

Protección Nacional de los Derechos Humanos

Dra. Aniza García
Universidad Complutense de Madrid
anizagarcia@hotmail.com

1. Aproximación a los mecanismos de protección de los derechos humanos.

Garantizar un derecho supone la existencia de mecanismos que permitan hacerlo efectivo; por tanto, las *garantías* son “mecanismos o técnicas de tutela de los derechos destinados a asegurar su efectividad” (Abramovich – Curtis, 2006: 55).

Así, mientras que los *derechos* pueden entenderse como expectativas positivas (prestaciones) o negativas (no lesión) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica, las *garantías* constituyen sus correlativos deberes. Y estas garantías pueden, a su vez, ser de dos tipos: *garantías primarias* (las correlativas obligaciones o prohibiciones), y *garantías secundarias* (obligaciones de segundo grado destinadas a reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias) (Ferrajoli, 1999: 43, 59).

En otros términos, de acuerdo con la terminología de L. Ferrajoli, tener un derecho es encontrarse en una situación dispuesta por el ordenamiento jurídico, en virtud de la cual a una persona le cabe esperar cierto comportamiento de otros como obligatorio, o bien la ausencia de ciertas acciones como prohibidas. Estas expectativas, llamadas respectivamente *positivas* o *negativas* tienen como correlato unas garantías. Las *garantías primarias* establecen quién es el sujeto obligado al comportamiento de que se trate o a quién le están prohibidas las acciones vedadas. Pero como estas obligaciones de acción u omisión, pueden quedar insatisfechas por parte de los sujetos obligados, se prevé que en tal caso entren en funcionamiento las llamadas *garantías secundarias*; es decir, el conjunto de procedimientos tendentes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los sujetos designados en las garantías primarias.

Pues bien, a grandes rasgos, los mecanismos de tutela que integran el sistema de garantía de los derechos pueden ser de dos tipos, aunque en todo caso, están interrelacionados unos con otros: a) *mecanismos institucionales*, es decir aquellos cuya puesta en marcha está a cargo de los poderes públicos, y b) *mecanismos no institucionales* o garantías sociales, es decir, mecanismos fundados en la participación de los actores no estatales, desde los propios afectados hasta los ciudadanos y movimientos sociales vinculados a los mismos. A su vez, los mecanismos institucionales pueden ser de *carácter político* (normas y actos de los órganos legislativos y administrativos) y de *carácter jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional* (tutela de los tribunales u otros órganos como las comisiones de derechos humanos o las defensorías del pueblo) (Pisarello, 2003a: 137-139).

Dentro de los mecanismos políticos, estarían incluidas las *garantías normativas* – constitucionalización y configuración legal– y los *sistemas de vigilancia* –que pueden identificarse con la labor de supervisión política de las comisiones de derechos humanos, defensorías del pueblo u otras instituciones análogas–. Dentro de los mecanismos

jurisdiccionales, en cambio, estarían tanto los *tribunales propiamente dichos*, como otros *órganos* nacionales e internacionales que desarrollan funciones *cuasi-jurisdiccionales* – como los comités de NU, los tribunales administrativos o las propias comisiones de derechos humanos en su labor de atención de denuncias–.

Así, garantizar la plena efectividad de los derechos supone no solamente asegurar su oportuno reconocimiento constitucional, sino también garantizar el desarrollo de la legislación oportuna para determinar su contenido concreto, sentido y alcances. Supone, igualmente, la implementación de las políticas adecuadas para su realización, y la existencia de un sistema de recursos judiciales y administrativos accesibles y eficaces, que permitan subsanar posibles violaciones a los derechos.

No debe perderse de vista, sin embargo, que la apelación a los órganos jurisdiccionales no puede convertirse en la vía central –y mucho menos exclusiva– de una estrategia interesada en remover las grandes desigualdades sociales y garantizar a todos los sectores de la sociedad un ejercicio pleno del conjunto de los derechos –civiles, políticos, económicos, sociales y culturales– que les permita ampliar su autonomía individual y colectiva. Como se ha apuntado ya, las garantías jurisdiccionales son exclusivamente *garantías secundarias* y, en tanto tales, sólo deben activarse cuando las garantías políticas –que constituyen las *garantías primarias* de los derechos– fallan o resultan insuficientes.

2. La constitucionalización de los derechos.

Hemos adelantado que, en principio, para hacer efectivo un derecho es indispensable que los poderes públicos desarrollen un marco normativo adecuado y que pongan en marcha políticas y programas oportunos para su implementación. Se trata, sencillamente, de habilitar las *garantías primarias* o mecanismos políticos de garantía de los derechos.

Pues bien, la dimensión normativa de los mecanismos políticos de garantía de los derechos –es decir su reconocimiento expreso y su desarrollo normativo–, constituyen el punto de partida para su plena vigencia.

La constitucionalización es, sin duda, el medio natural de configuración y protección de los derechos, y el punto de partida del desarrollo de las normas que los tutelan; por ello, las Constituciones que han incorporado cartas de derechos más o menos modernas y exhaustivas, se encuentran en mejores condiciones para garantizarlos; aunque indudablemente, lo esencial no es sólo que los ordenamientos cuenten con textos constitucionales modernos y adecuados, sino que el contenido de los preceptos constitucionales tenga una eficacia real.

En este sentido, el caso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos resulta, cuando menos, paradójico. Ciertamente, la Constitución de 1917 fue la indiscutible pionera en el reconocimiento de los derechos de contenido social –sobre todo los derechos del ámbito laboral (salario mínimo, jornada máxima, derecho al descanso, etc.) y algunos derechos destinados a satisfacer las necesidades básicas de todo individuo (educación, salud, etc.)–. No obstante, el temprano reconocimiento de los derechos sociales en la Constitución mexicana parece haberse convertido en un doble obstáculo para la realización de los mismos y del catálogo de derechos en su conjunto.

