

## **REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. LAS TENSIONES ENTRE “FACTICIDAD Y VALIDEZ” Y “AUTORIDAD Y LIBERTAD”**

Daniel MÁRQUEZ

SUMARIO: I. *Contexto de los derechos humanos en México.* II. *El constitucionalismo mexicano y los derechos humanos.* III. *La reforma constitucional de 10 del junio de 2011.* IV. *El Poder Judicial de la Federación y los derechos humanos: la vigencia de la “garantía”.* V. *Bibliografía.*

### **I. CONTEXTO DE LOS DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup> EN MÉXICO**

Para iniciar este contexto podemos afirmar, siguiendo a Manuel Atienza, que la ideología de los derechos humanos<sup>2</sup> cumple una función análoga

1 En trabajos anteriores al hablar de las diversas categorías que se usan para referirse a la esfera del protección del individuo frente al Estado me pronuncié por la idea de “derechos humanos” como la más adecuada, aunque comparto muchas de las críticas que Alain Badiou realiza a esta categoría, en particular la idea del retorno del iusnaturalismo, la ética como religión descompuesta y la afirmación de las contradicciones relacionadas con los derechos del hombre como nihilismo y retorno de lo mismo (véase Baudiou, Alain, *La ética*, trad. de Raúl Cerdeiras, rev. Álvaro Uribe, México, Herder, 2004). Lo anterior no significa un cambio en mi posición, antes de esas afirmaciones ya dudaba sobre el valor de esta categoría; sin embargo, sostengo que para debatir, la categoría “derechos humanos” sigue siendo necesaria.

2 Después de realizar unas breves reflexiones sobre las categorías de derechos innatos, derechos naturales, derechos individuales, garantías individuales, garantías constitucionales, derechos fundamentales, derechos de la personalidad, derechos del hombre y del ciudadano, derechos subjetivos públicos, derechos esenciales del hombre, libertades públicas, derechos del gobernado, José Antonio García Becerra, señala que: “A todas estas expresiones o denominaciones se les han señalado deficiencias e insuficiencias, ya sea por haber sido históricamente rebasados o por su significado restringido; postulándose

a la que cumplió el cristianismo en la Europa Medieval: marca los límites dentro de los cuales puede moverse la reflexión ética y política.<sup>3</sup>

Esa ideología se apodera de las agendas políticas en los diversos países, después del horror de la Segunda Guerra Mundial. Hauke Brunkhorst sostiene que el siglo después de la Segunda Guerra Mundial presenta no solamente un inmenso y profundo progreso ambivalente en el crecimiento de los medios de producción, capital económico y el poder político, y también es un siglo de progreso destacado en democracia así como en lo concerniente a los derechos humanos.<sup>4</sup>

Como lo destaca Jürgen Habermas, la fundación de la ONU y la Declaración de los Derechos del Hombre, así como la amenaza de acciones punitivas en caso de guerras de agresión y de crímenes contra la humanidad —lo que tiene como consecuencia como mínimo una limitación, aunque sea a regañadientes, del principio de la no intervención—, han sido sin duda respuestas necesarias y correctas a las experiencias moralmente más significativas del siglo, al desbordamiento totalitario de la política y al Holocausto.<sup>5</sup>

Como se advierte, a pesar de formar parte del debate político desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el tema se aborda con cierta seriedad a partir de la Segunda Guerra Mundial y sus secuelas.

Sin embargo, la protección a los derechos humanos en México es de claroscuros, como se demuestra a lo largo de esta exposición. Los derechos humanos son un tema importante en la agenda nacional, se plasman en diversas leyes e instrumentos de política. Nuestro constitucionalismo los reconoce desde el siglo XIX en la norma fundamental de 1857 y en la carta magna de 1917.

Además, a partir de la década de los noventa contamos con instituciones como la Comisión Nacional de Derechos Humanos y sus homologas estatales que brindan un marco de protección a los ciudadanos frente a

el carácter más amplio, globalizador y actual del término *derechos humanos*" (García Becerra, José Antonio, *Teoría de los derechos humanos*, Sinaloa, México, Facultad de Derechos y Ciencias Sociales, UAS, 1991, pp. 11-13).

<sup>3</sup> Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, 1a. ed. correg., México, Fontamara, 1998, p. 149.

<sup>4</sup> Brunkhorst, Hauke, "Rights, Sovereignty and Nation State", en Pattaro, Enrico (ed.), *Ratio Iuris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 13, núm. 1, marzo de 2000, p. 50. "The century after the Second World War manifests not only immense, but deeply ambivalent progress in the growth of the technical means of production, economic capital and political power, and also as a century of remarkable progress in democratic as well as human right concerns".

<sup>5</sup> Habermas, Jürgen, "De la política de poder a la sociedad civil mundial", en *Tiempo de transiciones*, Madrid, España, Trotta, 2004, p. 36.

los abusos del poder. A lo anterior se suman diversas instituciones desde procuradurías, institutos, defensorías y organizaciones de la sociedad civil, impulsando el tema.

El discurso de los derechos humanos es recurrente en los actos oficiales, hoy el político que no incorpore el tema en su agenda pública o en su oferta de campaña seguramente pierde una elección, porque existe una sociedad civil organizada que demanda mayores espacios de libertad, con mayor eficiencia en la denuncia y movilización ante violaciones a los derechos humanos.

Cuando se discutía la reforma constitucional, una persona del entorno político del país, destacaba que el nuevo texto constitucional fortalecerá el funcionamiento y la organización de los organismos responsables de la protección de los derechos humanos, permitiendo que el sistema no jurisdiccional de protección a los derechos fundamentales se robustezca y consolide.<sup>6</sup>

Cuando se aprobó la reforma en materia de derechos humanos, el presidente de la República destacó que su objetivo es ofrecer a los mexicanos “un sistema legal renovado, más transparente y justo”. Sostiene el presidente que: “En esta Reforma se da reconocimiento constitucional a los derechos humanos y se amplía su cobertura. Se elevan a rango constitucional los derechos humanos protegidos por los tratados internacionales ratificados por México”. Destacó, también, la obligación de todas las autoridades de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.<sup>7</sup>

Si lo anterior es verdad, esto es, contamos con los instrumentos constitucionales y legales en materia de derechos humanos, instituciones para su defensa y una sociedad civil demandante, ¿entonces por qué subsiste la tensión autoridad contra libertad?, ¿por qué estamos celebrando una reforma constitucional que paradójicamente plasma en la ley fundamental el “respeto a los derechos humanos”?

Podríamos ensayar una respuesta siguiendo a Jürgen Habermas, cuando argumenta sobre la vigencia positiva de los derechos humanos en una sociedad civil mundial, para él, sólo cuando los derechos humanos hayan encontrado “su lugar” en un ordenamiento jurídico democráti-

<sup>6</sup> Cuevas, Gabriela, “La reforma en materia de derechos humanos”, publicada en *El Universal* del 20 de diciembre de 2010.

