

## Sobre la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos

Carla Huerta \*

**RESUMEN:** Este artículo tiene el objetivo de explicar las diferencias entre los derechos humanos y los derechos fundamentales. Para ello, la autora hace una serie de distinciones entre ambos. Comienza explicando cómo es que el positivismo y el iusnaturalismo pueden ser la pauta para lograr diferenciarlos, utilizando los conceptos de principios y normas. Una vez definidos los antecedentes de cada uno, se plantea la pregunta respecto de qué tipo de derecho surgió primero. Para responder a esta pregunta analiza detalladamente la estructura de estos derechos, al tiempo que los va relacionando y planteando en el sistema jurídico actual. Resalta la importancia y el impacto de cada uno dentro de dicho sistema y hace una serie de evaluaciones para determinar sus diferencias. Al final del artículo se analiza el papel de cada uno de estos derechos dentro del sistema jurídico mexicano.

**ABSTRACT:** *This article has the objective of explaining the differences between human rights and fundamental rights. To achieve this, the author describes a series of differences between them. She starts by explaining how two theories (positivism and ius naturalism) could be the start to difference them, using concepts such as principles and rules. Once the background of each one is settled, a question pops out: which one emerged first? To answer this question, the author analyzes the structure of each one, relating them and putting them in the judicial system of today. The importance and the impact of each one in the system is emphasized, and a series of evaluations are made in order to determine their differences. Last but not least, both types of rights are analyzed within the Mexican judicial system.*

**SUMARIO:** Introducción. I. El fundamento de los derechos humanos. II. La función del positivismo. III. Distinción entre derechos humanos y fundamentales. IV. Los derechos fundamentales. V. La positivización de los derechos humanos. VI. Diferencia formal entre los dos tipos de normas. VII. Los derechos humanos en el derecho interno.

### Introducción

El tema plantea diversas cuestiones a discutir además de las conceptuales, no solamente en relación con la fundamentación de los derechos humanos y su estructura, sino también respecto de la forma en que éstos deben ser positiva-

---

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

dos y garantizados, por lo que se procede a un análisis desde el punto de vista formal.<sup>1</sup>

Determinar si existen diferencias entre los conceptos de “derechos fundamentales” y “derechos humanos” es importante no solamente por la tendencia a identificarlos o utilizarlos como sinónimos, sino sobre todo por sus efectos jurídicos. Considero que constituyen categorías de derechos jurídicamente diferenciables, que no se distinguen solamente en virtud de su fundamentación.

Dadas las diversas influencias culturales e históricas de cada país, distintos términos han sido utilizados para designar los derechos de las personas. Como resultado, el término “derechos humanos” no ha sido utilizado de manera uniforme, por lo que resulta ser tanto vago como ambiguo. De tal forma que puede ser considerado como relativo, ya que su significado se ha transformado con la evolución de los derechos a lo largo de la historia.

Asimismo, se ha producido una evolución simultánea de los derechos individuales que han pasado de ser derechos de las personas frente al Estado a derechos de prestación, por ejemplo. Un efecto semejante se ha verificado como consecuencia de la concepción de que los derechos humanos, además de constituir un reclamo político, conforman un criterio de identidad y justicia.

Su primer antecedente como derecho positivo se identifica tradicionalmente con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.<sup>2</sup> El significado del concepto “*droit de l’homme*” previsto en ella, ha pasado de ser entendido como derecho de la persona frente al Estado a un tipo de derecho intangible y suprapositivo, sobre todo por el carácter igualitario y universal de esta declaración. Dado su origen político, el carácter jurídico de estos derechos se desarrolla y fortalece solamente con su incorporación a la Constitución y la previsión de medios jurídicos de control de su ejercicio.

## I. El fundamento de los derechos humanos

En términos generales se sostiene que el derecho se fundamenta en dos corrientes filosóficas que se consideran opuestas: el positivismo y el naturalismo. Con frecuencia, los términos utilizados para referirse al tipo de derechos que corresponde a cada una de estas posturas han sido utilizados de manera ambigua, por lo que resulta conveniente delimitar el sentido y alcance de los conceptos de derechos fundamentales y de derechos humanos, que en principio corresponden de manera respectiva a dichas posturas filosóficas.

Tradicionalmente los juristas han fundamentado los derechos de las personas en dos corrientes: el positivismo y el naturalismo. Para el derecho, sin embargo, la cuestión no radica en si los derechos emanan de una fuente superior al hombre, o de su naturaleza, sino en prever la mejor forma para protegerlos y garantizar su ejercicio.

<sup>1</sup> Las diferencias entre derechos fundamentales y humanos pueden ser analizadas desde el punto de vista formal o material, sin embargo, no es tan fácil identificar qué es lo que hace que un cierto derecho sea catalogado como humano o como fundamental. Si se establecen criterios diferenciales, muchos serán compartidos, como los relativos a la igualdad, la dignidad, la libertad, etcétera.

<sup>2</sup> Un estudio clásico sobre esta Declaración es el de Georg Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

Se puede decir que el iusnaturalismo sostiene dos tesis: el derecho natural es un sistema de normas válidas universalmente cuyo conocimiento proporciona criterios de justicia social, y que solamente el derecho positivo justo, esto es, el que se fundamenta en el derecho natural, puede ser considerado como derecho en sentido estricto. Por lo que considera que los derechos humanos no pueden depender exclusivamente del derecho positivo, requieren de un fundamento suplementario, ya que el derecho positivo no basta para garantizar el bienestar y la convivencia entre las personas.

Es por ello que algunos defensores de los derechos humanos consideran que el derecho solamente los reconoce y protege, en consecuencia son independientes del sistema jurídico y se encuentran fuera de su alcance. El origen de esta postura se encuentra en la confusión de dos sistemas normativos: el jurídico y el moral. El problema radica en que aun si su existencia no dependiese de su reconocimiento por el derecho, su eficacia sí. Esto se debe a que la eficacia de los derechos humanos radica en la capacidad de ser ejercidos y respetados, lo cual es viable si pueden transformarse en derechos subjetivos. Al ser positivados con el carácter de derechos fundamentales, pasan de ser “principios o reglas de carácter moral” a operar como derechos de acción.

Para Bulygin es posible hablar de derechos humanos y de derechos morales, pero no pueden pretender una validez absoluta, aunque “pueden ser interpretados como exigencias que se formulan al orden jurídico positivo desde el punto de vista de un determinado sistema moral”.<sup>3</sup> De tal forma que los derechos humanos son una exigencia o pretensión (no en sentido jurídico), más que algo dado. Para él, su positivización los hace “tangibles” por decirlo de alguna manera, “una especie de realidad” en términos de Bulygin, la cual es como mínimo una realidad jurídica.

