

# NOTAS

---

# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: UNA PROPUESTA DE REFORMA

*Miguel Carbonell\**

## 1. Consideraciones previas

La sistemática utilizada en la redacción del capítulo relativo a las “Garantías individuales” en la Constitución de 1917 no parece ser la más apropiada y, a partir de las múltiples reformas que han tenido los primeros 29 artículos de la Carta Magna, su contenido se ha ido ensanchando de tal forma que hoy en día resulta prácticamente incomprensible.

Tomando en cuenta lo anterior, quizá sería conveniente adoptar una estrategia de reforma profunda o incluso integral de toda la parte relativa a los derechos fundamentales, a fin de que a) se implemente una sistemática racional y moderna en su tratamiento constitucional, b) se incluyan nuevos derechos o nuevas formas de concebirlos e interrelacionarlos (por ejemplo en lo que respecta al derecho internacional de los derechos humanos) y c) se mejore la redacción –la forma de enunciarlos– empleada por la Constitución.

La necesidad de tratar de lograr una reforma lo más integral posible parte de la evidencia histórica, plenamente acreditada por la experiencia de los últimos 80 años, de que las reformas parciales no han dado buen resultado y, por el contrario, han acabado nulificando la necesaria unidad contextual y conceptual que deben tener los textos constitucionales<sup>1</sup>.

\* Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

Agradezco a Lorea Canales y José Carbonell sus observaciones a la propuesta de la instauración de cuotas electorales y partidistas a favor de las mujeres, y a Karla Pérez Portilla la ayuda para la ubicación de algunos de los textos internacionales de derechos humanos citados más adelante. Una versión preliminar de este trabajo aparecerá en una obra colectiva que será publicada conjuntamente, a finales de 2000, por la Barra Mexicana-Colegio de Abogados y la Editorial Themis

<sup>1</sup> Con los términos “unidad contextual y conceptual” me refiero a que dentro del capítulo de derechos fundamentales se hable, efectivamente, de derechos y no de otra cosa, de la misma forma que dentro de la parte orgánica tampoco deben haber otras disposiciones más que aquellas que se refieren a la organización y funcionamiento de los poderes.

El objetivo de este ensayo es aportar algunas pautas de reflexión para poder intentar un cambio de la magnitud que se requiere y que sirva para reconfigurar por completo (o al menos de manera importante) el sistema constitucionalmente previsto de derechos fundamentales. Para ello se propone adoptar una clasificación de los derechos que, a su vez, permita un tratamiento sistemático y moderno del tema por la Constitución. Obviamente, se trata de un esbozo de un programa que debe ser mucho más ambicioso para llegar quizá a proponer el diseño de una nueva Constitución por completo. En esa medida, de lo que se trata es de empezar a modificar los términos de una discusión que por años ha estado encasillada en visiones y tratamientos doctrinales de “corte clásico” (por llamarlos de alguna forma), pero que en la actualidad requiere de un replanteamiento de fondo.

## 2. Clasificación de los derechos fundamentales

Para lograr la sistemática ya mencionada se podría dividir la parte relativa a los derechos en cuatro grandes rubros: 1) principios generales; 2) derechos y libertades personales; 3) derechos sociales, económicos y culturales y 4) principios rectores de las actividades de los poderes públicos<sup>2</sup>. Como la enunciación y explicación de estos cuatro apartados nos llevaría un espacio excesivo y con el afán de concentrar al máximo las propuestas, se enuncian a continuación solamente los temas relativos a los dos primeros; es decir, los principios generales y los derechos y libertades personales. Sobre los derechos sociales, económicos y culturales se ha iniciado ya en México un incipiente pero fértil debate al que vale la pena remitirse<sup>3</sup>. Por lo que hace a los principios rectores de las actividades de los poderes públicos, hasta en tanto no se haga un tratamiento particular

<sup>2</sup> Esta es una división que se encuentra en varios de los textos constitucionales más recientes, pero que para efectos de este trabajo se ha tomado fundamentalmente de la Constitución portuguesa de 1976; del mismo texto constitucional se toman los apartados que se exponen en las siguientes páginas. La explicación más completa que se ha escrito, hasta donde tengo noticia, del derecho constitucional portugués (que por cierto, ha adquirido un rigor y una relevancia muy notables en los últimos años), se encuentra en Gomes Canotilho, J.J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3ª edición, Coimbra, Almedina, 1999, con abundantemente bibliografía complementaria.