De un lado, porque la configuración constitucional de los derechos resulta –no para el momento de su redacción, sino para el momento actual– obsoleta, y porque algunos de los derechos que comprende el catálogo internacional han quedado excluidos del texto constitucional, o bien han sido deficientemente incorporados. Por otro lado, la retórica que acompaña a la Constitución de Querétaro como primera Constitución social del mundo, ha servido de disculpa para no emprender su actualización.

De hecho, resulta significativo que la categoría bajo la cual está prevista la carta de derechos en el ordenamiento constitucional mexicano, sea precisamente la de *garantías individuales*. Ello refleja, por un lado, que frente a una visión expansiva de los derechos, fundada en la promoción de su pleno disfrute, se ha impuesto una idea más bien *reactiva* de los mismos. Es decir, se concibe a los derechos como meras reparaciones ante agresiones consumadas a la esfera de libertad de los individuos.

Por otro lado, el catálogo de derechos previsto bajo la categoría de *garantías individuales*, se identifica esencialmente con los *derechos civiles* más clásicos, dejando fuera un buen número de derechos políticos, económicos, sociales y culturales.

Es decir, se impone la concepción liberal –*individualista*– de los derechos, frente a su más moderna concepción como: a) un haz de expectativas positivas y negativas; b) con una dimensión tanto individual como social y colectiva; c) oponibles tanto frente a los poderes públicos, como frente a sujetos privados en condiciones de afectarlos; d) que

demandan de los obligados tanto acciones como actos de omisión, y e) que tienen también una dimensión objetiva en tanto informadores del ordenamiento y de la actuación estatal.

En definitiva, en la medida en que la constitucionalización de las modernas tendencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos representa hoy un rasgo esencial del constitucionalismo más avanzado, en el caso mexicano la plena vigencia del conjunto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, demanda tanto la renovación del catálogo de derechos constitucionales, como su adecuado desarrollo de conformidad con los más avanzados estándares internacionales que el Estado mexicano ha aceptado al ratificar los tratados sobre la materia.

2.1. Supremacía constitucional e incorporación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La *supremacía constitucional* está referida a la preeminencia jerárquica de la Constitución respecto del resto de las normas que integran el ordenamiento. Que la Constitución sea la ley suprema del ordenamiento jurídico –norma fundante–, supone entonces que sus preceptos predeterminan positiva o negativamente el contenido de cualquier otra norma o acto de aplicación (de Otto, 1987: 17-29).

La Constitución, por tanto, define el sistema de fuentes del Derecho –es la fuente de fuentes–, tanto desde el punto de vista *formal* –sólo en la medida en que las leyes se dicten conforme al “sistema de producción” dispuesto por la Constitución, serán válidas–, como desde el punto de vista *material* –las demás normas sólo serán válidas si no contradicen los principios y valores que la Constitución consagra– (García de Enterría, 1985: 49-50).

Ahora bien, para los derechos fundamentales, la supremacía constitucional supone su reforzamiento en un doble sentido frente al resto de normas jurídicas del sistema. Por un lado, los derechos fundamentales no pueden ser derogados, limitados o vulnerados por ninguna norma o acto de autoridad –*resistencia pasiva*– y, por otro, los derechos fundamentales pueden derogar, limitar o anular cualquier norma o acto de autoridad que no sea conforme con su contenido –*resistencia activa*– (Carbonell, 2004: 70).

Los derechos al haberse incorporado en el rango constitucional, se convierten por tanto en parámetro de constitucionalidad de las leyes; de forma que cuando éstas independientemente de sus actos de aplicación, resultan directamente violatorias de los derechos fundamentales, pueden ser controladas mediante los procedimientos de control abstracto de constitucionalidad.

En todo caso, el adecuado reconocimiento de los derechos humanos como fundamento de los ordenamientos constitucionales propios de los Estados democráticos, debe quedar reflejado no sólo en su primacía en el sistema de fuentes, sino también en la habilitación de los adecuados medios procesales para su defensa y en la garantía del cumplimiento de las sentencias destinadas a su protección.

En el caso de la Constitución mexicana, es el artículo 133 el que consagra la supremacía de la propia Constitución, de las leyes del Congreso de la Unión y de los tratados internacionales debidamente ratificados por el Estado mexicano. Sin embargo,

aunque existe unanimidad sobre el carácter de norma suprema de la Constitución, la jerarquía normativa entre leyes federales y tratados internacionales ha resultado más problemática. Lo cierto es que, en ocasiones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha reconocido a los tratados internacionales el rango inmediatamente inferior a la Constitución y por encima del derecho federal y local; ya que entiende que los tratados internacionales “son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional” (Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, novena época, pleno, tesis P. LXXVII/99, p. 46).

La cuestión adquiere especial relevancia y rebasa las anteriores consideraciones tratándose de los derechos inherentes a la persona humana. Los manifiestos avances alcanzados en el ámbito del Derecho Internacional en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos, y los compromisos adquiridos por los Estados respecto de esos estándares, demandan de los ordenamientos nacionales una mayor apertura que facilite la incorporación de dichos avances y compromisos al ordenamiento interno.

Esto puede conseguirse tanto mediante una referencia expresa que autorice la aplicación directa de los derechos reconocidos en el ámbito internacional, incluso si éstos no están incluidos en el catálogo de derechos del propio texto constitucional; como mediante una *cláusula de apertura* a otros derechos que, aún cuando no se encuentren expresamente previstos ni en la Constitución ni en los propios tratados, constituyan prerrogativas inherentes a la condición humana.