Al incorporar los derechos humanos a un sistema jurídico positivo, sea nacional o internacional, dejan de ser simplemente reclamos o derechos de orden moral para convertirse en derechos en sentido estricto, derechos humanos *jurídicos*. Al igual que Bulygin, considero que la eficacia de los derechos humanos depende de que sean asegurados por el legislador positivo, de preferencia en disposiciones de rango constitucional, así como en proveer los medios para que las personas respeten efectivamente la Constitución.

Normalmente es aceptado que los derechos humanos se sustentan en la igualdad y la dignidad de la persona, considerada esta última como un valor superior y calificada como inviolable. Pero si bien es cierto que se refiere a algo que es valioso, y que constituye un reconocimiento del valor de la persona como ser humano, su contenido dista de ser claro, aun cuando incluye elementos que se refieren al respeto y la consideración, así como la protección de una persona por el simple hecho de serlo. Fundar los derechos humanos en un valor, sea la dignidad de la persona o la igualdad resulta un tanto impreciso (por la falta de objetividad de dichos conceptos), por lo que se requiere del respaldo del derecho positivo y sus instituciones.

La distinción entre principios y reglas ha querido ser atraída al ámbito de los derechos humanos para calificarlos como principios, no obstante, esto no es

<sup>3</sup> “Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos”, *Análisis lógico y derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 624.

posible en términos generales. No pueden ser considerados como normas jurídicas con carácter de principio por contraposición a las reglas, dado que los derechos humanos pueden tener tanto la estructura de un principio como el de una regla en el sentido de la teoría de Robert Alexy.<sup>4</sup> Tampoco pueden ser entendidos en el sentido de guía o directriz del derecho y su aplicación, ni concebidos como valores, ya que no pretenden constituirse en lineamientos interpretativos, sino en derechos. El carácter de los derechos humanos una vez positivados es el de derechos ejercitables frente a terceros que permiten exigir su respeto, ya sea una abstención, o una contraprestación.

Jurídicamente hablando, la diferencia entre principios y valores radica en su función, y en que los principios tienen un carácter deóntico, mientras que los valores no establecen conductas debidas. En la doctrina se han realizado diversos intentos para distinguirlos; la dificultad radica principalmente en que ambos pueden ser caracterizados como cláusulas generales. Así, se podría decir que los principios son cláusulas genéricas que enuncian “modos de ser del derecho”, Dworkin considera que en ese sentido se reflejaría la dimensión jurídica de la moralidad.<sup>5</sup>

Los valores, en cambio, tienen como función orientar y limitar la interpretación y aplicación de otras normas, por lo tanto son cláusulas genéricas de tipo directivo y operan como metanormas respecto de los principios. Dicen como deben ser aplicados o interpretados los principios, y en general se refieren a lo que es bueno, más que a un deber ser. Su estructura no es la de una norma, constituyen más bien, un criterio, en consecuencia, sirven para comparar dos o más estados de cosas. Distinguir entre principios y valores no es ocioso, ya que ambos cumplen con funciones distintas y pueden ser utilizados en el proceso de justificación de las decisiones, así como en la argumentación de la solución a un problema jurídico.

Los principios generales del derecho tienen una naturaleza distinta a la de los principios antes mencionados, dado que sirven como guías de aplicación de las normas en aquellas áreas en donde existe un exceso de legislación, o bien una mutabilidad extrema. Su función es auxiliar en la resolución de casos en que se presenta una laguna, o para resolver conflictos entre normas. Operan como normas integradoras o supletorias y se encuentran de manera explícita o implícita en el sistema jurídico.<sup>6</sup> Es por ello que no deben ser confundidos con los valores que sustentan un determinado sistema jurídico, pues éstos tienen un origen de tipo societario, ya sea en el discurso político o en el social. A pesar de la similitud en su estructura o en su utilización, los principios generales del de-

<sup>4</sup> Esta distinción se atribuye principalmente a Dworkin y a Alexy, y se hace en función de la forma de aplicación de dos tipos de normas jurídicas, las reglas cuya aplicación es estricta, y los principios que pueden ser aplicados en grados diferenciados. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1978, pp. 22 y ss., y Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 81 y ss.

<sup>5</sup> R. Dworkin, *op. cit.*, nota 4, pp. 22 y 90.

<sup>6</sup> Aarnio considera que a pesar de que los principios generales pueden no encontrarse escritos en el derecho positivo, son parte de la tradición jurídica que a través de las decisiones y su justificación pasan de una generación a otra como parte del derecho. Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 131.

recho se aplican en el ámbito jurídico exclusivamente, en tanto que los valores tienen un ámbito de aplicación más amplio.

El término “principio” puede referirse también a la distinción doctrinal que se ha hecho relativa a su forma de aplicación entre dos tipos de normas jurídicas, las “reglas” cuya aplicación es estricta, y los “principios” que pueden ser aplicados en grados diferenciados. Los principios como normas jurídicas se distinguen de las reglas por su particular operatividad, la cual no implica vulneración alguna al principio de legalidad. En realidad la diferencia entre un principio y una regla no puede percibirse antes de su aplicación, y se hace notoria en los casos de conflicto. Ambos tipos son normas jurídicas, establecen un “deber ser” y tienen la misma estructura lógica,<sup>7</sup> no obstante, su formulación puede ser distinta, o pueden ser tipificados como derechos o libertades (como el derecho a la igualdad o a la libertad de expresión, por ejemplo). La ventaja de esta distinción es que en caso de conflicto entre normas la oportunidad de la aplicación de los principios puede ser valorada sin perjuicio de su validez. Para evitar el abuso de autoridad es que Alexy los califica como “mandatos de optimización”,<sup>8</sup> en consecuencia, la autoridad debe ponderar los principios en conflicto para conciliarlos de la mejor manera posible.

## II. La función del positivismo

Para poder hablar de positivismo es preciso comenzar por recordar las precisiones hechas por Bobbio<sup>9</sup> en cuanto al significado de este concepto como enfoque metodológico, como ideología, y como teoría. El primero se refiere a la forma en que se abordan las cuestiones jurídicas a partir de la separación entre el derecho y la moral. Como ideología implica una valoración sobre el deber de obedecer el derecho, que es normativa, ya que se considera que éste debe obedecerse independientemente de su contenido. Como teoría, sin embargo, refiere un conjunto de teorías sobre la naturaleza del derecho.