<sup>7</sup> Véanse notas periodísticas del 9 de junio de 2011, en particular la nota de Areli Zaragoza, Promulgan Reforma Constitucional, del 9 de junio de 2011, “El día de hoy, en la Residencia oficial de los Pinos, se llevó a cabo la más trascendente Reforma Constitucional a los Derechos Humanos en la historia de nuestro el país”, visible en: [http://mexico.elpueblo.com/notas/20110609/promulgan\\_reforma\\_constitucional\\_en\\_materia\\_de\\_derechos\\_humanos](http://mexico.elpueblo.com/notas/20110609/promulgan_reforma_constitucional_en_materia_de_derechos_humanos), consultada el 29 de agosto de 2011.

co de alcance mundial, análogamente a como se alojan los derechos fundamentales en nuestras Constituciones nacionales, podremos partir de la base, también a nivel global, de que los destinatarios de tales derechos pueden entenderse a sí mismos también como autores de los mismos.<sup>8</sup>

En este sentido, sin importar el entorno ético de los derechos es su incorporación a un ordenamiento jurídico lo que permite a los seres humanos destinatarios de la norma, entender que ellos son los creadores de esos derechos, lo que debe impactar de alguna manera en su preservación y cumplimiento.

La positivación de los derechos humanos tiene una deuda sustantiva con el siglo XVIII, en particular con las dos grandes revoluciones que impactan ese momento: la norteamericana de 1776 y la francesa de 1789. Como lo destaca Hauke Brunkhorst los derechos humanos, que en el principio carecían de poder legal concreto detrás de ellos, ganaron fuerza legal en la legislación positiva a través de una larga lucha constitucional sustentada solamente en la pretensión normativa de que los derechos humanos son en principio validos no solamente para los ciudadanos, “*citoyen*” y “*bourgeois*”, sino igualmente para cualquier individuo por el hecho de “ser humano”.<sup>9</sup>

Una vez realizadas estas breves reflexiones, se podría afirmar que con la reforma del 10 de junio de 2011 se logra un avance significativo en la vigencia de los derechos humanos en México.

Para el año de 1996, el entonces presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Jorge Madrazo Cuéllar, señalaba que en México, como en el resto de la gran nación latinoamericana, con inusitada frecuencia nos enteramos de hechos violentos que arrojan lamentablemente saldo de pérdidas de vidas, con su proliferación de viudas y huérfanos, personas lesionadas, familias destrozadas, hogares abandonados, menores golpeados, mujeres maltratadas, patrimonios agotados,

<sup>8</sup> Habermas, Jürgen, “De la política de poder a la sociedad civil mundial”, *Tiempo de transiciones*, p. 39.

<sup>9</sup> Brunkhorst, Hauke, “Rights, Sovereignty and Nation State”, en Pattaro, Enrico (ed.), *Ratio Iuris. And International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 13, núm. 1, marzo de 2000, p. 53, en la que literalmente asienta: “*The human rights which at first had not concrete legal power behind them, gained the legal force of positive law in a long history of constitutional struggle based only on a normative claim that human rights are—in principle— valid not only for citizen, “citoyen” and “bourgeois” equally, but also for any human being just as such.*”

cárceles saturadas, desplazamientos de población y múltiples hechos de impunidad.<sup>10</sup>

Lo anterior muestra una gran tensión entre la facticidad y la validez, entre los hechos y el derecho. Al hacer esta cita se me podría acusar de desfase histórico, de apoyarme en eventos superados del pasado y de no comprender el “México democrático actual”, como algunos desde las instituciones o la academia lo llaman, por lo que para no falsear datos debemos demostrar que la situación narrada por Jorge Madrazo Cuéllar subsiste, me basta con algunos ejemplos.

En este contexto, podemos afirmar que quizá la respuesta a la pregunta relacionada con el por qué celebrar la incorporación de los derechos humanos en la Constitución federal de México, se halla en las recientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Radilla”,<sup>11</sup> “Campo Algodonero”,<sup>12</sup> y otras<sup>13</sup> que muestran un

10 Discurso del licenciado Jorge Madrazo Cuéllar, en “Cultura de Paz y Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derechos Humanos* 4-96, Guatemala, Procurador de los Derechos Humanos, 1996, p. 21.

11 El caso Rosendo Radilla Pacheco se relaciona con la detención ilegal el 25 de agosto de 1974 en un retén militar del señor Rosendo Radilla Pacheco, a quien se vio por última vez en el Ex. Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez, Guerrero. El 15 de noviembre de 2001 se presentó el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). El 12 de octubre de 2005 la CIDH emitió el informe de admisibilidad No. 65/05. El 27 de julio de 2007, durante su 128 Periodo Ordinario de Sesiones, la CIDH consideró las posiciones de las partes y aprobó el informe de fondo número 60/07, de conformidad con el artículo 50 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El 6 de julio de 2009 se llevó a cabo la Audiencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el 23 de noviembre de ese año la CIDH condenó al Estado mexicano por graves violaciones a los derechos humanos.

12 En el caso González y otras (“Campo Algodonero”) se relaciona con la responsabilidad internacional del Estado por “la desaparición y ulterior muerte” de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez (en adelante “las jóvenes González, Herrera y Ramos”), cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonero de Ciudad Juárez el día 6 de noviembre de 2001. Además, se agrega a otras demandantes. La petición inicial se presentó ante la Comisión el 6 de marzo de 2002. El 24 de febrero de 2005 la Comisión aprobó los Informes No. 16/05, 17/05 y 18/05. El 30 de enero de 2007 la Comisión notificó a las partes su decisión de acumular los tres casos. El 9 de marzo de 2007 aprobó el Informe de fondo No. 28/07. El 16 de septiembre de 2009 se emitió sentencia en la que se determina que el Estado violó los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, que el Estado incumplió con su deber de investigar y, entre otras cuestiones, que violó los derechos del niño.

13 Entre los casos contenciosos que ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentran: Caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs. México. Excepciones Preliminares. Sentencia del 3 de septiembre de 2004. Serie C, No. 113; Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, No. 184; Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C, No. 205; Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México.

retroceso significativo en materia de protección de los derechos humanos en México.

Un instrumento más para medir la degradación de la tutela de los derechos humanos en el país son los saldos de la llamada “guerra contra el crimen organizado”,<sup>14</sup> porque con ella se demuestra que la tensión “facticidad y validez”, no se supera, es más escalamos a un conflicto mayor, ahora las tensiones se trasladan al binomio: “autoridad-libertad” que carece de solución en regímenes autoritarios. Los intentos de aprobar una Ley de Seguridad Nacional severamente cuestionada y la alerta que emite Amnistía Internacional con motivo de esta “guerra”, sobre la posibilidad de que el país se encamine a una represión sistematizada,<sup>15</sup> lo demuestran.

Así, en las crónicas periodísticas se plasma la opinión de otros actores institucionales destacando el papel de la reforma para enfrentar el estado de cosas que actualmente existen en el país.

El senador perredista Pablo Gómez Álvarez, sostiene que el Congreso “da una respuesta a la tendencia a restringir libertades; es una manera de responder a los aires dominantes que apuntan hacia el establecimiento de un Estado policiaco”. Por su parte, el senador del PRI Jesús Murillo Karam reconoce que por el momento tan crítico que se vive en el país, “nos hemos visto obligados a aprobar cuestiones de excepción y por ello es importante una reforma encaminada a asegurar la equidad e igualdad de todos sus ciudadanos”.<sup>16</sup>

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de Noviembre de 2009. Serie C, No. 209; Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010 Serie C, No. 215; Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Serie C, No. 216; Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C, No. 220; Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y Otras vs. México. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de mayo de 2011. Serie C, No. 225; y Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de mayo de 2011. Serie C, No. 226.

