esencialmente para utilizar la nueva nomenclatura alusiva a los derechos humanos.

Así nada más, se pretendió que los derechos fundamentales nacionales vinieran a convertirse en derechos humanos.

⁴⁴http://www.mexiko.diplo.de/Vertretung/mexiko/03_20Politik/Constitution/Constitution.html Abril 21, 2013. Embajada de Alemania

⁴⁵ La Constitución mexicana ha tenido cientos de modificaciones, no obstante que el proceso de reforma tiene formalidades especiales, la observación empírica nos hace apreciar que es fácil ese proceso reformativo.

Pero no, esto no es posible; sabemos con certeza científica que los derechos fundamentales nacionales no son los derechos humanos y que los derechos humanos no son los derechos fundamentales. Algunos derechos de ambas clases podrán coincidir en determinados países y momentos, como ya hemos visto, pero son principios jurídicos distintos en su construcción, en su emisión, en su naturaleza, en su *telos*, en su alcance y en su vigencia.

Entonces, ¿qué sentido ha tenido el cambalache en la denominación de los derechos fundamentales nacionales mexicanos?

No he encontrado una respuesta razonable.

Parece que el legislador nacional ha renunciado a su deber esencial de desarrollar y afinar los derechos fundamentales nacionales que, por su naturaleza, habrían de ser mucho más profundos y nacionalmente significativos que los derechos humanos convencionalizados, mismos que representan, reitero, estándares mínimos internacionales.

Es simplemente un desatino, una confusión conceptual profunda cuyo resultado es que los conceptos de derecho fundamental y derecho humano se desvanecen y dejan de tener sentido lingüístico, teórico, ético y, desde luego, jurídico.

Con esa reforma constitucional no se ha conseguido algo positivo y sí se ha colocado el tema en una neblina conceptual abrumadora que, indudablemente, debe ser remediada reconstruyendo la construcción filosófica y teórica de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

Ávila Santamaría, Ramiro. EL NEOCONSTITUCIONALISMO ANDINO. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar. 2016.

Ballesteros, Jesús. SOBRE EL SENTIDO DEL DERECHO. Madrid. Editorial Tecnos. 1986. Segunda Edición.

Bodenheimer, Edgar. TEORÍA DEL DERECHO. México Fondo de Cultura Económica. 2ª. Edición, Tercera reimpresión. 2004.

Cosío Villegas, Daniel. LA CONSTITUCIÓN DE 1857 Y SUS CRÍTICOS. México. Secretaría de Educación Pública. SepSetentas Número 98. 1973.

Dworkin, Ronald. JUSTICIA PARA ERIZOS. México. Fondo de Cultura Económica. 1ª edición, 1ª reimpresión.

Ferrajoli, Luigi. “La Formación de una Esfera Pública Europea” en *LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE EUROPA*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. 2004.

Fioravanti, Maurizio. *CONSTITUCIÓN de la Antigüedad a Nuestros Días*. Madrid. Trotta. 2ª. Reimpresión. 2011.

García Figueroa, Alfonso en Bastida, Francisco J. et al. *DERECHOS SOCIALES Y PONDERACIÓN*. México. Fontamara. 2ª edición. 2013.

Gil Domínguez, Andrés. *ESCRITOS SOBRE NEO CONSTITUCIONALISMO*. Buenos Aires. Ediar. 2009.

Habermas, Jürgen. *MÁS ALLÁ DEL ESTADO NACIONAL*. Madrid. Trotta. 4ª. Edición. 2008.

Hauriou, André. *DERECHO CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS*. Barcelona. 2ª. Edición. 1980.

Küng, Hans. *UNA ÉTICA MUNDIAL PARA LA ECONOMÍA Y LA POLÍTICA*. México. Fondo de Cultura Económica. 2002.

Lares, Teodosio. *LECCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO*. México. Imprenta de Ignacio Cumplido. 1852. Edición facsimilar de la SHCP. 1979.

Loewenstein, Karl. *TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN*. Barcelona. Ariel. Segunda edición 3ª reimpresión. 1983.

LOS DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO. México. Manuel Porrúa-Cámara de Diputados. 1978. Segunda Edición.

Mazurek, Per. *Teoría Analítica del Derecho* en Kaufman, Arthur y Hassemmer, Winfried. *EL PENSAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO*. Madrid. Delate, 1992.

Montesquieu, Carlos Luis de Secondant, Varón de la Bréde y. *DEL ESPÍRITU DE LAS LEYES*. México. Porrúa. Colección Sepan cuántos ... No. 191. 1980. Cuarta Edición.

Rawls, John. *El Derecho de Gentes* en Shute, Stephen y Hurley, Susan. *DE LOS DERECHOS HUMANOS*. Madrid. Trotta. 1998.

Sartori, Giovanni, *INGENIERÍA CONSTITUCIONAL COMPARADA*. México. Fondo de Cultura Económica. Tercera Edición. 2003.

Schreiber, Rupert. *LÓGICA DEL DERECHO*. México. FONTAMARA. 1991.

Sorensen, Max. *MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*. México. Fondo de Cultura Económica. 1ª edición, 5ª reimpresión en español. 1994.

Zagrebelsky, Gustavo. CONTRA LA ÉTICA DE LA VERDAD. Madrid, Trotta. 2010.

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/usconstitution_spanish.pdf

http://www.mexiko.diplo.de/Vertretung/mexiko/03_20Politik/Constitucion/Constitucion.html

<http://www.rae.es>

<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2075/index.do>

https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/lng/constitution-espagnol_juillet2008.pdf