Bobbio considera que las tesis del positivismo como teoría son: las normas son órdenes, su única fuente es la autoridad normativa competente, el derecho, constituye una unidad cerrada, completa y coherente, por lo que no se producen lagunas ni conflictos. Asimismo, para el positivismo los jueces deben aplicar el derecho, puesto que el derecho positivo provee las respuestas respectivas, por lo que no es necesario recurrir a reglas o principios externos al derecho positivo (por ejemplo, la moral). En mi opinión las tesis del positivismo se pueden sintetizar mejor en las siguientes tres tesis: solamente el derecho positivo es derecho,

<sup>7</sup> Para Juan Ruiz Manero la diferencia no radica en la mayor generalidad de los principios, como sostienen muchos otros autores, sino en que “las reglas se configuran de forma cerrada tanto en el supuesto de hecho como en la conducta calificada deónticamente en la solución”, lo cual coincide con la fórmula relativa a su aplicación como de “todo o nada” de Dworkin, mientras que los principios “configuran de forma abierta su supuesto de hecho y, de forma cerrada, la conducta calificada deónticamente”, lo cual, como se puede ver, no implica, como a muchos les gusta afirmar, que los principios carecen de sanción. “Principios jurídicos”, en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, eds., *El derecho y la justicia*. Madrid, Trotta, 1996, vol. II, p. 153. (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, 11)

<sup>8</sup> R. Alexy, *op. cit.*, nota 4, pp. 87.

<sup>9</sup> *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y A. Greppi. Madrid, Debate, 1993, p. 147.

el ser y deber ser han de ser distinguidos (enunciados y proposiciones normativas) y que las normas carecen de valores de verdad.

Evidentemente, al analizar los derechos humanos en su contexto actual ante los sistemas jurídicos, el positivismo no puede ser concebido como ideología, sino como enfoque metodológico, aun cuando en general se pretende fundamentar los derechos humanos en la naturaleza de la persona, que es extrínseca al derecho positivo. La errónea reducción del positivismo jurídico a su aspecto ideológico es lo que ha conducido al rechazo de una relación entre derechos humanos y fundamentales, o incluso a su identificación a efectos de eliminar la categoría de derechos fundamentales que corresponde al derecho positivo.

Para el positivismo todos los enunciados normativos que se insertan a un sistema jurídico conforme a los procedimientos establecidos para poder ser calificados como formalmente válidos son derecho. Cuando los derechos humanos se positivizan pasan de ser reclamos o afirmaciones para transformarse en derechos exigibles.

Las normas jurídicas no son declaraciones, por lo que no tienen un carácter descriptivo sino prescriptivo, de modo que de cumplir con los requisitos previstos en un sistema jurídico son obligatorias, esto es, coercibles por medio de las instituciones previstas en el propio sistema jurídico. Su eficacia no solamente depende de su prescripción, sino también de los límites y controles que se establezcan a su ejercicio, y, sobre todo, del control de la constitucionalidad. Si las normas jurídicas son concebidas como entidades ideales propias del “deber ser”, entonces los derechos fundamentales son los enunciados promulgados en un sistema jurídico y positivados en una fuente suprema que tienen efectos prescriptivos y obligan a su respeto y protección.

En relación con el positivismo vale la pena distinguir dos tesis específicas: la “normativista” y el “formalismo”. La tesis normativista sostiene que el derecho está compuesto exclusivamente por normas jurídicas, esto es, por los enunciados prescriptivos que las expresan. Pueden ser normas completas o requerir de otros enunciados para producir efectos jurídicos, pero sus formulaciones son enunciados emitidos por la autoridad competente para cumplir una función normativa. El formalismo, a su vez, se refiere a la teoría que sostiene que el deber del juez radica en la simple aplicación de las normas por vía de subsunción, lo cual excluye toda capacidad de evaluar la situación, así como de interpretar las normas. Esta tesis ha sido tradicionalmente atribuida al positivismo, aun cuando esta versión excluye elementos relevantes del mismo que obligan a los jueces a fundar en derecho y motivar en los hechos de conformidad con el principio de legalidad. También relega los principios formales del sistema jurídico que sostienen que se trata de una unidad completa, coherente y consistente de normas independientes, en virtud de lo cual la interpretación y la integración son elementos indispensables de la función del juez.

Cabría distinguir la validez formal de la material de las normas, dado que para el positivismo las normas inicuas pueden ser consideradas como normas jurídicas, ya que no deben ser necesariamente morales o justas, sino simplemente conformes a la Norma Suprema, a la cual se debe ajustar toda actividad legislativa. Por lo que el parámetro de validez material de las normas no es la moral, sino la Constitución, y depende de las previsiones que la propia Norma Fundamental haga al respecto. Con ello no se afirma que el derecho es amoral, sino

que su contenido moral depende en primera instancia del legislador constituyente, que limita con ello la actividad del legislador secundario.

El objetivo de positivizar un derecho es procurar una protección adicional que el sistema jurídico confiere, en virtud de ciertas circunstancias específicas que se consideran que lo ameritan. Esta protección no está asegurada por el contenido de la norma, sino por la naturaleza coactiva del derecho, los medios jurídicos de protección de los derechos y las instituciones que los hacen efectivos. Según Kelsen,<sup>10</sup> la coacción, que implica la posibilidad del uso de la fuerza física para exigir el cumplimiento de una obligación, constituye una propiedad distintiva del derecho. Ésta se legitima mediante su regulación y el cumplimiento con los parámetros establecidos, lo que se conoce como legalidad.

El contenido de un derecho fundamental, esto es, un derecho positivo del más alto nivel jerárquico, se complementa con el deber de proteger al individuo frente a los actos de terceros, en especial de quienes pueden realizar actos de autoridad. Como obligación tiene un carácter activo y uno pasivo, en el primer caso se trata de que las autoridades emprendan acciones que permitan el disfrute del derecho. En su sentido pasivo, implica la abstención de realizar actos que impidan o limiten su ejercicio, ya sea mediante leyes, programas políticos o acciones que no se encuentren justificadas.

### III. Distinción entre derechos humanos y fundamentales

Si los derechos fundamentales y los derechos humanos constituyen categorías distintas, y si una conceptualización diferenciada se justifica, es una pregunta que aun puede considerarse como relevante. Asimismo, es posible plantearse si desde el punto de vista histórico y científico los derechos fundamentales deben considerarse como antecedentes de los humanos. Por otra parte, si efectivamente constituyen tipos distintos de derechos se debe cuestionar la validez de su equiparación por el derecho.<sup>11</sup>

Muchos autores han intentado encontrar la diferencia entre estas dos categorías en su estructura, por lo que asimilan los derechos humanos a los principios en virtud de su generalidad y los derechos fundamentales a las normas jurídicas. Esto trae consigo más confusiones que respuestas, ya que ambos establecen una forma de deber ser y en mi opinión tienen la misma estructura lógica: un supuesto de hecho, una cópula y una sanción, esto es, derechos y obligaciones.<sup>12</sup> La diferencia radica más bien en la posibilidad de exigir el res-

<sup>10</sup> Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*. Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1934 (1985), *passim*; *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo. México, Porrúa, 2000, pp. 70 y ss.; *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez. México, UNAM, 1988, capítulo II, *passim*.