<sup>14</sup> Aunque se ha rectificado y ahora se habla de “lucha” la connotación es la misma. Pero lo importante es destacar que entre 2006 y 2011 se habla de una cifra de 55,000 muertos en esa “lucha”, al 30 de agosto de 2011. La contabilidad del gobierno habla de 33,612 personas muertas.

<sup>15</sup> Véase nota de Armando G. Tejeda en el periódico *La Jornada*, del 2 de agosto de 2011.

<sup>16</sup> Nota de Andrea Becerril y Víctor Ballinas, “Aprobada, reforma constitucional en materia de derechos humanos”, periódico *La Jornada*, del miércoles 9 de marzo de 2011, p. 5.

En este contexto, si como lo destaca la Unesco los derechos humanos son una protección de manera institucionalizada de los derechos de la persona humana contra los excesos del poder cometidos por los órganos del Estado y de promover paralelamente el establecimiento de condiciones humanas de vida, así como el desarrollo multidimensional de la persona humana,<sup>17</sup> entonces los derechos humanos están más allá del derecho positivo del Estado al orientar una respuesta “ética” en el ejercicio del poder.

El comentario es suficiente para mostrar la necesidad de que un país “democrático”, con se dice en el discurso oficial mexicano, pero con peligrosos déficits en materia de protección de los derechos humanos, celebre una reforma constitucional que los incorpora de manera clara al derecho positivo.

## II. EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO Y LOS DERECHOS HUMANOS

No obstante para destacar de nuevo las tensiones entre facticidad y validez, aunado a su impacto en entornos autoritarios entre “autoridad y libertad”, es importante mencionar que en nuestro país el tema de los derechos humanos se incorpora en diversos documentos constitucionales históricos.

En primer lugar, un antecedente remoto de nuestro artículo 1o. constitucional vigente en materia de proscripción de la esclavitud, es el Bando de Hidalgo del 6 de diciembre de 1810, que en su declaración 1a. ordena a los dueños de los esclavos darles la libertad, como evidencia temprana del humanismo independentista.

Los elementos constitucionales de Ignacio López Rayón, de 1813, en su punto 24 prohibían la esclavitud; en el 29 permitían la libertad de imprenta en puntos políticos y científicos; en el 31 se establecía la inviolabilidad del domicilio, administrado con las restricciones y ampliaciones de la “*ley corpus haveas de Inglaterra*” (*sic*), y en el 32 se proscribía la tortura.

En los Sentimientos de la Nación o 23 puntos dados por Morelos para la Constitución del 14 de septiembre de 1813, presentados por el propio don José María Morelos y Pavón al Congreso de Chilpancingo, en el punto 15 establecía la proscripción de la esclavitud y la igualdad de todos los americanos; en el 17 se plasma el respeto a la propiedad privada y la inviolabilidad del domicilio, y en el 18 prohibía la tortura.

<sup>17</sup> Citado por José Antonio García Becerra, en *Teoría de los derechos humanos*, p. 16.

Por su parte, el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana del 22 de octubre de 1814 ya establecía, en su artículo 24, que la felicidad consiste en el goce de la igualdad, la seguridad, propiedad y libertad, y que la integra conservación de esos derechos es el objeto de la institución del gobierno y el único fin de las instituciones políticas. Así, en los artículos del 25 al 40 desarrolla los derechos de los ciudadanos, entre ellos, la temporalidad de los empleos públicos, declara tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de ley, además, establece la “garantía social” de que la ley establezca límites al ejercicio del poder y la responsabilidad de los funcionarios públicos, entre otros aspectos.

La Constitución de Cádiz del 19 de marzo de 1812, aunque no consignaba como tales los derechos del hombre, le asignaba a las Cortes la facultad de proteger la libertad política de imprenta y hacer efectiva la responsabilidad de los secretarios de despacho y demás empleados públicos.

Incluso en el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano del 10 de enero de 1822, destacaba en su artículo 9o. que el gobierno mexicano tenía por objeto la conservación, tranquilidad y prosperidad del Estado y sus individuos, garantizando los derechos de libertad, propiedad, seguridad e igualdad legal y exigiendo en cumplimiento de deberes recíprocos. Así, plasmaba, entre otras, la inviolabilidad del domicilio, la libertad personal, el derecho de propiedad, la libertad de pensamiento y de manifestación de las ideas.

En el Acta Constitutiva de la Federación del 31 de enero de 1824, estableció en su artículo 30 que la nación está obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano. La Constitución de 1824, aunque no plasma como tales derechos humanos, si establece una serie de garantías jurisdiccionales, como la no aplicación retroactiva de la ley, que sirven de base a nuestro constitucionalismo humanitario.

La Primera de las Siete Leyes Constitucionales establecía los derechos de los mexicanos en su artículo 2o., entre ellos no poder ser preso sino por mandamiento de juez competente dado por escrito y firmado; no ser detenido por autoridad política, no poder ser privado de la propiedad, la proscripción del cateo de su casa y papeles; la libertad de tránsito, y la de imprimir y circular sus ideas políticas.

En este contexto, si la reforma que se comenta se presenta como novedad y como un avance significativo para el país, debemos analizar esa afirmación con cuidado, a la luz de la Constitución Política de la República Mexicana de 1857, para advertir lo dudoso de ese argumento.

En efecto, ese documento constitucional destaca, “en el nombre de Dios y con la autoridad del pueblo mexicano”, en su título I, sección I, “De los derechos del hombre”, artículo 1o., que el pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.

En este contexto, en esa ley fundamental se plasma la abolición de la esclavitud; la libertad de enseñanza; la libertad de profesión, industria o trabajo; la libertad de pensamiento; la libertad de escribir y publicar escritos, proscribiendo la censura previa; el derecho de petición; la libertad de asociación; el derecho de portar armas; el derecho de entrar y salir del territorio; además, se establece la proscripción de juicio por leyes privativas y los “fueros”, aunque destaca que “subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar”.<sup>18</sup>

Además, se establecen las limitaciones a las funciones de autoridad: se prohíben las leyes retroactivas; se proscriben la celebración de tratados de extradición en el caso de reos políticos o de delincuentes comunes que hubieran sido esclavos; también, se prohíbe celebrar convenios o tratados que alteren las garantías y derechos otorgados por la Constitución al hombre y al ciudadano.

Destacan también derechos públicos subjetivos de orden procesal como el que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento; la interdicción de la prisión por deudas de un carácter puramente civil, y la garantía de acceso a la justicia, las garantías en materia penal, entre otros derechos humanos.

En el contexto de suspensión de las “garantías” se establecía que en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o cualesquiera otros que pongan a la sociedad en grande peligro o conflicto, solamente el presidente de la República, de acuerdo con el consejo de ministros y con aprobación del Congreso de la Unión, y en los recesos de éste, de la diputación permanente, puede suspender las garantías otor-

<sup>18</sup> Con una lectura inteligente de este precepto se evitarían infinitud de falsos debates en la actualidad, bastaría con establecer qué se entiende por “disciplina militar” para dejar en claro que no ampara las funciones que realizan las fuerzas armadas en una función pública como lo es la de seguridad. En la *Declaración de Antigua, Guatemala, sobre Derechos Humanos y cultura de paz*, en el numeral 12 se destaca que la función de seguridad pública y persecución de los delitos corresponde a las corporaciones policíacas civiles.

gadas en esta Constitución, con excepción de las que aseguran la vida del hombre; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales, y sin que la supresión pueda contraerse a determinado individuo.