<sup>3</sup> Una recopilación que puede ayudar a centrar el debate sobre estos derechos se encuentra en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, IJ-UNAM, 2000.

mucho más extenso y detallado, habría que revisar las obras generales de derecho constitucional que, al examinar los tipos de normas que contienen las Cartas Fundamentales, tocan este punto concreto<sup>4</sup>.

Las propuestas para la reforma constitucional de los derechos fundamentales son las siguientes:

1) *Dentro de los principios generales se incluiría lo siguiente:*

A) El principio de universalidad de los derechos fundamentales<sup>5</sup>.

B) El principio de igualdad de todos los habitantes y las prohibiciones de discriminación por razón de ascendencia, sexo, lengua, lugar de origen, religión, convicciones políticas, preferencias sexuales, situación económica o condición social.

Como el principio de igualdad debe entenderse en sentido material o sustancial y no solamente formal<sup>6</sup>, quizá habría que ponderar la posibilidad de introducir alguna especie de discriminación positiva a favor de las mujeres a la hora de ocupar puestos de representación o de integrar los órganos directivos de los partidos políticos, como sucede ya en diversos países<sup>7</sup>. En tal caso, se podría establecer en la Constitución que el 30% de las candidaturas en las Cámaras del Congreso y el mismo porcentaje en las direcciones de los partidos deberían reservarse a las mujeres, aunque es algo que, desde luego, debe discutirse y ponderarse con todo detenimiento<sup>8</sup>. Una fórmula en el mismo sentido se encuentra en ley ita-

<sup>4</sup> En Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 3ª edición, México, UNAM.Porrúa, 2000, cap. VI, se encuentran algunas indicaciones bibliográficas sobre el tema.

<sup>5</sup> Sobre la universalidad de los derechos fundamentales, Ferrajoli, Luigi, "Derechos fundamentales", trad. de Perfecto Andrés en Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, así como el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

<sup>6</sup> Los modelos de preceptos constitucionales que consagran la igualdad sustancial pueden tomarse de la Constitución española (artículo 9.2) o italiana (artículo 3 párrafo segundo); un buen panorama doctrinal del caso italiano se encuentra en Giorgis, Andrea, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Turín, Jovene, 1999.

<sup>7</sup> Ver *El País*, 9 de junio de 2000, donde se informa que, de acuerdo con datos de la ONU, en 36 países ya se han establecido cuotas para asegurar la presencia de las mujeres en los puestos de la política nacional de los Estados respectivos.

<sup>8</sup> El artículo vigésimosegundo transitorio de la reforma del 22 de noviembre de 1996 al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales dispone lo siguiente: "Los partidos políticos nacionales considerarán en sus estatutos que las candidaturas por ambos principios a diputados y senadores, no excedan del 70% para un mismo género. Asimismo promoverán la mayor participa-

liana 81/1993, de 25 de marzo, sobre elección directa de los alcaldes, en cuyo artículo 7.1 se establece que: “En las listas de candidatos, por norma, ninguno de los dos sexos puede hallarse representado en medida superior a los dos tercios”<sup>9</sup>. Sobre este punto, Ferrajoli apunta que “puede perfectamente disponerse que a cada uno de los dos géneros, masculino y femenino, se reserve una cuota de los candidatos, o, mejor aun, de los elegidos, o también de los puestos de trabajo, de las funciones directivas y similares”<sup>10</sup>.

El mismo Ferrajoli apunta, como conclusión del tema sobre la necesidad de introducir medidas de discriminación positiva para proteger la igualdad efectiva de las mujeres (“garantías sexuadas”, las llama), lo siguiente:

Es obvio que ningún mecanismo jurídico podrá por sí solo garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos, por mucho que pueda ser repensado y reformulado en función de la valorización de la diferencia. La igualdad, no solo entre los sexos, es siempre una utopía jurídica, que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que siempre sustentan el dominio masculino. Pero esto no quita nada de su valor normativo. De otro modo, sería como decir que el *habeas corpus* no tiene ningún valor porque a menudo, de hecho, la policía practica detenciones arbitrarias. El verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídica, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad<sup>11</sup>.