<sup>11</sup> Con anterioridad intenté ya esbozar la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos, ya que no solamente considero que constituyen dos categorías distintas, sino que es importante que sus esferas de acción sean independientes. *Vid.* "Derechos humanos y Constitución", en *Los derechos humanos frente al nuevo milenio*. Tuxtla Gutiérrez, Comisión Estatal de Derechos Humanos, 1998, pp. 37-56, así como en "La estructura jurídica del derecho a la no discriminación", en Carlos de la Torre Martínez, coord., *Derecho a la no discriminación*. México, UNAM, 2006, pp. 185-204.

<sup>12</sup> Ésta es la estructura comúnmente aceptada en la cual la cópula es una forma de deber ser y la sanción no es necesariamente un acto coactivo, sino simplemente alguna consecuencia jurídica. Cfr. Rupert Schreiber, *Die Geltung von Rechtsnormen*. Berlín/Heidelberg/Nueva York, Springer Verlag, 1966,

peto de la consecuencia jurídica, lo que hace notorio que la diferencia más que referirse a la estructura de la norma, se encuentra en su efectividad y eficacia, cuestiones dependientes de los medios de protección y defensa de los derechos más que de su estructura.

Los derechos de las personas ante sus iguales o ante la autoridad reflejan la evolución misma del ser humano en sociedad. Por ello es que para poder intentar desentrañar la naturaleza de los derechos humanos es preciso hacer una distinción entre éstos y los derechos fundamentales, la cual radica principalmente en sus efectos jurídicos y exigibilidad.

Los derechos humanos, conforme a la tradición iusnaturalista, son aquellos que las personas tienen por el simple hecho de serlo, pues son correlativos a su ser, por lo mismo, se califican de inherentes.<sup>13</sup> Se podría decir que son los derechos que todo individuo debe reconocer para sí y para otro, para permitir un desarrollo digno del ser humano como tal.

Si se admite esta postura, entonces se sostiene que los derechos humanos han existido siempre y los derechos fundamentales son solamente el resultado del reconocimiento de su relevancia y positivización, un producto histórico y cultural. Lo cual explicaría su variada protección por los sistemas jurídicos tanto en sus contenidos, como en sus formas. Sin embargo, el origen de los derechos humanos parece encontrarse en conquistas históricas frente a la propia humanidad, más que ser algo universal e inmanente, y su existencia depende de su reconocimiento por los sistemas jurídicos internacionales y nacionales.

Pero si se toma en consideración que su protección deriva de su positivización, ya sea en el derecho internacional o en el nacional vale la pena preguntarse cuál es la fuente en la que deben ser regulados: ¿la ley o la Constitución? En principio los derechos humanos como derecho positivo tienen su origen en los tratados internacionales, y los derechos fundamentales en la Constitución. El proceso de reconocimiento de los derechos humanos ha llevado a muchos sistemas jurídicos a incluir los derechos humanos en sus Constituciones o a elevar a rango de ley fundamental los tratados celebrados una vez que éstos pasan a formar parte del derecho interno.

La relevancia del cambio de fuente radica en la posibilidad para el derecho nacional de regular con mayor precisión estos derechos y conferirles una mayor protección a través del sistema local de impartición de justicia. Por lo que si un sistema jurídico prevé en su Constitución derechos fundamentales, solamente tendría que revisar esta lista y agregar los derechos humanos que no se encuentran ya previstos, o modificarlos para que sean coherentes. Incluir un mismo derecho dos veces con el mismo rango y eficacia podría traducirse en una duplicación de normas que puede producir conflictos entre los enunciados normativos que los prevén. Esto puede acarrear más problemas que soluciones, ya que no sólo no puede incrementar la protección de los derechos de los indivi-

---

pp. 9 y ss.; Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, 4a. ed., trad. de M. Rodríguez Molinero. Barcelona, Ariel, 1994, p. 243; Karl Engisch, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Guadarrama, 1967, pp. 46-52; Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*. México, Editora Nacional, 1981, p. 48, entre otros.

<sup>13</sup> Dicha naturaleza del ser humano puede referirse al derecho natural clásico con sus antecedentes en Aristóteles y Tomás de Aquino, o bien a un derecho natural racional moderno. El problema es la identificación de lo "humano" bajo un criterio común y objetivo.

duos, sino por el contrario, puede tener por efecto una mayor incertidumbre jurídica. Mientras que si los derechos humanos se mantienen y preservan de manera independiente, formando parte del tratado que los prevé, permanecen inalterables y se encontrarían fuera del alcance del legislador, a diferencia de aquellos que se encuentran previstos en la Constitución y pueden ser modificados por el órgano reformador.

Desde esta perspectiva es posible preguntarse si el cambio de fuente vale la pena tan sólo para proporcionar a los derechos humanos otras formas legales de protección, como sería el amparo, en el caso del derecho mexicano, o si más bien procede actualizar el catálogo de derechos fundamentales para ampliarlos e incluir los derechos humanos no previstos, preservando a la vez los tratados internacionales celebrados en plena forma y vigor.

Para diferenciar estas categorías de derechos, en general se hace una comparación relativa a su origen, fundamento, efectos jurídicos, características, propiedades y formulación, contraponiendo los derechos humanos a los fundamentales, como si fuesen opuestos.

De conformidad con lo señalado por los expertos en la materia, los derechos humanos proceden del ámbito de la axiología, dado que los valores tienen su origen en la persona; su fundamento de hecho es la naturaleza “humana” de la persona. Este tipo de derechos no produce efectos jurídicos (s.s.), salvo cuando son incluidos en el sistema jurídico positivo. Se consideran como individuales, propios de la persona, innatos, imprescriptibles, irrenunciables, inviolables e inalienables. A los derechos humanos se atribuye las propiedades de interdependencia y complementariedad entre sí debido a que son considerados como derechos universales, en el sentido de que pertenecen a todos los individuos. La protección jurídica de los derechos humanos frente a los Estados se efectúa principalmente ante los organismos internacionales competentes que se encuentran regulados por el derecho internacional. Dado que su formulación es muy general, resultan ser vagos, lo cual dificulta su protección. El respeto de estos derechos no es coercible, sobre todo porque los organismos internacionales carecen de medios coactivos para hacer eficaces sus resoluciones, de modo que su eficacia radica más bien en su fuerza intimidatoria.

Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran positivados en el sistema jurídico, de tal forma que su fundamento es la norma jurídica, por lo que su fuente es la voluntad de la autoridad competente para crear dichas normas. Producen efectos jurídicos, ya sean derechos u obligaciones e incluso derechos de acción, y tienen todas las consecuencias jurídicas que el sistema jurídico les atribuya. Existen a partir de su otorgamiento por el sistema jurídico, y son asegurados por los medios de control de su ejercicio que el mismo establece como garantía frente a los abusos por parte de la autoridad. Sus límites se encuentran en el propio derecho. Se configuran como derechos subjetivos públicos (individuales o colectivos), oponibles *erga omnes*, y operan en primera instancia como obligaciones de abstención por parte del Estado. Su formulación también es general, pero delimitada por las restricciones a su ejercicio que el derecho prevé y se refiere siempre a libertades o derechos específicos. Corresponde al derecho constitucional regular la protección de los derechos fundamentales y prever mecanismos especiales de protección.