En otras palabras, se trataría de conceder a las declaraciones constitucionales de derechos un carácter no taxativo, extendiendo el sistema de garantías a otros derechos que no estando expresamente reconocidos, están claramente vinculados a la dignidad humana. Esta interpretación extensiva del catálogo de derechos humanos –que ya han hecho suya las Constituciones latinoamericanas más recientes¹–, facilitaría enormemente la adaptación del texto constitucional a los nuevos tiempos y otorgaría a los jueces un amplio margen de acción en la protección de los derechos.

Así, frente a la postura tradicional de incorporación del Derecho Internacional al Derecho interno en forma de leyes ordinarias, los ordenamientos constitucionales más avanzados presentan una clara tendencia hacia el reconocimiento de la supremacía del Derecho Internacional en materia de derechos humanos. Hasta tal punto, que en algunas Constituciones las normas internacionales derivadas de los tratados sobre la materia, ratificados por el Estado de que se trate, se incorporan directamente al orden constitucional con una jerarquía superior al resto del ordenamiento.

¹ Según el artículo 94 de la Constitución colombiana: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

En el mismo sentido, el artículo 22 de la Constitución de Venezuela: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

Este es el caso, entre otras, de la Constitución de Venezuela cuyo artículo 23 establece: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”; la Constitución bolivariana añade en su artículo 27 que: “Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”.

Por otro lado y con el objeto de superar la imputación de indefinición que pesa sobre algunos derechos, particularmente aquellos con un marcado contenido social-prestacional (derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a la vivienda, derecho a la alimentación, etc.) u otros derechos de reciente incorporación (derechos de los pueblos indígenas, derecho a un medio ambiente sano), la Constitución debería, bien regularlos de forma más exhaustiva o, lo que probablemente resulte más adecuado, remitir para su interpretación a las disposiciones y resoluciones emitidas por los órganos internacionales.

2.2. El valor normativo y la aplicación directa de los preceptos constitucionales.

La supremacía de la Constitución y su carácter de fuente de toda la producción jurídica, no debe hacernos perder de vista, sin embargo, que se trata de una auténtica norma jurídica. Es decir, los preceptos constitucionales no son meros principios retóricos ni valores cuya vigencia queda condicionada a su posterior configuración legal, sino que constituyen normas de aplicación directa; la Constitución es, por tanto, una de las normas –la norma fundante– que integran el ordenamiento jurídico. Ese *carácter normativo de la Constitución* supone la vinculación directa de todos los poderes públicos a sus contenidos, y en esta medida, la Constitución es una auténtica fuente de derechos y obligaciones; una “norma jurídica que, además de fundamentar la unidad y validez del ordenamiento, se integra resueltamente en él” (Prieto Sanchís, 1990: 115; García de Enterría, 1985: 63-64).

Esta vinculación normativa de la Constitución habilita a los jueces para aplicar directamente los preceptos constitucionales. En materia de derechos fundamentales, ello supone que los titulares de los derechos tienen la posibilidad de obtener la tutela jurídica de los mismos, incluso si éstos no han sido objeto de regulación legal, o bien cuando dicha regulación vulnera el contenido esencial del derecho. Así, frente a las Constituciones liberales del siglo XIX, en las que los derechos figuraban en forma de meras declaraciones políticas, el constitucionalismo más avanzado se caracteriza por acompañar el reconocimiento de los derechos de los oportunos mecanismos de tutela.

Por tanto, “[q]ue los derechos humanos sean derechos constitucionales significa entonces: primero, que en cuanto que forman parte de una norma jurídica, se imponen a cualesquiera otras normas precedentes, las cuales habrán de ser interpretadas en armonía con las exigencias que deriven de los derechos y, si ello no es posible, expulsadas del ordenamiento. Segundo, que al tratarse de la norma suprema del sistema jurídico, los derechos obligan a todos los poderes del Estado, en particular al legislativo. Tercero, que la ausencia de un desarrollo legislativo puede dificultar el ejercicio de los

derechos, pero en ningún caso impedirlo, pues éstos se imponen directamente y deben ser aplicados por los órganos primarios del sistema. Y, finalmente, en cuanto que ‘son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional’, los derechos no sólo defienden el estatus subjetivo de sus titulares, sino que constituyen criterios hermenéuticos preferentes, que han de ser tenidos en cuenta en toda operación de creación o aplicación de Derecho” (Prieto Sanchís, 1990: 120).

Esta última dimensión de los derechos fundamentales como elementos esenciales del ordenamiento jurídico objetivo, da lugar a la distinción entre la función o *dimensión objetiva* de los derechos –se refiere esencialmente a su condición de valores o principios que obligan a los poderes públicos a asegurar la existencia de instituciones que hagan posible el ejercicio mismo de los derechos– frente a su función o *dimensión subjetiva* –condición de prerrogativas o normas que en forma de derechos, libertades, potestades e inmunidades atribuyen a los sujetos titulares de los mismos, posiciones subjetivas frente al poder– (Pisarello, 2003a: 107).

Cabría, finalmente, dedicar un comentario a la cuestión de la *rigidez constitucional*. La rigidez constitucional, es decir, el hecho de que resulte más complejo reformar el texto constitucional que el resto del ordenamiento, es también un mecanismo de protección de los derechos, en la medida en que al estar éstos constitucionalizados, quedan fuera del alcance de las coyunturales mayorías parlamentarias. Ahora bien, la rigidez debe entenderse como un mecanismo de protección de los contenidos constitucionales y no como un obstáculo para su mejora o actualización.

