

ANÁLISIS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN DERECHOS HUMANOS

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Visión de conjunto de la reforma en derechos humanos*. III. *Análisis del artículo primero*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El 10 de junio del año en curso se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma en materia de derechos humanos que modifica once artículos de la Constitución mexicana: 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105, y que entró en vigor el día siguiente. El cambio más importante, en torno al cual giran todos los demás, es la modificación del artículo primero constitucional, con el objeto de incorporar a la Constitución mexicana los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte. En términos generales me parece que es una reforma trascendente, en el sentido de que tendrá muchas consecuencias en el orden jurídico y en la vida de México, que pueden ser positivas o negativas, según sea la interpretación y aplicación que se dé a los artículos constitucionales modificados. La ambigüedad con que están redactados los nuevos textos, principalmente el del artículo primero, no permite confiar en que los resultados de esta reforma,¹ que muchos consideran especialmente benéfica, vayan a ser positivos.

¹ Publiqué un análisis del proyecto de reforma titulado "Análisis del proyecto de reforma constitucional en derechos humanos" (http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/177)

Para que sea así, es necesario trabajar en la interpretación de los términos de la reforma, de modo que lleguen a entenderse en el sentido que supuestamente le daban o debían darle los legisladores que la aprobaron: el de perfeccionar la vida política mexicana dando un mayor reconocimiento y protección a los derechos fundamentales de todas las personas, manteniendo la soberanía de México y fortaleciendo su integración en el orden internacional. Sería negativo llegar a interpretaciones que privilegien a unas personas respecto de otras, que conciban como derechos fundamentales lo que son sólo pretensiones individuales o políticas, más o menos legítimas, o que negaran derechos que son irrenunciables. Igualmente absurdas serían las interpretaciones que subordinen la Constitución y la vida política y social mexicana a las presiones y recomendaciones de organismos internacionales, con menosprecio de la necesidad y la identidad cultural de México.

En este trabajo hago un análisis de la reforma al artículo primero, que es el centro de todas las demás modificaciones, aunque haré algunas referencias a otros artículos modificados (3, 15, 102 y 105), en tanto están relacionados con el artículo primero.

El objeto del trabajo es proponer una interpretación de los términos ambiguos que hay en la reforma, con el objeto de contribuir a su mejor aplicación. Para tener una visión global de la reforma, ofrezco en primer lugar una descripción sintética de los artículos reformados, con excepción del primero. Posteriormente entro al análisis detallado, párrafo por párrafo, del primer artículo, relacionándolo con otros artículos de la misma reforma. Finalmente, a manera de conclusiones presento una relación de los criterios de interpretación que propongo para contribuir a que esta reforma sea benéfica para México.

II. VISIÓN DE CONJUNTO DE LA REFORMA EN DERECHOS HUMANOS

Los cambios ocurridos en los artículos constitucionales, con excepción del artículo primero, pueden resumirse de la siguiente manera.

en el que, señalando como principal defecto la ambigüedad de la reforma, destacaba el uso negativo que podía hacerse de la misma si llegara a aprobarse.

El artículo 3o. se modificó para establecer la educación en derechos humanos como uno de los fines primordiales a los que tiende la educación nacional.

La reforma al artículo 11 simplemente sustituye la palabra "hombre" con la palabra "persona", y señala el derecho de toda persona a solicitar asilo o a ser recibida como refugiada en determinadas circunstancias.

El artículo 15 reformado prohíbe la celebración de tratados que alteren los derechos humanos ya reconocidos.

El artículo 18 se reformó para decir que el sistema penitenciario se organizará, además de sobre otros principios ahí señalados, "sobre la base del respeto a los derechos humanos".

El nuevo artículo 29, sobre suspensión de derechos, se modificó para admitir que en casos de emergencia, podrá decretarse la suspensión de derechos o, esa es la novedad, la restricción de derechos. Regula con más detalle las medidas que pueden tomarse en tales casos y el modo de tomarlas; establece que el decreto de suspensión o restricción, que emite el titular del Poder Ejecutivo, termina cuando el Poder Legislativo Federal lo decida mediante un decreto.