Finalmente, si la diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos que los convierten en dos categorías distintas radicara exclusivamente en la positivación de los derechos, cabría preguntarse en qué medida subsiste la diferencia después de incorporarse los derechos humanos al sistema jurídico nacional, e incluso, si la diferencia debe persistir estableciendo medios de control diferenciados. La otra opción es suprimir del derecho interno el concepto de derecho humano, para asimilarlo en función y alcance a los derechos fundamentales tras su incorporación en el sistema jurídico.

#### IV. Los derechos fundamentales

Se podría hablar de derechos de las personas ya desde tiempos de Hamurabi, aun cuando su código prevé más bien obligaciones de respeto y sanciones a quienes las contravienen. Por ello es que la doctrina considera como antecedentes de los derechos fundamentales las declaraciones de derechos americanas del siglo XVIII, la primera en 1776. Estas declaraciones, a su vez, tienen como antecedentes la Carta Magna de Juan sin Tierra de 1215, la Ley de Habeas Corpus de 1679 y el *Bill of Rights* de 1688, que se refieren a la regulación contractual y legal de los derechos burgueses. No obstante, en ninguno de estos casos se puede hablar de derechos fundamentales, ni humanos en sentido estricto.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano atribuye por primera vez el carácter material de derechos supremos a los previstos en un documento jurídico-político. De esta forma se positiviza el reconocimiento de los derechos del individuo frente al Estado. El primer catálogo de derechos fundamentales se prevé en México en la Constitución de 1857, la cual reconoce derechos a los individuos y les atribuye un medio jurídico especial de protección, el juicio de amparo, por lo cual son considerados como garantías individuales. La Constitución vigente retoma el modelo de protección y amplía el catálogo de derechos considerados como fundamentales por el sistema jurídico.

Algunos autores han planteado la cuestión formal sobre la existencia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico mexicano, dado que su primer capítulo se denomina “de las garantías individuales”.<sup>14</sup> Adoptar una postura semejante implica, por una parte, que la denominación del objeto determina su naturaleza, y por la otra, que su fundamentalidad no radica en el contenido de los derechos ni en su fuente. Por lo que la discusión carece de sentido, ya que es posible identificar un capítulo en la Constitución que refiere derechos de las personas y las limitaciones de su ejercicio, en virtud de lo cual, y por su rango, deben ser calificados como derechos fundamentales en sentido estricto. Tanto la práctica como la doctrina en México emplean los términos garantías individuales y derechos fundamentales como sinónimos para referirse a los derechos de las personas que han sido positivados y garantizados por la Constitución, y aun cuando no son todos constituyen meros derechos individuales, es válida la

<sup>14</sup> Sobre las garantías individuales, su origen y el significado del concepto, *vid.* Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*. México, Porrúa, 1982, capítulo segundo.

equiparación mientras el sistema de protección jurídica, el Amparo, solamente reconozca la legitimación individual.

El concepto de “derecho fundamental” es con frecuencia identificado con el de derecho constitucional, es más, hay quienes consideran que no constituyen categorías distintas, e incluso los identifican con los derechos humanos.<sup>15</sup> Los derechos constitucionales son todos aquellos previstos en la Constitución, en consecuencia, el criterio formal es suficiente para su identificación. De tal forma que se puede afirmar que todos los derechos fundamentales son derechos constitucionales, pero no es válido sostener que todos los derechos constitucionales son fundamentales. Esto es así porque los derechos fundamentales no pueden ser identificados por un criterio formal exclusivamente, sino que requieren de un criterio material que permita distinguirlos.

Los derechos fundamentales pueden ser considerados como tales en virtud de su fuente, caso en el cual si se encuentran previstos en la Norma Suprema de un sistema jurídico, esto es, en la Norma Fundamental o Constitución de un Estado, adquieren el rango supremo en el catálogo de los derechos de las personas. No obstante, esto no basta, pues deben ser considerados como fundamentales en virtud de su contenido, por conformar la esfera básica de acción del individuo. El problema radica en que la “fundamentalidad” de los derechos no es una propiedad uniforme u objetiva, sino que se determina histórica y culturalmente, por lo que su delimitación depende de cada sociedad.

Una teoría de los derechos fundamentales de la Constitución es, como señala Alexy, una teoría de determinados derechos fundamentales positivamente válidos.<sup>16</sup> Por ello es que para entender la estructura y función de este tipo de derecho se hace referencia a los derechos fundamentales previstos en la Norma Suprema.

Siguiendo el criterio de su fundamentación, si se considera que los derechos fundamentales derivan de la naturaleza humana, entonces sería aceptable asimilarlos a los derechos humanos. Si en cambio se fundamentan conforme a la perspectiva positivista, entonces pueden ser distinguidos, al menos formalmente. Los derechos humanos se identifican por su vinculación al derecho internacional, y los fundamentales por su reconocimiento por el derecho interno y su ubicación en la Norma Suprema. En este sentido es posible sostener que los derechos fundamentales y los derechos humanos constituyen dos categorías distintas.

Un derecho específico depende de lo previsto en la disposición jurídica positiva que regula el derecho fundamental. Son derechos fundamentales los contenidos regulados como debidos por la Constitución con dicho carácter. En consecuencia, es la fuente, su rango y denominación o identificación como tales, lo que les brinda su carácter fundamental. Su estructura y función van aparejadas a su calificación. Como norma tienen la misma estructura de cualquier otra norma, vinculan una acción a una forma de deber ser. El enunciado normativo que expresa un derecho fundamental también posee la misma forma ideal o lógica que los demás enunciados normativos completos, esto es, un supuesto de he-

<sup>15</sup> Cabría evaluar cuáles son las consecuencias de ello, sobre todo respecto del nivel de protección, como por ejemplo ampliar la procedencia del amparo para la protección de toda la Constitución y de los tratados internacionales con esos contenidos.

<sup>16</sup> R. Alexy, *op. cit.*, nota 4, p. 28.

cho, la cópula que opera como nexo atributivo y la sanción, entendida como consecuencia jurídica, esto es, derechos u obligaciones.

De los derechos fundamentales derivan derechos subjetivos que en los sistemas jurídicos contemporáneos generalmente se encuentran enlazados con derechos de acción para su garantía o defensa. El sistema de protección normalmente funciona por excepción, cuando el ejercicio del derecho es impedido o limitado.