Por último, la Constitución de 1917 plasmó en su título primero “De las garantías individuales”, en sus primeros veintinueve artículos, los derechos humanos.

Este era el país jurídico, o como lo denominamos la “validez”, en el caso de la “facticidad” para nadie que conozca la historia de México es un secreto que en el periodo que abarca de 1821 a 1910 hubo diversas convulsiones sociales y políticas, levantamientos armados, rebeliones, cambios de gobiernos e, incluso, invasiones extranjeras.

Como se advierte, a pesar de que en el siglo XIX existía un régimen amplio de tutela de los derechos humanos, los instrumentos constitucionales fueron insuficientes para contener los abusos del poder público, como lo destaca John Kenneth Turner, al reflexionar sobre la época porfirista en nuestro país, en su obra *México Bárbaro*: “Descubrí que el verdadero México es un país con una Constitución y leyes escritas tan justa en general y democráticas como las nuestras; pero donde ni la Constitución ni las leyes se cumplen. México es un país sin libertad política, sin libertad de palabra, sin prensa libre, sin elecciones libres, sin sistema judicial, sin partidos políticos, sin ninguna de nuestras queridas garantías individuales, sin libertad para conseguir la felicidad”.<sup>19</sup>

Así, los regímenes mexicanos de ese momento histórico a pesar de contar con instrumentos constitucionales fueron incompetentes para contener las violaciones a los derechos. Así podemos concluir, a despecho de Jürgen Habermas, que no basta la incorporación de los derechos a los textos jurídicos, es necesario un compromiso efectivo con su preservación y tutela, porque es la única manera de romper las tensiones entre “facticidad” y “validez”, conciliando las distorsiones que la confrontación entre autoridad y libertad incorpora al sistema socio-jurídico.

### III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL 10 DE JUNIO DE 2011

El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre ellos el artículo 1o.; el artículo 3o.; el

<sup>19</sup> Kenneth Turner, John, *México bárbaro*, 16a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 1.

artículo 11; el artículo 15; el artículo 18; el artículo 29; el artículo 33; el artículo 89; el artículo 97; el artículo 102, apartado B; y el artículo 105.

La modificación de esos once artículos se recibió con entusiasmo en un país lacerado por la violencia del narcotráfico y las acusaciones por violaciones a los derechos humanos.

El 8 de marzo de 2011, al hacer una evaluación de las reformas propuestas, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, destacó:

Para la ONU México, el nuevo marco constitucional responde positivamente a los compromisos internacionales asumidos por México y dentro de sus avances destacan la elevación a rango constitucional de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, así como la aplicación prevalente de la norma más favorable a la persona; la consagración de las obligaciones de las autoridades; la enunciación de los derechos humanos en el eje de la educación, el sistema penitenciario y la política exterior; el más estricto ámbito de la figura del estado de excepción; la modificación del artículo 33 para reconocer el derecho de audiencia de las personas extranjeras a quienes se pretenda expulsar del territorio nacional; el fortalecimiento de los organismos públicos de derechos humanos; y el mejoramiento del sistema de control abstracto de la constitucionalidad. Además, la ONU México espera que la reforma al artículo 11, referido al derecho de asilo, pueda próximamente acomodarse a los estándares internacionales y a la propia legislación mexicana sobre personas refugiadas recientemente aprobada.<sup>20</sup>

¿Hasta dónde está visión es tan real?, ¿efectivamente con la reforma constitucional en materia de los derechos humanos se pueden acercar el país jurídico y el país real?, ¿con esta reforma desaparece la tensión entre facticidad y validez en México?

Un aspecto interesante de la reforma es la modificación del título primero, capítulo I, para nombrarlo “De los derechos humanos y sus garantías”, en congruencia con lo anterior, en el artículo 1o. se establece que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los “derechos humanos” reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni

<sup>20</sup> Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, México. Comunicado de Prensa <http://www.hchr.org.mx/Documentos/comunicados/2011/03/CDP090311.pdf>, consultado el 29 de agosto de 2011.

suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.<sup>21</sup>

Otro aspecto interesante de la reforma es que incorpora un esquema hermenéutico en la materia, al destacar que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución<sup>22</sup> y con los tratados internacionales de la materia, aquí está presente uno de los argumentos usados para fundamentar la necesidad de una interpretación conforme a la Constitución: la presunción de constitucionalidad de las leyes, que tiene como supuesto el respeto a la obra del legislador y a la separación de poderes.<sup>23</sup>

Lo anterior se presenta como de avanzada en nuestro constitucionalismo; sin embargo, detrás de este “avance” está presente el viejo dogma de la “presunción de validez del acto jurídico” de raigambre civilista, que pasó al derecho administrativo, y ahora disfrazado de “interpretación conforme” pasa a la Constitución; lo que constituye una posibilidad real de que a través de esta “interpretación conforme” se validen leyes inconstitucionales.<sup>24</sup> No se atempera lo anterior con el hecho de que la

21 Un respetado jurista mexicano, Miguel Carbonell, al comentar el artículo 1o. destaca que lo más pertinente desde un punto de vista doctrinal hubiera sido adoptar la denominación de “derechos fundamentales”. Sin embargo, estimamos que lo trascendente es que existan efectivos límites a la acción arbitraria de la autoridad, por lo que seguimos considerando que lo importante no es el “nomen iuris”, sino los derechos públicos subjetivos y sus garantías (véase Carbonell, Miguel, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades*, en: [http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades\\_printer.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades_printer.shtml), consultada el 29 de agosto de 2011).

22 Como lo destaca Virgilio Alfonso Da Silva, la primera vez que se hizo uso de la idea de interpretación conforme a la constitución fue en 1953, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, en los términos siguientes: “Una ley no debe ser declarada nula si fuera posible interpretarla de forma compatible con la Constitución, pues se debe presuponer no solamente que una ley sea compatible con la Constitución sino también que esa presunción expresa el principio según el cual, en caso de duda, debe hacerse una interpretación conforme a la Constitución”. El autor destaca que cuando se habla de interpretación conforme no es la constitución la que se está interpretando, sino las normas infraconstitucionales. En su opinión, afirmar que la constitución es el parámetro para la interpretación de la ley no significa mucho (Da Silva, Virgilio Afonso, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 12, enero-junio de 2005).

23 Para una discusión más amplia sobre el tema véase Da Silva, Virgilio Afonso, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, cit.

24 El propio Virgilio Afonso Da Silva argumenta en la obra citada: “Puede ocurrir, no obstante, que una ley restrinja alguna libertad garantizada por la Constitución. Si seguimos la idea subyacente a la interpretación conforme a la Constitución y a la presunción de constitucionalidad, en el caso que haya una interpretación que vuelva constitucional la ley, ésta deberá tener prioridad. Pero es innegable que la libertad de los ciudadanos sería más efec-

reforma plasme que la interpretación debe realizarse: *favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*, porque los debates sobre interpretación conforme se vinculan con la contradicción entre una norma general y la Constitución.