Lo anterior, que se refiere solamente a las mujeres, no obsta para enfatizar que el mandamiento de igualdad sustancial debe traducirse en la implementación de políticas públicas que favorezcan a todos los grupos vulnerables: niños, ancianos, discapacitados, etcétera.

ción política de la mujer”. Como se observa, ni por su ubicación ni por su redacción este precepto puede suponer algún tipo de protección efectiva para las mujeres. El hecho mismo de ponerlo en un artículo transitorio, a pesar de que para nada tiene un contenido temporal, es muy ilustrativo de la poca importancia que a esta regulación le otorgó el legislador. Además, quizá tenga algún posible vicio de inconstitucionalidad al implicar una posible restricción de los derechos de la participación política que no está prevista en el texto constitucional y que, en esa medida, se traduce en una limitación no autorizada a un derecho fundamental.

<sup>9</sup> Citada en Ferrajoli, “Igualdad y diferencia”, *Derechos y garantías*, cit., p. 96.

<sup>10</sup> “Igualdad y diferencia”, cit., p. 89.

<sup>11</sup> “Igualdad y diferencia”, cit., p. 92.

C) La incorporación de los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales como derechos de rango constitucional para efectos internos; esto quiere decir que los derechos fundamentales de carácter internacional no pueden ser derogados o afectados por ningún acto o norma jurídica interna y que, si lo hicieran, serían directamente violatorios de la Constitución; con ello se establecería una suerte de “jerarquía axiológica” dentro del sistema jurídico nacional. Pero además, también significa que gozan del mismo sistema de protección jurisdiccional que aquel que se prevé para la violación directa de las normas constitucionales (el juicio de amparo, por ejemplo).

Por otro lado, se podría también incluir un precepto en el que se dispusiera la obligación de los órganos del Estado mexicano, en cualquiera de sus niveles de gobierno, de interpretar el ordenamiento jurídico (pero sobre todo el ordenamiento constitucional y las leyes que afecten a los derechos fundamentales), de conformidad con los tratados internacionales ratificados por México en materia de protección de derechos. Un ejemplo útil al respecto lo puede suministrar el artículo 10.2 de la Constitución española que establece lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”<sup>12</sup>. Aunque la llamada “interpretación conforme” es algo que se desprende de la posición que guarda la Constitución dentro del ordenamiento y de su carácter normativo, no está de más hacerlo explícito, sobre todo teniendo en cuenta lo poco que han usado nuestros jueces esta técnica interpretativa.

D) El reconocimiento de la cláusula del contenido esencial de los derechos, siguiendo el modelo de la Constitución alemana de 1949 (artículo 19.2), portuguesa de 1976 (artículo 18.3) y española de 1978 (artículo 53.1), entre otras<sup>13</sup>. El contenido esencial de los derechos fundamentales opera sobre todo como una “reserva” frente al legislador, impidiendo que la inactividad legislativa pueda vulnerar el núcleo mismo de los derechos; también sirve para evitar la existencia de leyes restrictivas en materia de

<sup>12</sup> Ver también el artículo 16.2 de la Constitución portuguesa de 1976.

<sup>13</sup> La explicación clásica sobre el cláusula del contenido esencial se encuentra en Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. de Carlos Ramos, Lima, 1997.

derechos fundamentales, suponiendo, en consecuencia, una limitación a la “libertad de configuración legal” del legislador sobre los derechos.

E) Las condiciones para la suspensión de los derechos fundamentales; entre esas condiciones habría que incluir la previa y esencial declaración del “Estado de sitio” o de “emergencia”, su aprobación por una mayoría calificada del Congreso de la Unión y la posibilidad de que fuera revisada –aunque sin tener efectos suspensivos completos, porque si no se volvería inútil– por los tribunales nacionales e internacionales<sup>14</sup>.

F) La prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, al estilo del artículo 9.3 de la Constitución española de 1978<sup>15</sup>.

G) El derecho a la resistencia civil de los ciudadanos frente a los atentados ilegales contra sus derechos y libertades.

## 2) *Dentro de los derechos y libertades personales se incluirían los siguientes:*

A) El derecho a la vida y la prohibición absoluta de la pena de muerte<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Los modelos de redacción para establecer lo mencionado en este apartado pueden tomarse de los textos constitucionales de Dinamarca (artículo 85), España (artículo 55), Finlandia (artículo 16), Grecia (artículo 48), entre otros.

<sup>15</sup> Véanse las consideraciones de Valadés, Diego, “La Constitución y el poder”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, IJ-UNAM, 2000, pp. 156 y ss., así como las de Fernández, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1994; *idem*, *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998.