El artículo 33 se modificó para afirmar que los extranjeros gozarán de los derechos y garantías que reconoce la Constitución, y que, cuando fueren indeseables, antes de ser expulsados deberán ser oídos en un procedimiento administrativo.

El artículo 89 se cambió para señalar que uno de los principios de la política exterior mexicana será "el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos".

El artículo 97 se modificó para quitar a la Suprema Corte la facultad de investigar sobre violaciones graves a las garantías individuales, facultad que ahora se otorgó a la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

El artículo 102 reformado da mayor fuerza a las recomendaciones que emite la Comisión Nacional de Derechos Humanos; le permite a ésta investigar, a petición de alguno de los poderes constitucionales o por decisión propia, sobre violaciones graves a los derechos humanos, y ordena que se reconozca autonomía a las comisiones locales de derechos humanos.

Y el artículo 105, que faculta a la comisión nacional para ejercer la acción de inconstitucionalidad, por violación a los derechos huma-

nos contenidos en los tratados internacionales, en contra de tratados, leyes federales o locales, y a las comisiones estatales para hacerlo en contra de las leyes locales.

III. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO PRIMERO

En este artículo se concentra la parte sustancial de la reforma. El texto anterior contenía tres párrafos. Por la reforma, se modificó el primer párrafo, se agregaron dos más (actuales párrafos segundo y tercero), se conservó intacto, en su letra y significado, el segundo párrafo original (actual párrafo cuarto), y se añadió una palabra al párrafo final (actual párrafo quinto).

1. Análisis del primer párrafo

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 suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Hay en este párrafo una modificación sobre la perspectiva acerca del origen de los derechos humanos, pues el texto anterior decía que la Constitución los otorgaba, y el texto actual dice que la Constitución y los tratados los reconocen. Con base en este cambio, algunos han elogiado esta reforma diciendo que es “humanista”, puesto que admite que los derechos humanos, como lo dice el preámbulo del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, “se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”, es decir que se fundan en la naturaleza racional del ser humano. Con palabras y conceptos diferentes, la *Convención americana sobre derechos humanos* dice lo mismo en su preámbulo cuando afirma que “los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. Esta es una perspectiva que debe tomarse en cuenta para precisar el concepto de lo que es un derecho humano, que es algo que la reforma no define y que tendrá que irse aclarando mientras se va poniendo en práctica. Con esa apreciación de los derechos humanos como inherentes a la persona coincide el llamado “principio de uni-

versalidad” de los derechos humanos, invocado junto con otros en el párrafo tercero de este artículo, que señala que los derechos humanos son derechos de todos los hombres, de todos los pueblos, de todos los tiempos, lo cual implica aceptar que son inherentes a la persona.

Otro cambio es que afirma que “las personas”, no los individuos como decía antes, son los titulares de los derechos humanos. La palabra “persona”, según el dictamen que propuso la aprobación de la reforma, significa “todo ser humano”, y eso es también lo que dispone el art. 1-2 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Por esto, me parece que el uso del término persona no implica alguna distinción entre ser humano y persona, como si hubiera seres humanos que no fueran personas. Con el mismo sentido, el *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos* dice (art. 16) que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Con esta equiparación entre ser humano y persona se supera la discusión de si la personalidad y, en consecuencia, la titularidad de los derechos humanos se adquiere por el nacimiento. La titularidad de los derechos humanos se adquiere por el hecho de la generación o concepción de un ser humano que es, por ese solo hecho, también una persona digna.