En este contexto, podemos cuestionarnos ¿es conveniente dejar en nuestros tribunales, por sabios que sean, una facultad de esas características?, ¿no es acercarse a la temible judicracia donde los jueces con interceptaciones sesgadas de la Constitución pueden desaplicar normas benéficas o imponer normas perjudiciales?<sup>25</sup>

Otro aspecto de la reforma es que plasma de manera clara un efectivo entorno imperativo-atributivo en materia de derechos público-subjetivos, porque se impone a todas las autoridades la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Para lo anterior, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Lo que obliga en el futuro a armonizar la legislación secundaria con la norma constitucional.

Miguel Carbonell destaca que de esta forma queda claro que todo derecho humano “reconocido” por la Constitución y los tratados internacionales genera obligaciones para las autoridades mexicanas, con independencia del nivel de gobierno que ocupen o de la modalidad administrativa bajo la que estén organizadas, opinión con la que coincidimos.<sup>26</sup>

tiva si la ley fuese declarada inconstitucional” (véase Da Silva, Virgilio Afonso, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, *op. cit.*).

25 La palabra “judicracia” o gobierno de los jueces es un término acuñado por Eduard Lambert, quien después de la Primera Guerra Mundial, atacó la propuesta para introducir formas de control judicial de constitucionalidad en los ordenamientos de Europa Continental, que en su opinión era otorgarle a la magistratura un verdadero poder legislativo, aún superior al del Parlamento (véase Lambert, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, París, Marcel Giard, 1921).

La posibilidad real de ese proceso se puede advertir de la lectura de un artículo de Ilya U. Topper, que destaca: “Ahora mismo, Turquía es una «judicracia», en la que el Constitucional emplea su poder para cerrar numerosas iniciativas gubernamentales. Quien cree que el actual Gobierno es un peligro para el futuro de Turquía, al que sólo los jueces podrán poner freno, tendrá motivo para votar No. Turquía es una ‘judicracia’ en la que los jueces cierran muchas iniciativas del Gobierno” (véase Topper, Ilya U., “Distancias cortas. Turquía columna”, *Revista Mediterráneo Sur*, septiembre de 2010, en [http://www.mediterraneosur.es/prensa/top\\_distanciascortas.html](http://www.mediterraneosur.es/prensa/top_distanciascortas.html), consultada el 30 de agosto de 2011).

26 Carbonell, Miguel, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades, de 27 de junio de 2001*, [http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades\\_printer.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades_printer.shtml), consultada el 29 de agosto de 2011.

También la reforma al artículo 1o. se engarza con la incorporación reciente en la Constitución, al tema de la interdicción de la discriminación, además de los supuestos plasmados en la propia Constitución, cuando atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Al artículo 3o. se incorpora que la educación que imparta el Estado tenderá a fomentar el respeto a los derechos humanos. Es importante apoyar iniciativas de estas características, pero dejando en claro que la cultura de los derechos humanos debe permeare todos los ámbitos de la vida pública y privada. En este sentido, nos lamentamos que no se haya aprovechado la oportunidad para imponer la misma obligación a las instituciones de educación privada, considerando que una cantidad significativa de estudiantes se forman en las aulas de empresas educativas.

En materia de libertad de tránsito, el artículo 11 destaca que en el caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo, el refugio se otorgará por causas de carácter humanitario; sin embargo, algo positivo se deja a una ley secundaria en lo que se refiere a su procedencia y excepciones. Si ya se hizo costumbre, inadecuada, llevar a la Constitución todos los temas, bien se pudo incorporar al texto fundamental esos supuestos de procedencia para evitar la denegación del asilo por cuestiones burocráticas.

Al artículo 15 se incorpora la proscripción de celebrar convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos constitucionalmente o establecidos en los tratados internacionales de los que nuestro país sea parte.

Otro aspecto interesante, es la inclusión en el artículo 18 de que el sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, reforma necesaria atendiendo a las condiciones precarias en las que se encuentran los sujetos que en las prisiones purgan una sanción. Aquí esperamos ver de qué manera el “derecho penal del enemigo” incluido a nivel constitucional con la reforma penal de 2007 se va a conciliar con esta declaración constitucional.

Lugar aparte merece el contenido de la reforma al artículo 29 en materia de suspensión de derechos humanos, en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, porque se le agrega un párrafo para establecer que en los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los dere-

chos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.<sup>27</sup>

También señala que la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por la Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Además, cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Un aspecto interesante es que los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación,<sup>28</sup> la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez. Sin embargo, la prescripción es incompleta porque no se establecen las consecuencias en el supuesto de un decreto de suspensión de derechos humanos ilegal.

En el artículo 33 en consonancia con el artículo 1o. se destaca que las “personas extranjeras” gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución. Además, se establece la audiencia previa para expulsar del territorio nacional a personas extranjeras.

En el artículo 89, fracción X, se otorga al titular del Ejecutivo la facultad de celebrar tratados internacionales, y terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado.

27 Si como lo destaca José Antonio García Becerra, los caracteres de los derechos humanos son: imprescriptibilidad, inalienabilidad, irrenunciabilidad, universalidad, inviolabilidad, efectividad, interdependencia y complementariedad, entonces el contenido de este precepto es violatorio del principio de inviolabilidad, es falso el dilema “eficacia al enfrentar la emergencia o derechos humanos”, en nuestra opinión es posible conciliar el respeto a los derechos humanos con la eficacia al enfrentar una crisis de cualquier índole (véase García Becerra, José Antonio, *Teoría de los Derechos Humanos*, p. 20).

28 De nuevo asoma su peligrosa cabeza la “judicracia”, con todas sus posibilidades y secuelas (véase nota 24).

Por su parte, el artículo 97 faculta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para solicitar al Consejo de la Judicatura Federal que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal.

El artículo 102, apartado B, reformado, destaca que los organismos de protección de los derechos humanos formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Con lo que se les priva de lo que desde hace años solicitan: las herramientas jurídicas para atender de manera eficiente el tema de la protección de los derechos humanos, aquí tenemos un caso peculiar de una autoridad sin “imperio”.

Ese mismo artículo destaca que todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos; además prescribe que cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; este precepto desmiente el supuesto compromiso de los autores de la reforma con los “derechos humanos”, porque, según el precepto que se analiza, a las autoridades o servidores públicos que se nieguen a dar información los podrán llamar a comparecer la Cámara de Senadores, o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, a solicitud de estos organismos, “a efecto de que expliquen el motivo de su negativa”.

Lo anterior refuerza la idea de que la “reforma” no contiene un compromiso efectivo con los derechos humanos. También, a pesar del giro hacia los derechos humanos en el Estado mexicano se sigue limitando a los organismos especializados en la materia al negarles competencia para conocer de asuntos electorales y jurisdiccionales.

Un avance trascendente es la obligación de que los estados y el Distrito Federal en sus Constituciones y en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal deben establecer y garantizar la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos.

También se prescribe que la elección del titular de la presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de los integrantes del Consejo Consultivo, y de titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas, se ajustarán a una consulta pública transparente.

Un retroceso es otorgarle a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos la facultad de investigación que antes se encontraba en manos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así, ahora esa comisión podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el

Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un Estado, el jefe de gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas, pero, atendiendo a las limitaciones legales con las que cuenta, difícilmente podrá realizar una investigación medianamente aceptable.