Aunque ya se han dado algunos pasos en este sentido, quizás sea el momento de emprender una reforma más sistemática de la Constitución mexicana que la ponga en consonancia con los estándares internacionales en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos –civiles, políticos, económicos, sociales y culturales– y con los sistemas constitucionales más avanzados.

En todo caso, no debe perderse de vista que incluso en las condiciones actuales, el mero reconocimiento constitucional de un derecho implica para los poderes públicos una serie de obligaciones. Primero, la *obligación negativa de respeto* que pone de relieve la dimensión negativa de los derechos; es decir, su condición de inmunidades frente al poder. En segundo lugar, la *obligación positiva de promoción*; es decir, la obligación de asegurar gradualmente los bienes que constituyen el objeto de los derechos, tanto con la creación de estructuras institucionales adecuadas, como mediante el otorgamiento de las respectivas prestaciones.

3. La configuración legal de los derechos.

Si bien es cierto que de los preceptos constitucionales se desprende el contenido de los derechos y las obligaciones esenciales que el mismo supone para los poderes públicos, el mero reconocimiento constitucional no implica necesariamente que el derecho está garantizado. Y es que especialmente cuando se trata de los derechos de contenido económico y social, pero no sólo, los preceptos constitucionales pueden quedar reducidos a *derechos de papel* si no existe un auténtico compromiso de las autoridades políticas para su efectiva implementación, y una férrea voluntad de los órganos judiciales y demás instituciones para hacerlos plenamente efectivos. En esta medida adquiere relevancia el desarrollo legislativo o configuración legal de los derechos constitucionales.

Por un lado, porque con frecuencia los derechos aparecen en las Constituciones y en los tratados simplemente declarados en líneas generales y, por tanto, se hace necesario que su régimen jurídico sea concretado por el legislador. Por otro lado, porque no puede perderse de vista que en los sistemas democráticos el legislativo es el poder legitimado electoralmente como representante de la soberanía nacional. En consecuencia, el régimen de los derechos y su sistema de garantías debe ser el producto del equilibrio entre los mandatos constitucionales y la actividad legislativa.

Este planteamiento se ha concretado mediante la llamada “cláusula del *contenido esencial*”, que no es otra cosa que la obligación del legislador de respetar en la configuración legal de los derechos constitucionales tanto las facultades de actuación sin las cuales ese derecho quedaría desnaturalizado, como los intereses jurídicamente protegidos que dan vida al derecho y que son necesarios para que su protección resulte real, concreta y efectiva². El *contenido esencial* de los derechos se vulnera, por tanto, “cuando en la normativa legal ya no es posible reconocer los elementos constitutivos que identifican y singularizan el derecho fundamental”; la libertad o discrecionalidad política del legislador entonces, encuentra su límite en el *contenido esencial* de los derechos fundamentales (Prieto Sanchís, 1990: 140-143). “La idea de fondo es que sin el respeto de ese contenido mínimo, el derecho en cuestión quedaría desnaturalizado, desfigurado, y resultaría, en último término, irreconocible e impracticable” (Pisarello, 2003a: 106).

Las leyes constituyen, pues, un factor determinante para la plena efectividad de los derechos; sobre todo, teniendo en cuenta la especial vinculación de los jueces a las mismas. Debe asegurarse, sin embargo, que la legislación de desarrollo de los derechos se adapte plenamente tanto a los estándares constitucionales como a los internacionales. En este sentido, resultaría muy útil que el legislador nacional se orientara por los criterios que diversos organismos en el seno de Naciones Unidas –principalmente los Comités encargados de supervisar la adecuada aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito interno de los Estados Partes– han venido desarrollando con el objeto de determinar favorablemente el sentido, contenido y alcance de cada uno de los derechos reconocidos.

Mención especial merece en este sentido, la cuestión de los derechos de contenido económico y social. Ya que como se verá más adelante, numerosos ordenamientos constitucionales consagran para este grupo de derechos un sistema de garantías debilitado, precisamente bajo el argumento de que se trata de derechos

² Sobre la noción de *contenido esencial* de los derechos, véase, por todas, la sentencia del Tribunal Constitucional español STC 11/1981.

altamente indeterminados y cuya indefinición exige, necesariamente, su posterior desarrollo legislativo. En el caso español, por ejemplo, el artículo 53.3 de la Constitución prevé expresamente que los derechos económicos y sociales –denominados en el texto constitucional *principios rectores de la política social y económica*– sólo serán exigibles judicialmente en la medida en que así lo establezcan las leyes que los desarrollen.

Sin perder de vista entonces, que por el solo hecho de estar constitucionalmente consagrados los derechos son de aplicación directa, resulta igualmente importante reforzar estos derechos económicos y sociales en el plano legal para evitar que una configuración legislativa deficiente sirva de pretexto para su incumplimiento por parte de los poderes públicos; sobre todo si se tiene en cuenta que se trata precisamente de aquellos derechos estrechamente vinculados con las necesidades básicas de los individuos (salud, vivienda, alimentación, educación, etc.), y cuya mayor o menor eficacia real afecta especialmente a aquellos sectores sociales que no están en condiciones de satisfacerlos por sí mismos, agravando su situación de marginación y exclusión.

Entonces, para promover la actuación oportuna de los poderes públicos en materia de derechos –y especialmente respecto de los hasta ahora minusvalorados derechos de contenido económico y social–, es esencial que las normas constitucionales resulten formulaciones suficientemente concisas y efectivamente practicables; pero también que el posterior desarrollo legislativo de los derechos constitucionalmente reconocidos, determine con claridad cuáles son exactamente las obligaciones a cargo de los poderes públicos, y cuáles los lineamientos oportunos para su realización. Ello favorecerá la eficacia de los derechos, entre otras razones, porque los tribunales parecen más receptivos a las obligaciones legales específicas, que al amplio marco de las normas constitucionales o internacionales.