El dictamen señala además que, en ciertos casos, persona podría significar “personas jurídicas”, lo cual puede hacer que se otorguen a entidades, públicas o privadas (empresas, sindicatos, asociaciones religiosas, partidos políticos) algunos derechos de los que corresponden a personas físicas. Esta posible atribución de derechos humanos a personas jurídicas no es algo exento de discusión. Si los derechos humanos son esos derechos inherentes a la persona o al ser humano, no se puede decir que sean inherentes a las comunidades de las que forman parte los seres humanos, que constituyen una entidad distinta y a veces con personalidad jurídica propia. Lo que podría admitirse es que una comunidad como tal exija el respeto de los derechos humanos de las personas que la integran, pero eso no implica que la comunidad sea titular de esos derechos, sólo que actúa como representante o gestora de las personas cuyos derechos han sido afectados.

La mayor novedad de toda la reforma está en la afirmación de que las personas “gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales”. Con ella se ponen aparentemente en un mismo nivel los derechos humanos reconocidos

en la Constitución y los reconocidos en los tratados internacionales en vigor. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el artículo 133 de la Constitución, que establece que son parte del orden jurídico nacional los tratados que estén de acuerdo con la Constitución, no se modificó. Por lo tanto, desde este punto de vista, puede afirmarse que un derecho humano reconocido en un tratado que esté en contra de alguna disposición constitucional, no queda incorporado a la Constitución, ni es uno de los derechos humanos garantizados por ella. Sin embargo, esta afirmación puede ser objetada, atendiendo a la regla de interpretación prescrita en el siguiente párrafo, que dice que cuando hay diferencia entre las normas de derechos humanos contenidas en un tratado y en la Constitución, prevalece aquella que otorga una protección más amplia; en mi opinión, como lo fundamento al analizar más adelante esa regla, debe prevalecer siempre la Constitución.

Esta cuestión también debe resolverse en relación con la modificación al artículo 33, en su primer párrafo, que señala que los extranjeros “gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución”. No hace referencia expresa aquí a los derechos humanos reconocidos en los tratados. Esto puede entenderse en el sentido de que los derechos reconocidos en los tratados son derechos reconocidos por la Constitución, lo cual abonaría a favor de la teoría de que el primer párrafo del artículo uno “incorpora” a la Constitución los derechos contenidos en los tratados, de modo que los ha vuelto derechos constitucionales. De acuerdo con la opinión arriba expuesta, los extranjeros no tendrían los derechos humanos contenidos en los tratados pero que contradigan la Constitución, pues éstos no pueden ser incorporados a ella.

El texto anterior de este párrafo se refería sólo a las “garantías” que otorgaba la Constitución, que se entendía que eran las mencionadas en el capítulo primero de la misma, que llevaba el título “de las garantías individuales”, de modo que era perfectamente claro que los derechos fundamentales eran los mencionados en los 29 artículos de ese capítulo. Ahora, el primer capítulo se denomina “De los derechos humanos y sus garantías”, y se afirma que los derechos humanos son los reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Cabe afirmar que los derechos humanos reconocidos directamente en la Constitución son precisamente los contenidos en los 29 artículos de ese capítulo, además del artículo 123 relativo al trabajo, pero a

éstos hay que añadir ahora los derechos humanos previstos en los tratados ratificados por México. ¿Cuáles son los derechos humanos previstos en los tratados internacionales?

Este párrafo no da ningún criterio para discernir a qué tratados internacionales se refiere. De acuerdo con la *Ley sobre celebración de tratados* (art. 2-I), por “tratado” se entiende cualquier convenio, independientemente de su denominación (pacto, convenio, convención, protocolo, o tratado) celebrado por el Estado mexicano con otro Estado, o con varios, por el cual el Estado mexicano adquiere obligaciones. De acuerdo con esto, cualquiera de los tratados “de los que el Estado mexicano sea parte”, es decir cualquiera que esté en vigor en México (que son cientos), bilateral o multilateral, puede alegarse como portador eventual de un derecho humano, que ha sido incorporado a la Constitución.