Por último, en el artículo 105 en materia de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, se modifica la fracción I, para establecer las excepciones para resolver las controversias constitucionales; en el caso de las acciones de inconstitucionalidad se otorga competencia a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, a los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, y a la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal para impugnar leyes y tratados internacionales en su ámbito de competencia.

Como se advierte la reforma no resuelve ninguno de los problemas mencionados. El 25 de agosto de 2011 los mexicanos asistimos a otro de los trágicos eventos de la “lucha contra el terror”, un comando de asesinos incendió un casino y dejó a 52 personas muertas. En su mensaje del 26 de agosto, el presidente de la República resaltó:

Ante tales circunstancias, todos debemos actuar. Al Congreso de la Unión le pido respetuosamente que dote a los Gobiernos estatal y Federal y, en particular, a las Fuerzas Federales, de la certidumbre jurídica en su actuar, y de las atribuciones legales indispensables para enfrentar con eficacia a semejante amenaza a la seguridad nacional. Este asunto debe resolverse ya.

A los gobiernos estatales y municipales, les pido acelerar el paso para cumplir con el Acuerdo Nacional por la Seguridad, la Justicia y la Legalidad, y con las disposiciones que establece la Ley de Seguridad Pública y el marco normativo en la materia.

No cabe duda que el avance de los criminales se explica, también, poderosamente, por la enorme corrupción que prevalece en las instituciones de seguridad y de justicia en distintas regiones del país y en distintos órdenes de Gobierno, que ha penetrado estructuras de poder, y ha dejado, en muchos casos, a la sociedad indefensa, porque quienes están encargados de velar por la seguridad de los ciudadanos, no pocas veces están, más bien, al servicio de los criminales.

Debemos cortar ya, y entre todos, esa corrupción. Debemos depurar y fortalecer, cuanto antes, nuestros cuerpos policiacos y ministeriales.

Al Poder Judicial, tanto en el ámbito Federal como en el estatal, le pido, también, respetuosamente un esfuerzo por revisar sus propias estructuras y sus integrantes.

No me cabe duda de la honestidad de la mayoría de los jueces y magistrados. Pero también es cierto que la impunidad rampante que se vive en el país obedece, también, a que por una u otra razón, los criminales no obtienen el castigo que merecen a la hora de ser juzgados. Se dice que es por la impericia de los Ministerios Públicos. Es algo que debemos revisar y, desde luego, corregir.

Pero también es posible que el poder corruptor de la criminalidad haya penetrado las estructuras judiciales que no están exentas de ese riesgo y es obligado revisar esa posibilidad. Al mismo tiempo, le pido que revise sus propios criterios, a fin de encontrar la manera de cerrar la brecha, una brecha que se abre cada día más, entre la existencia de un hecho criminal y los criterios jurídicos que hacen posible su castigo.

La distancia entre la verdad real y lo que se conoce como la verdad legal. A final de cuentas, la verdad real, la que preocupa al pueblo, es que esos criminales están en las calles sin castigo y todos estamos obligados a revertir esa impunidad.

Para estudiar los problemas relacionados con la facticidad y la validez, el discurso presidencial no tiene desperdicio. En primer lugar el reconocimiento de que para atacar a quienes violan la ley se violó la ley, como se advierte de la exigencia de dar certidumbre jurídica a la actuación de las fuerzas federales, y dotarlas de las atribuciones legales indispensables para enfrentar con eficacia a esa amenaza a la seguridad nacional.

Entonces, en el país que aprueba una reforma reciente en materia de “derechos humanos” ¿con qué calidad legal están los soldados en las calles?, ¿quién dentro de las instituciones, además, de su comandante en jefe apoya esta situación?, ¿para defender la ley es necesario violar la ley? Estas preguntas deben responderse antes de legislar en la materia, porque ponen en evidencia el autoritarismo de algunos actores institucionales.

Otras perlas del discurso son el llamado a aprobar normas severamente cuestionadas, destacar que los encargados de velar por la ley están al servicio de criminales y la acusación directa, al momento de escribir estas líneas sin respuesta, de corrupción en el Poder Judicial.

#### IV. EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS: LA VIGENCIA DE LA “GARANTÍA”

Lo más significativo de la reforma no es el contenido del derecho público subjetivo, sino su efectividad. Aquí destaca el papel del Poder Judi-

cial de la Federación como órgano encargado de aplicar la “garantía” de protección a los derechos humanos y hacerla efectiva en cada caso concreto. Esta garantía ahora se asignó también a los poderes judiciales de los Estados. Por lo que está reforma constitucional en materia de derechos humanos va de la mano con la reforma en materia de amparo.

Llama la atención los tiempos políticos, porque primero se aprueba, el 6 de junio de 2011, la reforma en materia de amparo y, posteriormente, el 10 de junio de 2011, la reforma en materia de derechos humanos. Dando el beneficio de la duda, debemos considerar que la herramienta procesal se adecua al contenido de la reforma en materia de derechos humanos.

Sin embargo, la acusación del presidente de la República al Poder Judicial por presuntos actos de corrupción merece ser tomada en cuenta, en teoría ese funcionario es el mejor informado del país. Porque no se explica que el primer mandatario del país lance una afirmación tan dura sin contar con evidencias sólidas.

No es la primera vez que desde la presidencia de la República se han vertido críticas al papel de los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, derivado del crimen de Marisela Escobedo, el mandatario federal aunque apuntó que no son todos, ni la mayoría de ellos, “llega a haber jueces que más jueces son verificadores de requisitos, es decir, hacen un check list de todas las cosas que finalmente deben cumplir”.<sup>29</sup>

En este sentido, la verdadera reforma en materia de derechos humanos debería enfocarse en los aplicadores de la ley en sede administrativa y jurisdiccional, para romper los cotos de poder y los círculos de impunidad y complicidad que se construyen desde el poder Ejecutivo, se enquistan en los órganos de justicia administrativa y se cierran en los poderes judiciales federal o local.

Pero son los jueces quienes pueden garantizar la vigencia del Estado de derecho y una efectiva protección de los derechos humanos, a ellos les corresponde dejar de lado sus intereses personales o de grupo e iniciar la construcción de ese “*être inanimé*” del que hablaba Montesquieu, esa “*bouche qui prononce les paroles de la loi*” (quizá ya imposible ante la politización de la justicia).

En otro orden de ideas, a pesar de su importancia, la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 carece de novedad en el constitucionalismo mexicano, porque el debate sobre los derechos humanos iluminaba el siglo XIX mexicano, más bien parece un intento de conciliar

29 Véase notas periodísticas publicadas el 11 de enero de 2011.

postulados del iusnaturalismo del siglo XIX con elementos del “garantismo”<sup>30</sup> y el “neoconstitucionalismo”,<sup>31</sup> en el sistema jurídico mexicano.

Como ya se acreditó en el apartado relacionado con “El constitucionalismo mexicano y los derechos humanos”, el tema de los derechos orienta desde hace años los debates en los documentos fundamentales mexicanos.

Por lo anterior, sin temor a equivocarnos podemos estimar que la novedad de la reforma constitucional consiste básicamente en la pretensión arriba mencionada, la conciliación de las teorías neoconstitucionalistas y garantistas con el iusnaturalismo mexicano.