Ahora bien, además de la garantía del *contenido esencial* de los derechos, existe otro mecanismo destinado a reforzar la protección de los derechos constitucionales en el plano legal. Se trata de la *reserva de ley* que no es sino la obligación de desarrollar los derechos mediante una “ley en sentido estricto”; es decir, mediante una norma emanada del poder legislativo en tanto órgano representativo de la voluntad general.

Lo que se pretende, en todo caso, es salvaguardar los derechos constitucionales de una regulación en sede administrativa –potestad reglamentaria del poder ejecutivo–, mediante procedimientos ajenos a los controles que supone su tramitación parlamentaria. En el caso español además, la Constitución exige que la configuración legal de los derechos fundamentales se haga mediante Ley Orgánica, entendida ésta como una ley cuya aprobación exige una mayoría cualificada.

4. Los mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos.

Ha quedado señalado que los mecanismos (institucionales) de protección de los derechos pueden ser políticos o jurisdiccionales. Dentro de los primeros, se ha hecho referencia ya a los de carácter normativo –constitucionalización y configuración legal–. Respecto de los sistemas de vigilancia, baste insistir en que están referidos a la labor de supervisión política y promoción de ciertos órganos como las comisiones de derechos humanos³.

En cuanto a los mecanismos *jurisdiccionales* (en sentido amplio), cabría hacer la distinción siguiente: primero, entre los mecanismos *propriadamente jurisdiccionales* como el amparo por un lado, y los de naturaleza *no jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional* como las denuncias o quejas ante las comisiones de derechos humanos o las procuradurías (ambiental, del consumidor, etc.), por otro. Además, dentro de cada una de estas categorías, habría que distinguir también entre los procedimientos expresamente destinados a la protección de los derechos humanos –quejas ante las comisiones de derechos humanos (no jurisdiccional) o el amparo (jurisdiccional)–, y aquellos que estando instituidos con otro fin, en ocasiones han resultado útiles para la protección de los derechos –procedimientos ante los tribunales ordinarios (jurisdiccionales) o ante las procuradurías (no jurisdiccionales)–.

En concreto, los tribunales administrativos, en la medida en que se ocupan de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración, tienen más probabilidades de resolver asuntos que de una u otra forma involucren cuestiones de derechos. Por tanto, aunque los tribunales administrativos no son propiadamente tribunales de garantía –sino de legalidad– de los derechos, con frecuencia son la primera y a veces única instancia en la que los ciudadanos tratan de hacerlos valer.

La razón por la que se mencionan aquí ciertos mecanismos bien no jurisdiccionales, bien no destinados expresamente a la protección de los derechos humanos, es la siguiente: en principio, los derechos humanos en cuanto aparecen recogidos en el ordenamiento vigente, son obligatorios para todos los ciudadanos y autoridades. En ese sentido, todo procedimiento debería incorporar la idea de *maximización* de los derechos. Sin embargo, por razones procesales o de competencia, en ocasiones esto no resulta tan claro.

Podemos distinguir así, entre operadores jurídicos que pueden aplicar directamente la Constitución y que, en ese sentido, carecen de trabas para la defensa de los derechos humanos, y aquellos operadores jurídicos que están sometidos estrictamente al imperio de la ley. En este último caso, la defensa de los derechos dependerá de que las leyes efectivamente existan y de que incorporen dichos derechos; porque un operador jurídico sometido a una ley que promueva los derechos, se convertirá en órgano de garantía de los mismos; mientras que ese mismo operador sometido a una ley violatoria o “no promotora” de los derechos, no podrá contarse entre los mecanismos de garantía.

En otros términos, un ordenamiento jurídico construido por el legislador con la vista puesta en la promoción de los derechos, convertiría a todos los operadores jurídicos en garantes de los mismos. De hecho, la existencia de órganos y procedimientos

³ Sobre este tipo de facultades, véase, por ejemplo, el artículo 6 de la Ley de la CNDH.

específicamente destinados a la garantía de los derechos humanos, se explica precisamente como un intento de suplir las falencias de las leyes y procedimientos ordinarios, o bien atendiendo a las especiales necesidades de urgencia y protección de quienes ven vulnerados sus derechos.

4.1. La aplicación directa de los derechos y la incorporación del Derecho Internacional en las resoluciones judiciales.

Ha quedado establecido que la plena eficacia de los derechos exige, en principio, poner en marcha las garantías políticas (*garantías primarias*), y cuando éstas fallan o resultan insuficientes, asegurar la disponibilidad de garantías jurisdiccionales (*garantías secundarias*). Se trata, en última instancia, de que los titulares dispongan de recursos o medios judiciales sencillos y eficaces –adecuados y efectivos⁴– para la salvaguarda de sus derechos, frente a posibles actos de vulneración provenientes tanto de los poderes públicos tradicionales, como de los poderes privados. En efecto, en el contexto actual, el contenido de los derechos humanos puede verse afectado ya no sólo por los actos de autoridad, sino igualmente por la actividad de unos poderes privados cada vez más fuertes e involucrados cada vez en más ámbitos de la vida económica y social. Esta situación es particularmente relevante respecto de aquellos derechos vinculados con la satisfacción de las necesidades humanas básicas –alimentación, agua, vivienda, salud–, ya que actualmente algunos poderes privados concentran importantes recursos, y se configuran por tanto como agentes determinantes de la política económica a nivel nacional y global.