<sup>16</sup> Consagrar el derecho a la vida no significa, ni mucho menos, tomar parte sobre el delicado tema del derecho de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo. Como me parece que se trata de un tema complejo y como no encuentro, para fijar mi propia postura, mejores palabras que las de Luigi Ferrajoli, creo que vale la pena transcribir sus argumentos. Ferrajoli dice que el principio de autodeterminación en materia de maternidad (y consecuentemente de aborto), “se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre... porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento –aunque sea de procreación– para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en fin, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la prohibición del aborto equivale a una obligación –la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo– en contraste con todos los principios liberales del derecho penal... en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia sometiéndola al control penal”, “Igualdad y diferencia”, cit., p. 86. Por otra parte, en sentido estricto el

B) El derecho a la integridad personal, tanto física como moral y, en consecuencia, la prohibición de la tortura y los tratos crueles o degradantes.

C) El derecho a la identidad personal, a la propia imagen, a la intimidad personal y familiar y al honor (incluyendo el derecho a la reputación y al buen nombre).

D) El derecho genérico a la libertad, incluyendo las causas y modalidades bajo las que una persona puede ser privada de ella (prisión preventiva, requisitos para detenciones policiales, para órdenes de aprehensión, garantías del proceso penal, etc.). Convendría ser muy enfático en la imposibilidad de que las autoridades administrativas puedan efectuar la más mínima detención fuera de los casos de estricta flagrancia, la cual además no podrá extenderse más allá del momento material en que el sujeto se encuentre cometiendo el delito y al de su persecución inmediata.

Cualquier detención indebida, aparte de las sanciones penales a que pueda dar lugar, generará una responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, conforme a lo que sobre el tema establezca la ley. De esa forma, la persona afectada en su derecho a la libertad deambulatoria tendrá frente al Estado un derecho a ser indemnizado.

E) El régimen de la extradición, la expulsión y el asilo. En este punto habría que derogar sin cortapisas el artículo 33 constitucional, que resulta directamente violatorio de diversos pactos internacionales de derechos humanos al discriminar a las personas en razón de su lugar de nacimiento y al negarles el elemental derecho de defensa ante los tribunales<sup>17</sup>. Por ningún motivo se debería permitir la expulsión de persona alguna por la autoridad administrativa; se debería requerir siempre de un mandamiento judicial (luego de haberse cumplido con las garantías del debido proceso legal) para poder proceder a una expulsión.

derecho a la vida no puede convertirse, sin más, en un derecho al nacimiento, sino que se trata de un derecho de los ya nacidos, consistente en la existencia física y psicológica, así como a un modo de vivir humano. Sobre este punto, conviene revisar la polémica sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional español, incluyendo sus votos particulares; para el tratamiento doctrinal, de entre lo mucho que se ha escrito, puede empezarse por revisar, Balaguer, Francisco, Cámara, Gregorio y otros, *Derecho constitucional*, volumen II, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 78 y ss.

<sup>17</sup> Ver por ejemplo el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como los artículos 5.2 y 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la ONU en diciembre de 1985, y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en vigor para México desde el 23 de junio de 1981.



Sobre la regulación del asilo se han ensayado diversas fórmulas en el derecho constitucional contemporáneo. Una sencilla, aunque útil, es la contenida en el párrafo tercero del artículo 10 de la Constitución italiana de 1947: “Todo extranjero al que se impida en su país el ejercicio efectivo de las libertades democráticas garantizadas por la Constitución italiana tendrá derecho de asilo en el territorio de la República, con arreglo a las condiciones establecidas por la ley”. Más parco es el párrafo primero de la Constitución alemana de 1949, que se limita a señalar: “Los perseguidos políticos gozarán del derecho de asilo”<sup>18</sup>.

F) La inviolabilidad del domicilio y de todas las comunicaciones —no solamente las postales— privadas.

G) El derecho a la preservación de los datos derivados del tratamiento informático de la información (la prohibición de comercializar bases de datos estadísticos u oficiales o el acceso a ficheros o registros informatizados de carácter oficial).

H) La libertad de expresión y de información, precisando la obligación del legislador de dictar la regulación correspondiente de tal forma que se evite caer en la situación de inutilidad que tiene actualmente la última parte del artículo 6 constitucional al no haber sido regulada por vía legislativa. Se deberán precisar los derechos de réplica y de indemnización por daños y perjuicios.

I) La libertad de prensa y la de los medios de comunicación. La libertad de prensa debe incluir la llamada “cláusula de conciencia” de los periodistas y el acceso de estos a la dirección editorial de los medios en los que trabajen; también debe garantizarse el secreto profesional de los informadores.