Se puede decir que existen distintos tipos de derechos fundamentales, dado que no todos operan de la misma forma. De tal manera que se habla de los que constituyen libertades, los que atribuyen facultades, los que confieren derechos de prestación (*l.s.*) y los que constituyen barreras a la invasión o intervención en la esfera de la autonomía de la persona. En consecuencia, y siguiendo a Alexy, los derechos fundamentales se pueden dividir en tres grupos básicos: libertades, facultades y derechos a algo. Por su contenido, estos últimos pueden distinguirse en derechos a una acción (positiva, de dar o hacer, o negativa) o a una abstención, como por ejemplo al no impedimento de acciones, a la no afectación de bienes y situaciones, o a la no supresión de posiciones jurídicas. Los derechos a una acción negativa son, por ejemplo, la obligación del Estado de no difundir datos personales. Los derechos a una acción positiva pueden ser derechos a acciones positivas fácticas o a acciones positivas normativas.<sup>17</sup>

## V. La positivización de los derechos humanos

Dado que la misma noción de derecho, sea humano o fundamental, tiene un origen determinado en el tiempo, parece razonable partir del supuesto de que los derechos humanos son conquistas históricas o culturales. Al igual que los derechos fundamentales, constituyen normas cuya fundamentación positiva genera una esfera de protección de las personas. Los derechos humanos cuya fuente es un tratado cuentan con la protección del derecho internacional, distinta a la conferida por los medios de control de los derechos fundamentales previstos en el sistema jurídico.

La relevancia del discurso en torno a los derechos humanos ha incrementado con el tiempo, y ha llevado aparejado un cambio de concepción en virtud del cual el catálogo de derechos de la persona se ha modificado paulatinamente. De modo que resulta difícil conferirles una dimensión permanente y absoluta a esta categoría de derechos que ha mostrado ser variable, y que continúa ampliándose.<sup>18</sup> Se puede decir que como consecuencia de los cambios en la lista de derechos que integra la esfera de la persona se produjo una ruptura con la fundamentación naturalista, su sustitución por una fundamentación positivista y posteriormente, historicista basada en la razonabilidad de los derechos del hombre.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> R. Alexy, *ibid.*, p. 196.

<sup>18</sup> Sobre el desarrollo del valor de la persona humana y su afirmación política y jurídica en la historia, vid. Celso Lafer, *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*. México, Fondo de Cultura Económica, 1991, pp. 136 y ss.

<sup>19</sup> Así podemos ver que se habla de distintas generaciones de derechos humanos que se agrupan de conformidad con un criterio relativo a su titularidad: el individuo, la colectividad, la humanidad, etcétera.

Se han realizado diversos estudios a efectos de organizar y clasificar los derechos humanos en virtud de su origen histórico y cultural, por lo que a continuación se describe de manera sintética su evolución con la denominación generalmente aceptada. La siguiente clasificación muestra cómo los derechos humanos evolucionan de manera paralela a los fundamentales, lo cual dificulta la distinción de estos tipos de protección de la esfera de acción de las personas.<sup>20</sup>

Los derechos humanos han sido organizados en grupos denominados por “generaciones”<sup>21</sup> de acuerdo con su periodo de gestación y consolidación, de conformidad con la protección o tutela que confieren. Al primer grupo corresponden los derechos individuales (s.s.) que emanan de las primeras declaraciones de derechos tras la Revolución francesa en el siglo XVIII. Se configuran como derechos individuales tanto en el modo de su ejercicio, como en relación con el titular del derecho y al sujeto pasivo del mismo. Esta primera generación se complementa posteriormente con los derechos individuales que se ejercen colectivamente, como la libertad de asociación, por ejemplo. Se pueden calificar de absolutos, en el sentido de que son oponibles *erga omnes*, y respecto del Estado implican un deber de abstención.

La segunda generación agrega los derechos de crédito de los individuos en relación a la colectividad, como el derecho a la salud, el trabajo y la educación, los cuales tienen como sujeto pasivo al Estado, aun cuando el titular del derecho sigue siendo individual. Son deberes de acción positiva que corresponden a la evolución del Estado Policía al Estado de Bienestar.<sup>22</sup> El Estado es el titular del deber correlativo, de ello deriva su obligación de prestar determinados servicios públicos.<sup>23</sup>

En el caso de la tercera generación, el titular del derecho es una colectividad o grupo humano, como la familia, la nación o las etnias, son derechos como la autodeterminación o la paz, y se caracterizan porque su titularidad es colectiva. Su protección se ve limitada por falta de legitimación para reclamarlos frente al Estado, cuando el derecho no lo prevé específicamente.<sup>24</sup>

Finalmente, se puede hablar de los derechos de la “humanidad”, como el derecho al medio ambiente por ejemplo, pero esta categoría aún se está delimitando. En este grupo debe destacarse el cambio de titularidad en la relación

<sup>20</sup> Hay autores que utilizan los términos como equivalentes, para quienes se trata de una misma cosa, como por ejemplo para Humberto Nogueira Alcalá, que en su libro *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales* se ocupa de los derechos humanos (México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003).

<sup>21</sup> Aquí se presenta una clasificación general que se puede considerar como la mayormente aceptada, aun cuando hay autores que discrepan y hablan solamente de tres o incluso de cinco generaciones, pero considerando al titular del derecho y modo de ejercicio del derecho, creo que son cuatro los grupos distintivos, aunque existen discrepancias en cuanto a la forma de agruparlos.

<sup>22</sup> Este tipo de Estado corresponde al Estado social, sobre su significado e implicación *vid.* Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2a. ed. Madrid, Alianza Universidad, 1989.

<sup>23</sup> De esta concepción se derivan dos Pactos que producen sistemas diferentes de tutela de los derechos humanos en la ONU: uno para derechos civiles y políticos, y otro para derechos económicos, sociales y culturales. El sistema de reclamo y de protección es distinto; en el primer caso se puede realizar de manera individual, en el segundo, se logra de manera mediata, esto se debe a que el reconocimiento de esos derechos deriva de dos concepciones distintas de Estado.

<sup>24</sup> Un ejemplo es el caso de los derechos de los pueblos indígenas, ya que en México son entidades que no son indistinguibles como unidad y carecen de un representante. Sobre la evolución de la protección de los derechos de los indígenas, *vid.* María del Refugio González, “Derechos humanos y pueblos indígenas”, en *Los derechos humanos frente al nuevo milenio*, *op. cit.*, pp. 240-258.

tradicional entre derecho subjetivo y deber subjetivo, puesto que si los obligados son las generaciones presentes, surge la duda de la cualidad del Estado como defensor de ese derecho, y como titular de un deber de protección simultáneamente, cuando el derecho corresponde a algo intangible como son las “generaciones futuras”.<sup>25</sup>

Del análisis del desarrollo de los derechos humanos se sigue que el contenido mínimo que debe prever la Constitución no siempre ha sido el mismo, sino que históricamente se encuentra en constante adecuación. Por lo mismo, se puede decir que no existe precepto constitucional alguno que no pueda ser eliminado de la misma, a menos que la propia Norma Suprema prevea su intangibilidad. En otras palabras, así como se adicionan nuevos derechos en el catálogo, de la misma manera pueden ser eliminados al cambiar la opinión general sobre su relevancia.