En este contexto, la reforma deberá reorientarse en el futuro para evitar que el conservadurismo rampón se aproveche de su contenido e imponga sus reales en el foro jurídico mexicano.

Un ejemplo de lo anterior es la crónica de Andrea Becerril y Víctor Ballinas, que destaca que: la votación en lo particular dividió a la bancada del PAN. La propuesta que formuló el senador Jorge Ocejo, en nombre de un grupo de sus compañeros “ultras” para modificar el último párrafo del artículo primero constitucional, a fin de eliminar el término “preferencias sexuales” y dejar sólo que se prohíbe la discriminación por “prefe-

30 Los partidarios del garantismo parten de la obra de Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, considerando en sus dos significados genéricos al garantismo como un tercer modelo de estado de derecho y como una teoría general de derecho (para un análisis de estos puntos véase: Moreno Cruz, Rodolfo, *El modelo garantista de Luigi Ferrajoli*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 120, septiembre-diciembre de 2007).

31 Como lo explica Mauricio Barberis, el término se utiliza para destacar tres “cosas” distintas conectadas ente sí: reenvía al antiguo ideal del gobierno de las leyes, o más bien del derecho; designa la traducción propia de los siglos XVIII y XIX de este modelo en la idea de constitución como instrumento para limitar el poder político; y en un tercer sentido, que el autor estima no adecuado, indica la doctrina del derecho constitucional. Al situar la aparición del neoconstitucionalismo en el debate entre Ronald Dworkin y Herbert Hart, señala que el rasgo distintivo entre neoconstitucionalismo, el iusnaturalismo y el iuspositivismo, es la idea de que el derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos (véase Barberis, Mauricio, *Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral*, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/li/brev/rev/jurid/cont/31/pr/pr20.pdf>, consultada el 29 de agosto de 2011). Aunque sobre el tema existe otra historia, esta la narra Luis Roberto Barroso, quien destaca que la principal referencia al nuevo derecho constitucional es la Ley fundamental de Bonn (Constitución alemana) de 1949, y, en especial el surgimiento del Tribunal Constitucional Federal, instalado en 1951. A partir de ese momento hubo una fecunda producción teórica y jurisprudencial, responsable del ascenso científico del derecho constitucional en el ámbito de los países de tradición romano-germánica. También destaca a la Constitución italiana de 1947 y su Corte Constitucional establecida en 1956 (véase Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, pr. Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 2).

rencias”, fue rechazada por 58 contra 34 votos, estos últimos de la mayoría de legisladores del blanquiazul.

Además, continúa la crónica: En una larga reunión iniciada el pasado lunes por la noche, que continuó ayer, los senadores del PAN acordaron votar libremente, toda vez que los legisladores ligados a El Yunque y grupos como Provida, insistieron aún en objetar varios puntos de la reforma, como el de “preferencias sexuales”, contenido en el artículo 1o., donde se establece también el respeto a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en tratados internacionales.

También se narra que: Se presentaron reservas a 7 de los 11 artículos constitucionales. El senador petista Ricardo Monreal pretendía que se definiera con precisión que no se puede discriminar por “orientación sexual y equidad de género”, y que se cambiaran otros artículos para dejar claros los derechos de los extranjeros, pero el Pleno lo rechazó.

En ese mismo relato se asienta que: El panista Fernando Elizondo pidió que se eliminara del artículo primero la obligación de respetar los derechos humanos consagrados en todos los tratados internacionales, y se especificara que esa norma aplica sólo para aquellos referidos a las garantías fundamentales. En apretada votación se desechó incluso discutirlo.

Además, se destaca que: De forma inusual ingresó al recinto de Xicotécatl una decena de personas, quienes dijeron ser representantes de “98 organizaciones sociales de ultraderecha”, entre ellas Mexicanos a favor de la vida, Grupo La Anunciación, Provida y de diversas iglesias, entre ellas La Plenitud de Cristo, La Casa del Señor, Jesús es el Camino, Templo Alfa y Omega e Iglesia de Dios en México, así como el Movimiento Familiar Cristiano. En la crónica de la aprobación de la reforma se destaca que: De forma agresiva, los visitantes exigieron a senadores del PRI que no aprobaran esa reforma, que da pie, sostuvieron, “a perversiones sexuales y a legitimar el aborto y la eutanasia”. Luego subieron hasta la sala de prensa para demandar a los reporteros que se publicaran sus puntos de vista.<sup>32</sup>

En esta misma tesitura, asociaciones, como la organización civil “Mexicanos por la vida de todos”, manifiestan su desacuerdo con la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos, como lo externa su coordinadora, Edith Martínez Guzmán, quien explicó que son al menos seis los artículos de dicha reforma los que fueron alterados de tal manera que vulneran y discriminan a las familias de México. Entre éstos destacó el quinto párrafo del artículo 1o., mismo que se refiere a las prefe-

<sup>32</sup> Nota de Andrea Becerril y Víctor Ballinas, “Aprobada, reforma constitucional en materia de derechos humanos”, Periódico *La Jornada*, del miércoles 9 de marzo de 2011, p. 5.

rencias sexuales, y del que según esta agrupación, discrimina cualquier otro tipo de preferencias, opiniones y manifestaciones que no tengan que ver con el ámbito sexual.<sup>33</sup>

La reforma constitucional en materia de derechos humanos ya fue puesta a prueba en las acciones de inconstitucionalidad 11/2009 y 62/2009 resueltas el 27, 28 y 29 de septiembre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una minoría de cuatro ministros frenó la posibilidad de declarar inconstitucionales los artículos 7o. y 16 de las Constituciones de Baja California y San Luis Potosí, respectivamente, con argumentos más dignos de un amparo que de un tribunal constitucional.<sup>34</sup>

Sin embargo a todos se nos olvida, como lo señala Charles Malik al glosar los trabajos que culminaron en la Declaración Internacional de los Derechos Humanos, que:

La crisis verdadera de los derechos humanos no tiene su origen en algo parecido (se refería a la violación de derechos humanos durante la Segunda Guerra Mundial). Se debe, más bien a que las personas no creen hoy que tengan derechos naturales, inherentes, inajenables. ¡Hay que ver y oír al hombre moderno cuando habla de sus derechos! ¿Se le puede sugerir, acaso, que posee originalmente y por naturaleza sus derechos fundamentales? La mera sugestión de que hay naturaleza, descanso, realidad, verdad y un orden invariable de cosas, y que nuestro destino supremo es co-

33 Nota en *El Informador* de marzo 17 de 2011 "Desacreditan reformas en materia de derechos humanos". "Señalan posibles consecuencias. Los artículos reformados vulneran y discriminan a las familias de México", visible en: <http://www.informador.com.mx/jalisco/2011/278287/6/desacreditan-reformas-en-materia-de-derechos-humanos.htm>, consultado el 29 de agosto de 2011.