La libertad de los medios de comunicación debe implicar que no se necesitará de licencia o permiso previos para fundar un medio de comunicación de cualquier tipo. En el caso de aquellos medios que ocupen el espacio radioeléctrico, se deberán atender los requerimientos técnicos necesarios para acomodar las distintas frecuencias asignadas a cada medio<sup>19</sup>.

Para asegurar la libertad y el uso correcto de los medios de comunicación habría que disponer las siguientes tres medidas concretas: a) la crea-

<sup>18</sup> Ver también el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

<sup>19</sup> Sobre la libertad de crear medios de comunicación ver Bastida, Francisco J. *La libertad de antena*, Barcelona, Ariel, 1990.

ción de una televisión y una radio públicas, que informen sobre cuestiones de interés general, con total imparcialidad y objetividad; b) la creación de un “Consejo de lo Audiovisual” que se constituya como un órgano constitucional autónomo y cuyos integrantes reflejen la pluralidad político-partidista de las Cámaras del Congreso (asumiendo la misma proporcionalidad en la confección de su órgano directivo, por ejemplo); este Consejo tendría como funciones la asignación de las frecuencias radiales y televisivas y la regulación de los medios—incluyendo los públicos—, así como la administración de los tiempos que tendría reservados el Estado (que deberían ser notablemente inferiores a los actuales al contar con sus propios medios de comunicación)<sup>20</sup>; y c) garantizar el acceso a los medios masivos de comunicación, en términos de absoluta igualdad respecto del gobierno, a los partidos de oposición para que puedan dar a conocer sus propias propuestas y, en su caso, desmentir o cuestionar las informaciones que se generen desde los poderes públicos<sup>21</sup>.

J) La libertad de conciencia, de religión y de culto. El Estado mexicano debe mantenerse neutral con respecto a cualquier religión, tolerando toda manifestación que no vaya en contra de los derechos fundamentales o de las leyes penales. La libertad de conciencia pudiera dar lugar al nacimiento de la “objeción de conciencia” con respecto al cumplimiento de leyes que puedan involucrar la condición moral de los obligados por dichas normas; tal podría ser el caso del servicio militar.

K) La libertad de creación artística y cultural, así como las libertades de enseñanza y de aprendizaje. La enseñanza pública no podrá ser confesional, ni guiarse por posiciones filosóficas, estéticas, políticas o ideológicas del gobierno en turno. En esa medida, los planes y programas de estudio obligatorios (los de nivel primaria y secundaria) serán confeccionados tomando en cuenta la opinión de los padres y de los expertos de la comunidad en materia educativa.

L) La libertad de reunión y manifestación.

<sup>20</sup> En el mismo sentido, Villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, IJ-UNAM, 1998.

<sup>21</sup> Sobre este último punto, el artículo 40.2 de la Constitución portuguesa dispone que: “Los partidos políticos representados en la Asamblea de la República y que no formen parte del Gobierno tendrán derecho, según los términos de la ley, a unos tiempos de antena en el servicio público de radio y televisión, que se prorratearán según la representatividad de cada uno, así como el derecho de respuesta y de réplica política a las declaraciones políticas del Gobierno, de duración y de relieve iguales a los tiempos de antena y de las declaraciones del gobierno”.

M) La libertad de trabajo y de acceso a la función pública. Por lo que hace a este último derecho, todas las personas podrán acceder en términos de igualdad y libertad a la función pública; todos los cargos públicos serán sujetos a concurso, salvo aquellos en los que, por su peculiar naturaleza, la ley disponga otra cosa. Con esto se podría crear una garantía institucional suficiente –que en cualquier caso deberá ser desarrollada por la legislación ordinaria- para crear con carácter general el servicio civil de carrera.

### 3. Una reflexión final

El correcto establecimiento de los derechos fundamentales, su buena redacción y sistematización, pueden constituir un paso importante para el desarrollo y tutela de los mismos, pero servirán de muy poco si, junto a ellos, no se establece un sistema igualmente eficaz y correcto de garantías. Hoy en día el reto fundamental de los derechos no se encuentra en su establecimiento sino en los modos efectivos en que pueden ser garantizados. Y esto no podrá nunca lograrse sino se asumen una serie de compromisos cívicos y políticos que hagan de los derechos una de las tareas fundamentales del Estado mexicano, o mejor, su *tarea fundamental*, en singular.