## VI. Diferencia formal entre los dos tipos de normas

Tanto los derechos humanos como los fundamentales pertenecen a la misma clase, esto es, a los derechos, su diferencia específica los califica y distingue, por lo que procede analizar su estructura formal como normas que establecen un deber para encontrar la diferencia. La distinción como se verá no se encuentra en la forma ideal de la norma, sino en su pertenencia a un sistema jurídico, ya que mediante la vinculación del derecho a una norma coercitiva es posible exigir la conducta regulada.

Según la teoría clásica, los derechos se encuentran, en general, en una relación bilateral entre dos personas, frente a todo derecho existe una obligación.<sup>26</sup> Considerar que para poder ejercer una potestad o reclamar una expectativa basta con decir que tenemos el derecho, y sostener que los derechos humanos no requieren de una obligación correlativa para su ejercicio, es un tanto ingenuo. Para la norma jurídica, la relación bilateral que se establece entre el titular del derecho y el sujeto obligado se encuentra vinculada a uno de los aspectos más relevantes del derecho que es la coercibilidad.

Un derecho, entendido como derecho subjetivo, constituye una facultad, o posibilidad; se puede entender como la autorización otorgada por una norma a un sujeto para exigir la realización de una conducta o su abstención. No puede entenderse como un simple permiso, pues está asociado a la obligación de un tercero.<sup>27</sup> Los sujetos de la relación jurídica son dos: el titular del derecho que

<sup>25</sup> Éste es un término también bastante impreciso que se puede definir siguiendo a Leticia Bonifaz como “las que existirán en un futuro inmediato o remoto”, aun cuando no haya certeza alguna sobre su existencia efectiva, en “El artículo cuarto constitucional: ¿cajón de sastre?”, en *Ochenta aniversario. Homenaje. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas / Senado de la República, 1997, p. 53.

<sup>26</sup> Ésta se refiere a la teoría de los derechos subjetivos, que se puede consultar en la obra ya clásica de Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa, 1977, capítulo XIV.

<sup>27</sup> Bidart Campos considera, sin embargo, que existe una prelación del derecho frente a la obligación correlativa mediante la cual se fortalece la estimativa axiológica en la que se sostienen los derechos humanos. Germán Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 12.

siempre es una persona (individual o colectiva) y el titular de la obligación que es un tercero, no individualizado.

En el caso de los derechos humanos el titular de la obligación es el Estado o autoridad específica que se obliga en el instrumento jurídico sea de derecho interno o internacional, que abarca tanto al legislador, como a los órganos aplicadores, sean administrativos o judiciales. Estos derechos se ejercen en primera instancia frente a la autoridad, y en este sentido se parecen mucho a los derechos fundamentales en su concepción tradicional, pero los derechos humanos, como derechos de la persona, deben considerarse exigibles también frente a los particulares.

Uno de los aspectos más importantes en la práctica es la obligatoriedad de los derechos, la cual constituye la principal diferencia entre los derechos fundamentales y los humanos. Según la teoría del derecho actual el derecho posee ciertas características derivadas de su naturaleza, como son la exterioridad, la bilateralidad, la coercibilidad y la heteronomía.<sup>28</sup> Estas últimas tres fundamentan la obligatoriedad del derecho y se encuentran interrelacionadas en función de la propia estructura del derecho como sistema normativo, dado que la fuente de la obligatoriedad de las normas jurídicas, así como la posibilidad de su ejecución, se encuentran fuera del sujeto regulado. La bilateralidad debe ser entendida, como la correlatividad de todo derecho con una obligación, esta correspondencia se traduce en una garantía del ejercicio del derecho, ya que en caso de interferencia se podrá exigir su respeto incluso de manera coactiva.

La coercibilidad, como posibilidad lícita de ejercer la coacción para el cumplimiento de una obligación, es un elemento característico propio del derecho positivo. Vale la pena aclarar que la coacción no es una propiedad de las normas, sino del sistema jurídico. La obligatoriedad del derecho que deriva de la coercibilidad, se encuentra estrechamente vinculada a la unidad del sistema jurídico, ya que concebir así al sistema hace posible la relación entre las normas. Es por ello que en un sistema jurídico cada norma se encuentra vinculada, de un modo más o menos directo a un acto coactivo. Este hecho que Kelsen explica con la tesis de la norma “no independiente”<sup>29</sup> permite distinguir a los derechos fundamentales que pueden ser exigidos, de los derechos humanos cuyo sistema de protección internacional carece de una institución que obligue a su cumplimiento.

La eficacia de las normas jurídicas, al igual que la de los derechos fundamentales y humanos, depende en gran medida de que en un sistema jurídico se incluyan normas que prescriban actos coactivos, ya que la ausencia de un sistema de aplicación y de ejecución de la sanción, esto es de la coerción, opera en detrimento de la seguridad jurídica que el derecho como normatividad debe proporcionar.

Tanto la bilateralidad como la coercibilidad refuerzan el carácter obligatorio del derecho, ya que el respeto de los derechos no puede radicar exclusivamente en la voluntad de las personas. Si las personas se respetaran de manera

<sup>28</sup> E. García Máynez, *op. cit.*, nota 26, pp. 15-24.

<sup>29</sup> De conformidad con esta tesis, los enunciados normativos, aun aquellos que no prevean una sanción coactiva, pueden ser considerados como normas jurídicas en sentido estricto, por estar conectados a otros que sí la prevén. Sobre esta diferenciación, *vid.* Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, pp. 67-70.

tural y voluntaria resultaría superfluo el derecho,<sup>30</sup> y por lo mismo distinguir de derechos humanos de fundamentales.

## VII. Los derechos humanos en el derecho interno

Los tratados internacionales producen efectos plenos para las partes dependiendo de las disposiciones que cada sistema jurídico, y pueden ser aplicables directamente a partir del tratado o requerir de su transformación en derecho interno por la autoridad competente. Su rango depende de las disposiciones de cada sistema jurídico, no obstante es conveniente conferir a los derechos humanos el carácter de supremos para ampliar la posibilidad de protegerlos frente a las intervenciones o limitaciones de terceros.

Normalmente el contenido de los tratados internacionales en materia de derechos humanos es asimilado al derecho interno aun cuando no sea una exigencia formal del sistema, y tiene como primer efecto incrementar la eficacia de su protección mediante los medios de control previstos en el derecho interno. Sobre todo porque a pesar de la relevancia de la jurisdicción internacional y de su fortalecimiento en los últimos decenios, ésta carece de medios propios para asegurar la protección de los derechos humanos de manera eficiente.

Los derechos humanos en tanto derecho internacional constituyen un tipo de control que la teoría denomina como vertical, puesto que operan entre los poderes instituidos y la sociedad.<sup>31</sup> Cuando en un sistema jurídico se prevén además organismos de control de los derechos humanos, éstos pueden además funcionar como controles horizontales del poder, si forman parte de los controles dentro del aparato estatal. Cuando los instrumentos internacionales sobre derechos humanos forman parte de un sistema jurídico, se hace posible un control interno además del externo, tanto vertical como horizontal.