Los tribunales nacionales, entonces, deben adquirir conciencia de que la protección de los derechos es su principal tarea constitucional. Frente a la concepción tradicional del juez como mero aplicador mecánico de los preceptos legales, en los sistemas constitucionales más avanzados los jueces han ido fortaleciendo su rol de auténticos garantes de los derechos fundamentales. Como consecuencia del carácter normativo de la Constitución, en el ejercicio de sus funciones, los jueces quedan obligados a la aplicación directa de los preceptos constitucionales en materia de derechos, con independencia de que éstos hayan sido, o no, posteriormente desarrollados por el legislador. Asimismo, los jueces nacionales deberán atender los compromisos internacionales adquiridos por el Estado, y aplicar los más avanzados estándares y criterios internacionales en materia de derechos humanos.

Además, los Estados Partes están jurídicamente vinculados por las decisiones que resulten de los procedimientos internacionales –jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales–, cuya mayor o menor eficacia dependerá, precisamente, de la voluntad de los operadores jurídicos nacionales para acatarlas y hacerlas efectivas. En todo caso, constituye un avance importante que algunas de las Constituciones más recientes, incluyan

⁴ El derecho a disponer de medios judiciales para la defensa de los derechos, implica no sólo que éstos existan sino que en la práctica resulten realmente accesibles y eficaces. Desde sus primeros casos contenciosos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado de esta cuestión, y ha sostenido que los recursos deberán ser “adecuados” (idóneos para proteger la situación jurídica infringida) y “eficaces” (capaces de producir el resultado para el cual han sido concebidos). Véase Caso *Velásquez Rodríguez*, *cit.*, párrafos 64 y 66, pp. 28 y 29; Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, No. 11, párrafo 36, p. 15.

expresamente en su texto la posibilidad de que los individuos presenten quejas ante los organismos internacionales de protección de los derechos. Por ejemplo, la Constitución venezolana establece en su artículo 31 que: “Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo”.

Por su parte, la Constitución colombiana de 1991 consiguió fortalecer el sistema de protección de derechos humanos, no sólo ampliando el catálogo de derechos e impulsando tanto su aplicación directa (artículo 85), como su tutela judicial (artículos 86-89), sino precisamente dotando de fuerza jurídica el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (artículo 93). En plena congruencia con el ordenamiento constitucional, la Corte Constitucional colombiana ha resultado en efecto muy activa en la consolidación del sistema de garantía de los derechos fundamentales, y ha ido incorporando en sus resoluciones las más modernas tendencias internacionales sobre la materia⁵.

En el caso mexicano, en virtud del mencionado artículo 133 constitucional, las normas y las resoluciones dictadas por los órganos internacionales en interpretación y/o aplicación de las mismas, constituyen parte del ordenamiento vigente con rango jerárquicamente superior al de las leyes ordinarias; por ende, integran el conjunto de presupuestos jurídicos para la resolución de los casos que se sustancien ante las jurisdicción nacional o local. No obstante, el poder judicial y el resto de los operadores jurídicos han sido más bien reticentes a incorporar los avances internacionales en materia de derechos humanos –un catálogo de derechos y criterios de interpretación más amplios y el fortalecimiento del sistema de garantías– al ordenamiento jurídico nacional, bien aplicando directamente esas normas o estándares al resolver casos concretos, bien utilizando los criterios internacionales como herramientas de interpretación o, en su caso, haciendo efectivas las resoluciones de los organismos internacionales.

Con este espíritu, la Constitución Política de la República del Ecuador dispone en su artículo 18: “Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”.

Ahora bien, una vez más al hablar de exigibilidad judicial o justiciabilidad de los derechos humanos, cabría hacer una mención especial respecto de los derechos de contenido social y económico. Estos derechos han tenido que enfrentar severas dificultades para ser reconocidos como auténticos derechos que pueden invocarse por una persona o grupo de personas ante un tribunal, a fin de que se adopten las oportunas medidas de control, de reparación o de sanción que faciliten su pleno goce y ejercicio.

⁵ Algunas de estas Sentencias de la Corte Constitucional colombiana: T-427/1992, C-251/1997, T-207/1995, T-571/1992, T-484/1992, T-597/1993 y T-484/1992 (derecho a la salud); T-786/2003 (sobre medidas cautelares); T-1319/2001 (constitucionalización de los tratados de derechos humanos); C-408/1996 (derecho de acudir ante las instancias internacionales para la protección de los derechos); C-1189/2000, C-554/2001 y C-578/2002 (jurisdicción universal); C-481/1998, C-507/1999, C-373/2002 y T-268/2000 (derecho al libre desarrollo de la personalidad y prohibición de discriminación en razón de homosexualidad).

En general, los jueces se han mostrado reticentes al explorar las posibilidades de justiciabilidad o exigibilidad judicial de estos derechos, y han preferido dejar a los órganos políticos (legislativos y administrativos) la definición casi discrecional de las condiciones para su satisfacción; de hecho, la exigencia de su desarrollo legislativo y la restricción de las garantías jurisdiccionales a los derechos económicos, sociales y culturales, es generalizada en los ordenamientos constitucionales vigentes.

En efecto, a pesar de que entre los organismos internacionales y en buena parte de la doctrina de los derechos humanos existe consenso en el sentido de que son todos ellos indivisibles e interdependientes entre sí⁶, todavía numerosos sistemas constitucionales y parte importante de la doctrina se niegan a reconocer a los derechos económicos y sociales su carácter de auténticos derechos de aplicación directa y exigibilidad judicial plena.