Antes de terminar, quisiera destacar tres aspectos en los que incide lo anterior:

A) En primer lugar, se debe destacar el papel esencial que tiene la ciencia jurídica, la labor de los especialistas, en la preservación y tutela de los derechos. Esto supone una gran responsabilidad que implica, entre otras cuestiones, que la ciencia del derecho debe dejar de ser meramente descriptiva para poder generar una suerte de *paradigma crítico* que ponga en evidencia la precaria situación que se vive en muchos países de América Latina en el tema de los derechos. Ferrajoli dice que esta tarea se puede concretar en la crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; en la reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquella; en el análisis de las antinomias y de las lagunas<sup>22</sup>; y en la elaboración y proyección

---

<sup>22</sup> Sobre las antinomias y lagunas, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 2ª edición, México, UNAM-Porrúa, 2000, cap. IV.

de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales. El mismo autor concluye que:

De aquí se sigue una responsabilidad para la cultura jurídica y politológica, que implica un compromiso tanto más fuerte cuanto mayor es esa divergencia, y por consiguiente el cometido de dar cuenta de la ineffectividad de los derechos constitucionalmente estipulados. Es una paradoja epistemológica que caracteriza a nuestras disciplinas: formamos parte del universo artificial que describimos y contribuimos a construirlo de manera bastante más determinante de lo que pensamos. Por ello, depende también de la cultura jurídica que los derechos, según la bella fórmula de Ronald Dworkin, sean tomados en serio, ya que no son sino significados normativos, cuya percepción y aceptación social como vinculantes es la primera, indispensable condición de su efectividad<sup>23</sup>.

B) Una segunda cuestión importante es destacar que la lucha por los derechos es, simultáneamente, una lucha por el Estado, que parece ser el único instrumento que la racionalidad del mundo moderno se ha dado para hacerlos efectivos<sup>24</sup>. Desde esta óptica, quizá el mejor modelo de Estado para proteger los derechos no sea muy parecido al “Estado mínimo” que propugna la visión neoliberal, sino más bien un Estado eficiente, que cuente con los recursos, las estructuras y las facultades necesarias para llevar a cabo sus tareas irrenunciables, y que permita conseguir una “democracia sustentable”<sup>25</sup>.

C) Por último, también debe ponerse de manifiesto que la mejor garantía de los derechos que tienen los ciudadanos se encuentra en la misma sociedad. Como señala Gerardo Pisarello, “finalmente, más allá de las técnicas (como el constitucionalismo) que puedan idear para protegerse, las sociedades no cuentan al final con otra garantía que consigo mismas. Sólo esa permanente voz de alerta, emitida desde los más diversos intersticios del tejido social, puede despertar a América Latina de la pesadilla de la arbitrariedad y el atropello y obligarla a reemprender, con un senti-

<sup>23</sup> “Derechos fundamentales”, cit., p. 68.

<sup>24</sup> Pisarello, Gerardo, “Estado de derecho y crisis de la soberanía en América Latina: algunas notas entre la pesadilla y la esperanza”, inédito.

<sup>25</sup> Przeworski, Adam, Di Tella, Torcuato, Maravall, José Ma. y otros, *Democracia sustentable*, Buenos Aires, Paidós, 1998.

do más humano, el noble sueño de un Estado social y democrático de Derecho al servicio de todos los hombres y mujeres que la habitan”<sup>26</sup>.

#### 4. Bibliografía mínima

La bibliografía sobre los derechos se ha vuelto literalmente abrumadora en los últimos años. Además, se trata de un tema que, cuando quiere ser aplicado a una realidad socio-política concreta, debe tener en cuenta las características de las situaciones en que deben hacerse efectivos los derechos. Lamentablemente, en México es todavía poco lo que se ha escrito sobre el tema, sobre todo tomando en cuenta los avances que se han producido en la teoría y en la práctica de otros países. A partir de lo anterior, considero que las referencias mínimas para abundar en esta temática podrían ser, entre muchas otras y aparte de las que se encuentran en las notas a pie de página de este trabajo, las siguientes:

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1993.
- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- Cruz Parceró, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, prólogo de Manuel Atienza, México, Fontamara, 1999.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés y otros, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2000.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999.
- Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.
- Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 4ª edición, Madrid, Tecnos, 1991.
- Pisarello, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 92, México, mayo-agosto de 1998.
- Pisarello, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y

<sup>26</sup> “Estado de derecho y crisis de la soberanía...”, cit.

derecho” en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, IJ-UNAM 2000.

Prieto, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1994 (reimpr.).

Sauca, José Ma. (editor), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1994.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, 3ª edición, Madrid, Trotta, 1999.