Por lo que se puede afirmar que tanto los derechos fundamentales como los derechos humanos hacen posible el control de los actos de autoridad por parte de la sociedad. Sin embargo, en realidad constituyen límites al ejercicio del poder, ya que las extralimitaciones pueden ser controladas, ya sea por la vía administrativa o jurisdiccional de conformidad con diversos procedimientos dependiendo de cada sistema jurídico.

Los derechos fundamentales gozan en virtud de su positivización en la norma suprema de una forma protección jurídica garantizada por un sistema de control específico. En México, el juicio de amparo es el medio de control de la constitucionalidad que tiene por objeto impedir el ejercicio abusivo del poder por

<sup>30</sup> Joseph Raz se expresa en este mismo sentido en *Razón práctica y normas* (trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp.184-187), y sobre la obligatoriedad del derecho en *La autoridad del derecho; ensayos sobre moral y derecho* (2a. ed., trad. de Rolando Tamayo y Salmorán. México, UNAM, 1985, capítulos XII y XIII).

<sup>31</sup> Según la tesis de Loewenstein existen distintos tipos de control, y los clasifica de acuerdo con su ámbito de actuación en controles verticales y horizontales. Estos últimos se subdividen en: 1. controles intraorgánicos, que son controles internos que se articulan dentro del órgano mismo, y 2. controles interorgánicos, que funcionan entre los distintos órganos estatales de manera recíproca, y a través de la cooperación se evita la concentración de facultades y el bloqueo de actuación entre poderes. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., trad. de Adolfo Gallego Anabitarte. Barcelona, Ariel, 1976, pp.149 y ss., y 353 y ss., respectivamente.

medios jurisdiccionales que prevé procedimientos para obligar a la autoridad a cumplir con la resolución aun en contra de su voluntad (artículo 107, fracción XVI, constitucional).

Los derechos fundamentales se encuentran vinculados a medios de control que garantizan el ejercicio de esas libertades y derechos. Se consideran como derechos subjetivos públicos que facultan al gobernado para reclamar una acción u abstención frente al Estado que tiene la obligación correlativa. Cabe señalar que el sistema jurisdiccional mexicano solamente ha legitimado las acciones en contra de “actos de autoridad”, no así acciones en contra de terceros.<sup>32</sup> En virtud de la estructura de los derechos humanos se considera que éstos se ejercen y protegen frente a la autoridad, por lo que ante un acto de particulares, individual o colectivo, es decir frente a terceros, no existe más opción que recurrir a la vía jurisdiccional ordinaria, y esto solamente en el caso de que la conducta se encuentre regulada; lo cual limita su eficacia.

Los organismos de control de los derechos humanos en el derecho interno pueden tener efectos distintos a los de los medios jurisdiccionales de protección, como es el caso de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las Comisiones Estatales de Derechos Humanos.<sup>33</sup> En virtud de su carácter de órganos administrativos, su función en el sistema jurídico mexicano es investigar y denunciar públicamente los abusos de poder por parte de funcionarios públicos, sin embargo, carecen de facultades para realizar actos que impidan los abusos o para sancionar a la autoridad responsable.

Un sistema jurídico reconoce los derechos humanos tanto al celebrar tratados y convenios internacionales que los protegen, como al crear las comisiones de derechos humanos. Éstas se convierten en instancias alternas con funciones distintas a la jurisdiccional, que protegen los derechos de las personas con una eficacia jurídica diversa. Los tratados internacionales celebrados y los derechos humanos que prevén, adquieren el rango y fuerza que el propio sistema jurídico les confiere en la Constitución.

Los derechos previstos en tratados internacionales celebrados por México, de conformidad con el artículo 133 constitucional, se integran al sistema jurídico como “ley suprema de toda la Unión”. Por lo que una vez cumplido el procedimiento previsto para su celebración son obligatorios con rango y fuerza de ley, como cualquier otra ley expedida por las autoridades legislativas competentes.<sup>34</sup> El artículo 133, al establecer la jerarquía de las normas, subordina los tratados

<sup>32</sup> La teoría contemporánea de los derechos fundamentales, por ejemplo en Alemania, reconoce la eficacia de estos derechos frente a terceros particulares o *Drittwirkung*, y la tienen solamente en función del reconocimiento que el propio sistema jurídico haga, y en tanto no sea hecha por el legislador deberá realizarse caso por caso.

<sup>33</sup> Existe un amplio estudio sobre la relación entre el derecho constitucional y la protección institucionalizada de los derechos humanos por el Estado, de Héctor Fix-Zamudio, *Justicia constitucional*, Ombudsman y *derechos humanos*. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001.

<sup>34</sup> Tal es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos de 1969, en vigor, en México, a partir del 7 de mayo de 1981. Se conoce con el nombre de Carta Internacional de Derechos Humanos al conjunto de los tres tratados básicos en materia de derechos humanos, que son: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966 (estos últimos en vigor en nuestro país a partir del 23 de marzo y 23 de junio de 1981, respectivamente).

internacionales a la Constitución, por lo tanto los tratados deben adecuarse a la Constitución para su aplicación y eficacia. De tal forma que la obligatoriedad de los tratados depende no solamente de las reservas establecidas en el momento de su celebración, sino de su adecuación al sistema jurídico nacional. Los derechos humanos forman parte del sistema jurídico mexicano a través de su asimilación al derecho nacional mediante el procedimiento de celebración de tratados internacionales previsto en la Constitución.<sup>35</sup>

Si se analiza el contenido de los principales tratados en materia de derechos humanos celebrados por México, haciendo una comparación con los derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución, así como con otros derechos previstos en legislación secundaria del sistema jurídico mexicano, es posible concluir que en principio los “derechos humanos” se encuentran ya protegidos con el carácter de derechos fundamentales. Para su defensa se encuentran además previstos en el orden jurídico nacional recursos específicos.

Se puede decir que el positivismo confiere a los derechos humanos un auténtico carácter jurídico, al protegerlos en los términos de un sistema jurídico y sus instituciones. Por lo que al incorporarse a un sistema jurídico debe ser considerada atentamente la modificación que se produce en los derechos humanos, así como la forma en que producen mutaciones a los derechos fundamentales, cómo modifican el sistema jurídico y se transforman sus medios de defensa y protección. Su eficacia no depende sin embargo, solamente de los medios de control previstos por el derecho, sino que para hacerlos efectivos se requiere de una conciencia propia y social de respeto, no solamente de las personas sino también de la Constitución.

---

<sup>35</sup> En el libro *México y las declaraciones de derechos humanos* se encuentran los documentos básicos, así como comentarios y reflexiones en torno a estas declaraciones. Héctor Fix-Zamudio, coord., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas / Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999.