Me parece que esta interpretación literal de que todos los tratados en vigor pueden ser fuente de derechos humanos es excesiva y daría resultados absurdos, por lo que es necesario, mediante interpretación, precisar qué tratados pueden ser fuente de derechos humanos. Un elemento importante para este fin es que el segundo párrafo de este artículo hace referencia a los “tratados internacionales de la materia”, es decir a los que se ocupan precisamente de los derechos humanos. Con base en eso, se puede afirmar que los tratados a que se refiere la reforma son exclusivamente los tratados de derechos humanos, y con esto se limita de manera importante el número de los que pueden ser aducidos como portadores de estos derechos. Sin embargo, esta reducción no es sencilla porque no existe un catálogo universalmente aceptado que indique cuáles son los tratados de derechos humanos; para México, puede considerarse el catálogo que ha elaborado la Secretaría de Relaciones Exteriores, en su sistema de clasificación de tratados,² en el que, bajo el rubro “derechos humanos” hay 51 tratados. De entre todos estos, no hay duda que los principales tratados de derechos humanos en vigor en México son el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*;³ el *Pacto internacio-*

² Ver la página web de la Secretaría de Relaciones Exteriores: www.sre.gob.mx.

³ Entró en vigor en México el 23 de junio de 1981; en lo sucesivo se citará *Pacto internacional de derechos económicos*.

nal de derechos civiles y políticos;⁴ la *Convención americana sobre derechos humanos* (también conocida como *Pacto de San José*),⁵ y el *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales* (conocido como *Protocolo de San Salvador*).⁶ En mi opinión, el objetivo de la reforma se hubiera cumplido con sólo incorporar a la Constitución mexicana los derechos humanos contenidos en estos cuatro tratados, que son el fundamento del sistema mundial (los dos pactos) y del sistema americano de derechos humanos (la convención y el protocolo citados). A estos cuatro tratados podrían añadirse, como elementos interpretativos, ya que no tienen fuerza jurídica vinculante, la *Declaración universal de los derechos humanos* (1948), y la *Declaración americana de derechos y deberes del hombre* (1948).

Sin embargo, como la reforma no puso ninguna limitación, en principio podrían considerarse todos esos 51 tratados clasificados por la Secretaría de Relaciones Exteriores como de derechos humanos, pero el hecho de que un tratado esté clasificado bajo el rubro “derechos humanos” o bajo otro rubro, no puede tomarse como algo definitivo de que es portador de derechos humanos incorporados a la Constitución, sino sólo como un indicador que debe tenerse en cuenta, junto con el criterio que permite seleccionar los derechos humanos de entre todo el contenido de los tratados. Tal es el caso, por ejemplo, de la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, la *Convención sobre el estatuto de los refugiados*, la *Convención sobre los derechos del niño* o de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer*, en las que no se puede afirmar que todo su contenido sean derechos humanos, sino que habrá que discernir cuáles son los derechos humanos que contienen, si es que los hay.

Por otra parte, los tratados internacionales tienen un contenido muy amplio. Principalmente señalan derechos y deberes entre Estados, y eventualmente derechos y deberes de los individuos frente al Estado, además de otras disposiciones relativas a la entrada en vigor

⁴ Entró en vigor en México el 23 de junio de 1981; en lo sucesivo se citará *Pacto internacional de derechos civiles*.

⁵ Entró en vigor en México el 24 de marzo de 1981; en lo sucesivo se citará *Convención americana*.

⁶ Entró en vigor en México el 16 de noviembre de 1999.

del tratado, su depositario, modo de hacer reservas, y otras más de este tipo, así como declaraciones y consideraciones previas. Para determinar qué disposiciones de los tratados son las que se incorporan como derechos humanos a la Constitución mexicana es necesario tener un concepto de lo que son esos derechos. La reforma no da expresamente ese concepto, aunque está implícito en ella. Es comúnmente aceptado, y es el punto de partida de los principales tratados de derechos humanos, que se trata de derechos que tienen todos los seres humanos o personas o, como dicen la declaración universal y los pactos de derechos sociales y de derechos civiles, “todos los miembros de la familia humana”; por esa misma característica, la convención americana los llama “derechos esenciales del hombre”.