A este respecto, se ha mencionado ya el caso de la Constitución española de 1978, cuyo Capítulo II consagra los *Derechos y libertades*, separados en dos grupos: la Sección Primera que abarca *los derechos fundamentales y las libertades públicas* y la Sección Segunda que consagra *los derechos y deberes de los ciudadanos*; por otro lado un capítulo distinto (Capítulo III) se ocupa de los llamados *principios rectores de la política social y económica*. La consecuencia principal de esta división artificial de los derechos en grupos distintos, es una protección reforzada para los primeros y debilitada para los derechos económicos y sociales; ya que en virtud del artículo 53.3, si bien los principios rectores informarán la legislación positiva, la práctica judicial y, en general, la actuación de los poderes públicos, sólo podrán ser judicialmente demandados de conformidad con las leyes que los desarrollen.

Indiscutiblemente, la imposibilidad de que sean directamente aplicables y exigibles limita notablemente la eficacia de los derechos sociales y ha supuesto un verdadero obstáculo para su desarrollo; y es que aún cuando están previstos en numerosos instrumentos internacionales y en la mayor parte de los ordenamientos nacionales, su reconocimiento universal como auténticos derechos no tendrá efecto hasta que la posibilidad de reclamar ante los tribunales el cumplimiento de las obligaciones que constituyen el objeto de los mismos, sea una realidad.

⁶ Desde la proclamación de la Declaración Universal en 1948, Naciones Unidas ha insistido en la indivisibilidad e interdependencia del conjunto de los derechos. Más recientemente, estos principios quedaron plasmados en la Declaración aprobada en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena, en junio de 1993: "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales" (Parte I, párrafo 5).

Por otro lado, la incesante labor del Comité de DESC de Naciones Unidas, órgano encargado de supervisar la correcta aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ha resultado igualmente determinante en la consolidación de éstos como auténticos derechos exigibles. Según el Comité, no hay un derecho en el Pacto que en la mayoría de los sistemas no tenga, por lo menos, alguna dimensión justiciable significativa (Véase, Observación General No. 9, párrafo 10).

Desafortunadamente, también en este sentido el caso mexicano constituye un ejemplo “antimodelo”, tanto por los términos en que están consagrados estos derechos en el texto constitucional, como por su deficiente configuración legal y su escasa aplicación jurisdiccional. La Constitución venezolana, en cambio, frente a los modelos más tradicionales que establecen sistemas diferenciados de protección –sistemas reforzados de protección para los derechos típicamente liberales (o de igualdad formal) y sistemas debilitados de protección para los derechos de contenido económico y social (o de igualdad material) y los derechos colectivos–, reconoce la indivisibilidad e interdependencia entre unos y otros derechos fundamentales, y establece un solo sistema de protección aplicable al conjunto de los derechos, y que incluso se extiende más allá del amplio catálogo de derechos constitucionales (derechos civiles y derechos políticos; derechos sociales y de las familias; derechos culturales y educativos; derechos económicos; derechos de los pueblos indígenas; derechos ambientales) a otros derechos no previstos en el texto constitucional y los tratados internacionales⁷.

En todo caso, mientras las instituciones mexicanas no concedan la debida importancia a los compromisos que el Estado adquiere en el ámbito internacional en materia de derechos humanos, resultará muy difícil que los avances conseguidos en dichas instancias realmente permeen el sistema nacional de protección, favorezcan su fortalecimiento y, en consecuencia, aseguren la plena vigencia de los derechos.

4.2. La protección de los derechos por vía de amparo.

De conformidad con la Constitución mexicana, es el juicio de amparo el mecanismo concretamente destinado a la protección de las garantías individuales frente a leyes o actos de autoridad que las vulneren. Asimismo, el amparo procede contra leyes o actos de autoridad federal que vulneren la soberanía de los estados, o contra leyes o actos de autoridades de los estados que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal (artículo 103).

Según los principios de procedencia del amparo, este recurso, por su carácter extraordinario, sólo podrá interponerse una vez agotados los recursos ordinarios; es decir, de conformidad con el llamado *principio de definitividad*, el amparo resulta improcedente cuando aún esté pendiente de agotarse cualquier otro medio de defensa que pudiera modificar, revocar o anular el acto que se pretende impugnar (artículo 73, XV LA).

Las partes involucradas en el amparo son: a) el *quejoso*, parte promovente o agraviada, es decir aquella que se considera perjudicada por la norma o acto de autoridad; b) la parte demandada o *autoridad responsable*, es decir aquella que dicta, promulga, pública, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado; c) el *tercero perjudicado*, es decir la persona interesada jurídicamente en la subsistencia del acto impugnado; d) el ministerio público federal, cuando a su juicio el caso resulte de interés público (artículo 5 LA).

⁷ Según el artículo 19: “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen”.

Los actos reclamados vía amparo podrán ser objeto de suspensión en razón de la naturaleza de la violación alegada y la dificultad para reparar los daños que pudiera sufrir el agraviado con su ejecución (artículo 107, X y XI constitucional).

Ahora bien, en principio, el catálogo de normas generales que pueden impugnarse mediante el amparo, es amplio. No obstante, el amparo excluye de su ámbito de protección por ejemplo, la expulsión de extranjeros en los términos del artículo 33 constitucional y la materia electoral (Cossío, 1997: 247-248). Además, por sus características, difícilmente puede conseguirse un amparo en favor de derechos difusos, de algunos derechos sociales (salud, vivienda, educación) o de aquellos derechos que presentan una dimensión colectiva (Carbonell 2004: 86). Así, a diferencia de otros modelos de protección de los derechos fundamentales –como la tutela en el caso colombiano– el amparo resulta muy limitado en cuanto a los derechos que protege.