34 Lo importante era el papel del derecho como herramienta para resolver problemas y el olvido del aforismo jurídico: *omnis definitio in iure periculosa est*, porque los artículos 7o. y 16 de las constituciones de Baja California y San Luis Potosí, respectivamente, incorporaron una definición de lo que se debe entender por "vida", al establecer que "desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes hasta su muerte natural o no inducida" y "reconoce la vida humana como fundamento de los seres humanos, por lo que la reseta y protege desde el momento de su inicio en la concepción", respectivamente, por lo que el debate se debió orientar hacia la vigencia de los derechos que podrían colisionar con las definiciones que se incorporaron en esas constituciones, sobre todos los sexuales y reproductivos, que se podrían afectar en el marco de derechos humanos ya reconocido a nivel federal, y no con temas relacionados con las facultades de las entidades federativas para legislar en esta materia y argumentos similares que nada aportaron a la discusión. Un instrumento internacional que lastimosamente se soslayó en la discusión fue la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1981, y por lo tanto, derecho positivo en México.

nocerlo y conformarnos a éste, constituye un anatema para el hombre moderno. Busca sus derechos, no en ese orden, sino en su gobierno, en las Naciones Unidas, en lo que llama “la situación mundial existente” y “la última etapa en la evolución”.<sup>35</sup>

Así, más que reformas constitucionales en materia de derechos humanos, requerimos cambios, mejor dicho revoluciones verdaderas, giros copernicanos en nuestra manera de pensar los derechos, transformación que debe alcanzar todos y cada uno de los titulares de derechos públicos subjetivos para que se entiendan como seres humanos valiosos.

En este contexto, para la re-construcción de una estabilidad sustentada en la paz del derecho y no en la de los sepulcros, debemos rescatar la *Declaración de Antigua, Guatemala, sobre Derechos Humanos y Cultura de Paz*, elaborada por los ombudsmen de Argentina, Costa Rica, El Salvador, España, Guatemala, México y Puerto Rico, que en el numeral 1 de la proclama, destaca:

1. La construcción y fortalecimiento de la cultura de paz implica el conocimiento, respeto, protección y desarrollo de los derechos humanos: tanto los civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales y los de tercera generación, sin distinción alguna. Asimismo, es necesario promover mediante la educación en derechos humanos una actitud permanente y natural de respeto a los valores y principios de los derechos humanos.<sup>36</sup>

Haciéndonos eco de esta visión, es pertinente mencionar que la tensión entre facticidad y validez y sus impactos en la dicotomía “autoridad-libertad” es un falso dilema en un Estado de derecho. El círculo vicioso corrupción, violación de la ley e impunidad, se debe precisamente a que no se respeta la ley.

Otorgándole el beneficio de la duda a la reforma en materia de derechos humanos, debemos destacar que la reforma se debe encaminar a un cambio en la forma de ejercer el poder político y administrativo en nuestro país. El enfoque en los derechos humanos así lo demanda.

Lo anterior significa que los órganos legislativo, administrativo y jurisdiccional deben aplicar la ley sin distinciones, adecuar sus estructuras y

<sup>35</sup> Malik, Charles, “Declaración Internacional de Derechos Humanos”, *Boletín de las Naciones Unidas*, vol. V, núm. 1, 1o. de julio de 1948, pp. 5 y 6.

<sup>36</sup> Declaración de Antigua, Guatemala, sobre Derechos Humanos y cultura de paz, visible en “Cultura de Paz y Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derechos Humanos 4-96*, Guatemala, Procurador de los Derechos Humanos, 1996, p. 51.

procedimientos para alcanzar el objetivo constitucional de protección de los derechos humanos, pero, sobre todo, como buenos jueces empezar por su casa y limpiarla de la corrupción e impunidad.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, 1a. ed. correg., México, Fontamara, 1998.
- BARBERIS, Mauricio, *Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral*, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr20.pdf>, consultada el 29 de agosto de 2011.
- BARROSO, Luis Robert, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, pr. Miguel Carbonell, México, IJ-UNAM, 2008.
- BAUDIOU, Alain, *La ética*, tr. Raúl Cerdeiras, rev. Álvaro Uribe, México, Herder, 2004.
- BECERRIL, Andrea y BALLINAS, Víctor, "Aprobada, reforma constitucional en materia de derechos humanos", Periódico *La Jornada*, del miércoles 9 de marzo de 2011.
- BRUNKHORST, Hauke, "Rights, Sovereignty and Nation State", en PATTARRO, Enrico (ed.), *Ratio Iuris. And International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 13, núm. 1, marzo de 2000.
- CARBONELL, Miguel, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades*, en [http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades\\_printer.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades_printer.shtml), consultada el 29 de agosto de 2011.
- CUEVAS, Gabriela, "La reforma en materia de derechos humanos", publicada en *El Universal*, 20 de diciembre de 2010.
- DA SILVA, Virgílio Afonso, "La interpretación conforme a la constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 12, enero-junio de 2005.
- "Declaración de Antigua, Guatemala, sobre Derechos Humanos y cultura de paz", visible en "*Cultura de Paz y Derechos Humanos*" Cuadernos de Derechos Humanos 4-96, Guatemala, Procurador de los Derechos Humanos, 1996.
- Discurso del licenciado Jorge Madrazo Cuéllar, en "*Cultura de Paz y Derechos Humanos*" Cuadernos de Derechos Humanos 4-96, Guatemala, Procurador de los Derechos Humanos, 1996.

- GARCÍA BECERRA, José Antonio, *Teoría de los derechos humanos*, Sinaloa, México, Facultad de Derechos y Ciencias Sociales, UAS, 1991.
- HABERMAS, Jürgen, *De la política de poder a la sociedad civil mundial en tiempo de transiciones*, Madrid, España, Trotta, 2004.
- KENNETH TURNER, John, *México bárbaro*, 16a. ed., México, Porrúa, 2005.
- LAMBERT, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, París, Marcel Giard, 1921.
- MALIK, Charles, “Declaración internacional de derechos humanos”, *Boletín de las Naciones Unidas*, vol. V, núm. 1, 1o. de julio de 1948.
- MORENO CRUZ, Rodolfo, “El modelo garantista de Luigi Ferrajoli”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 120, septiembre-diciembre de 2007.
- Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, México. Comunicado de Prensa [http://www.hchr.org.mx/Documentos/comunicados/2011/03/CD\\_P090311.pdf](http://www.hchr.org.mx/Documentos/comunicados/2011/03/CD_P090311.pdf), consultado el 29 de agosto de 2011.
- Nota sin firma en *El Informador* de marzo 17 de 2011 “Desacreditan reformas en materia de derechos humanos”, visible en: <http://www.informador.com.mx/jalisco/2011/278287/6/desacreditan-reformas-en-materia-de-derechos-humanos.htm>, consultado el 29 de agosto de 2011.
- TEJEDA, Armando G., nota en el periódico *La Jornada*, 2 de agosto de 2011.
- TOPPER, Ilya U., “Distancias cortas. Turquía columna”, *Revista Mediterráneo Sur*, septiembre de 2010, en [http://www.mediterraneo-sur.es/prensa/top\\_distanciascortas.html](http://www.mediterraneo-sur.es/prensa/top_distanciascortas.html), consultada el 30 de agosto de 2011.
- ZARAGOZA, Areli, “El día de hoy, en la Residencia oficial de los Pinos, se llevó a cabo la más trascendente Reforma Constitucional a los Derechos Humanos en la historia de nuestro el país”, visible en: [http://mexico.elpueblo.com/notas/20110609/promulgan\\_reforma\\_constitucional\\_en\\_materia\\_de\\_derechos\\_humanos](http://mexico.elpueblo.com/notas/20110609/promulgan_reforma_constitucional_en_materia_de_derechos_humanos), consultada el 29 de agosto de 2011.