Se trata, por lo tanto, de derechos que tienen todas las personas independientemente de cualquier otra determinación, como sería la nacionalidad, la edad, la raza, la religión, el sexo, etcétera. Son derechos comunes a todo el género humano y, por lo mismo son, como dicen los documentos internacionales,⁷ “derechos iguales”, pues los tienen todos los hombres en la misma medida, e “inalienables”, pues si se admitiera que alguien enajenara esos derechos sería como permitir que quedara excluido de la familia humana.

En la Constitución mexicana está implícito, en el mismo artículo primero, ese concepto de los derechos humanos como aquellos que son comunes a todos los hombres. En el párrafo segundo de este artículo se alude al “principio de universalidad”, que la doctrina de derechos humanos ha entendido en el sentido de que los derechos comunes son universales por ser comunes a todos los hombres, de todos los tiempos y de todos los pueblos; esto demuestra que la Constitución mexicana entiende los derechos humanos como universales o esenciales al ser humano. El último párrafo de este artículo corrobora esto, al prohibir que se nieguen o disminuyan los derechos humanos de cualquier persona por motivos de raza, edad, etcétera.

En conclusión, puede afirmarse que de todo el contenido de los tratados internacionales, incluso de aquellos que se catalogan como de derechos humanos, solamente pueden afirmarse como propios derechos humanos aquellos que fueran reconocidos directamente a

⁷ *Declaración universal*, preámbulo, primer párrafo; *Pacto de derechos económicos y sociales*, preámbulo, primer párrafo; *Pacto de derechos civiles*, preámbulo, primer párrafo.

todas las personas sin considerar ninguna otra determinación, papel o calidad. Sería erróneo, por ejemplo, afirmar que todo deber que asume el Estado en un tratado corresponde a un derecho humano de los individuos de reclamar el cumplimiento de ese deber al Estado, porque ordinariamente los tratados establecen derechos y deberes entre estados, y sólo excepcionalmente, cuando así lo expresan directamente, derechos a las personas.

Añade este primer párrafo que las personas titulares de derechos humanos gozarán de “las garantías” que los protegen, que son el juicio de amparo y la acción de inconstitucionalidad. En consecuencia, cualquier persona podrá demandar el amparo a los tribunales federales contra actos que violen alguno de sus derechos humanos contenido en la Constitución o en los tratados. De hecho, la reforma de derechos humanos se complementó con la del artículo 103-I constitucional⁸ que estableció expresamente que procede el amparo por violación de los derechos contenidos en los tratados.

La otra garantía es la acción de inconstitucionalidad, que es una acción que protege los derechos humanos de las personas en contra de leyes o tratados que los vulneren, aunque los legitimados a ejercerla no son las personas, sino entidades políticas que deben representar los intereses del pueblo, como las cámaras legislativas, federal y locales, los partidos políticos, el presidente de la República actuando por medio del procurador general y las comisiones de derechos humanos. La reforma (art. 105-II-g) admitió que la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que antes podía ejercer la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes, federales o locales, o de tratados que violaran las garantías constitucionales, ahora también lo pueda hacer por violación a los derechos humanos contenidos en los tratados. A las comisiones locales de derechos humanos se les dio la acción de inconstitucionalidad contra leyes locales que violen los derechos humanos.

La acción de inconstitucionalidad que puede ejercer la CNDH en contra de los tratados debe considerarse en relación con la reforma al artículo 15 constitucional. Este artículo, originalmente prohibía la celebración de tratados que, entre otras cosas, “alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución”. Esta prohibición era

congruente con el principio de supremacía de la Constitución respecto de los tratados establecido en el artículo 133, que reconoce que son ley de la nación los tratados que sean conformes con la Constitución. Desde esta óptica un tratado que alterara un derecho o garantía establecido en la Constitución no podía ser aprobado ni ratificado (art. 15) y si por error lo fuera no sería aplicable por no ser conforme con la Constitución (art. 133). Debe notarse que la palabra “alterar” significa cambiar de cualquier manera, por lo que la prohibición se refería a cualquier cambio, benéfico o perjudicial, para los ciudadanos.