5. Los mecanismos no jurisdiccionales de protección de los derechos.

5.1. Ombudsman.

En origen, la figura del *ombudsman* tiene que ver con los intentos del parlamento sueco de controlar la actividad de la Administración (dependiente del monarca) en ausencia de una verdadera jurisdicción administrativa independiente. Su exportación a contextos y sistemas políticos muy diferentes, puede explicarse como consecuencia del éxito de dicha institución, sobre todo en los países nórdicos.

Sin embargo, no se puede perder de vista que su eficacia dependió en aquellos países de un clima general de respeto al Derecho, de honestidad política y de prosperidad económica. En esa medida, su traslado a sistemas que no cuentan con estos rasgos, puede resultar puramente retórico, si no se introducen las modificaciones necesarias para defender su independencia y asegurar la eficacia de su actividad en un contexto adverso.

En el caso de México, la Constitución prevé la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) como un organismo autónomo de protección de los derechos humanos, competente para conocer de quejas o denuncias por posibles violaciones derivadas de actos u omisiones de naturaleza administrativa de las autoridades o servidores públicos, con exclusión de los del Poder Judicial Federal. La propia Constitución, limita ya el ámbito de actuación de la CNDH, excluyendo de su competencia los asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales, y señalando expresamente que las recomendaciones de la CNDH serán públicas pero no vinculantes para las autoridades respectivas (artículo 102B).

Según su propia ley, la CNDH es competente para conocer de quejas relacionadas con presuntas violaciones a los derechos humanos en los casos siguientes: a) cuando éstas fueren imputadas a autoridades y servidores públicos de carácter federal (con excepción de los del Poder Judicial de la Federación); b) cuando estuvieren involucradas tanto autoridades de la Federación, como de los estados o municipios; c) de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de las comisiones estatales de derechos humanos, por la no aceptación de dichas recomendaciones por parte de las autoridades o por el deficiente cumplimiento de las mismas. En cambio, cuando las presuntas violaciones se imputen exclusivamente a autoridades de los estados o municipios, serán competentes las comisiones estatales de derechos humanos (artículo 3).

En todo caso, la CNDH está impedida de ejercer sus facultades en asuntos relativos a: a) actos y resoluciones en materia electoral; b) resoluciones de carácter jurisdiccional (tanto de tribunales judiciales como de tribunales administrativos o del trabajo); c) conflictos laborales; d) interpretación de disposiciones constitucionales y legales (artículo 7). La CNDH es igualmente incompetente para conocer de asuntos en materia ecológica o agraria, ya que para ello están previstas la Procuraduría Agraria y la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente.

Las quejas ante la CNDH pueden ser presentadas por cualquier persona directamente o a través de sus representantes; si la persona afectada estuviese privada de su libertad o en paradero desconocido, podrán hacerlo sus familiares o vecinos y si estuviese impedida por razones físicas, mentales, económicas o culturales, podrá hacerlo

por medio de cualquier organización no gubernamental legalmente constituida (artículo 25).

En términos generales, las quejas deberán presentarse por escrito, identificando a las autoridades consideradas responsables y dentro del plazo de 1 año contado a partir de que se hubiera iniciado la ejecución de los hechos que se estimen violatorios de los derechos; excepcionalmente, la CNDH podrá ampliar dicho plazo o admitir quejas por cualquier medio de comunicación electrónica o bien, oralmente (artículos 26, 27, 29 y 31).

Admitida la queja, la CNDH solicitará a las autoridades señaladas como responsables un informe sobre los hechos que se les atribuyen; dicho informe deberá ser presentado a la CNDH dentro de un plazo máximo de 15 días. La CNDH quedará a disposición de las partes para intentar una solución amistosa, siempre que ésta esté dentro del pleno respeto a los derechos humanos. De conseguirse la conciliación o en caso de allanamiento –aceptación de la responsabilidad por parte de la autoridad–, la CNDH lo hará constar y archivará el expediente que, sin embargo, podrá reabrirse si dentro de un plazo de 90 días no se cumpliera con el acuerdo alcanzado (artículos 34 y 36).

Si para la resolución de una queja fuera necesaria una investigación, la CNDH, a través de su Visitador General, solicitará a las autoridades involucradas la información adicional que considere oportuna, y podrá llevar a cabo visitas o inspecciones y convocar a los peritos o testigos que juzgue oportunos. Asimismo, en cualquier momento el Visitador podrá solicitar que se adopten las medidas cautelares necesarias para evitar daños irreparables o de difícil reparación (artículos 39 y 40).

Tras el examen de las pruebas aportadas, si se comprueban las violaciones denunciadas, el Visitador General formulará un proyecto de recomendación –en el que se señalarán las medidas que procedan para la efectiva restitución de los afectados en sus derechos fundamentales y para la reparación de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado– o, en caso contrario, un acuerdo de no responsabilidad. Estos proyectos se someterán al Presidente de la CNDH para su consideración final (artículos 44 y 45).

Una vez recibida la recomendación de la CNDH, la autoridad de que se trate informará, dentro de los 15 días hábiles siguientes a su notificación, si la acepta y, en su caso, proporcionará dentro de otros 15 días adicionales, las pruebas correspondientes de que ha cumplido con la recomendación. Lo cierto es que las recomendaciones de la CNDH no tienen carácter imperativo para las autoridades; en consecuencia, ni anulan, ni modifican, ni dejan sin efecto las resoluciones o actos impugnados. Además, en contra de las resoluciones de la CNDH, no procede ningún recurso (artículos 46 y 47).