Con la reforma, se prohíbe la aprobación de tratados que “alteren” los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados. Como no se tiene seguridad sobre cuáles son los derechos humanos reconocidos en los tratados, ni de qué tratados son los que contienen derechos humanos, de acuerdo con una interpretación literal de la reforma, se podría discutir, respecto de cualquier nuevo tratado que se esté negociando, si altera o no derechos humanos reconocidos en otros tratados. Esto complicaría excesivamente la negociación de cualquier nuevo tratado, o la reforma de tratados ya en vigor.

Para que la nueva disposición constitucional tenga una aplicación razonable, es necesario limitar el alcance del primer artículo constitucional, a fin de precisar cuáles son los tratados que deben considerarse como portadores de derechos humanos, y qué es lo que puede considerarse un derecho humano en el contenido de los tratados.

Además será necesario dar un significado limitado a la palabra “alterar”, porque un tratado altera un derecho humano cuando lo restringe, pero también cuando lo amplía. Como la intención aparente de la reforma es ampliar los derechos humanos, y por eso dice (art. 1, 2o. párrafo) que las normas de derechos humanos deben interpretarse en el sentido más favorable a la persona, se podrá concluir que las alteraciones a que se refiere el artículo quince son exclusivamente aquellas que restringen, limitan o eliminan derechos humanos, y no las que los amplían o confirman. En conclusión sólo se prohíbe la celebración de tratados que limiten o eliminen los derechos humanos ya reconocidos.

En el caso de que se ratificara un nuevo tratado que ampliara los derechos humanos reconocidos en la Constitución, y que se considerara que ese tratado era válido porque alteraba los derechos establecidos en un sentido favorable a la persona, se plantearía una nueva cuestión

⁸ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011.

constitucional: dicho tratado modifica de hecho el contenido de la Constitución, pero sin respetar el procedimiento de reforma constitucional previsto en el artículo 135 de la misma Constitución. ¿Es posible aceptar que se reforme la Constitución con la sola ratificación de un tratado, en la que no interviene ni la Cámara de Diputados ni las legislaturas locales? Me parece que la respuesta es clara: en principio no puede aceptarse que la Constitución se modifique de esa manera. Pero podría alegarse, que al aprobar la reforma al artículo primero, el constituyente permanente aprobó la posibilidad de que la Constitución se reformara por los tratados posteriores. Esta posición “internacionalista” implica, de hecho, una renuncia a la soberanía constitucional, por lo que me parece inadmisibles. En mi opinión, si se diera el caso de un tratado que ampliara los derechos humanos ya reconocidos, para que fuera incorporado a la Constitución se requeriría su aprobación por el Congreso general y las legislaturas locales, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 135 citado.

Dada la ambigüedad que contiene la reforma en lo relativo a saber cuáles son los derechos humanos reconocidos en los tratados, la reforma otorga de hecho un poder discrecional a las comisiones de derechos humanos, y especialmente a la CNDH, para impugnar cualquier ley o tratado. Es de esperar que las propias comisiones vayan elaborando y compartiendo criterios para dilucidar cuáles son los derechos humanos contenidos en los tratados y eviten presentar demandas de inconstitucionalidad movidas exclusivamente por presiones políticas o diplomáticas. Quedará finalmente a juicio de la Suprema Corte el ir precisando y aprobando esos criterios, sobre todo por medio de sus decisiones de admitir o rechazar la acción de inconstitucionalidad.

2. Análisis del segundo párrafo

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Este párrafo establece dos reglas de interpretación de las “normas relativas a los derechos humanos”. La primera es que deben interpretarse “de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia”; la segunda que se deben interpretar

de modo que se busque favorecer a las personas, dándoles en todo tiempo, “la protección más amplia”.

Según este párrafo lo que ha de interpretarse son las “normas relativas a los derechos humanos”. La palabra “norma” tiene un significado muy amplio, pues comprende cualquier disposición imperativa contenida en la Constitución, en los tratados, en las leyes, pero también en reglamentos, sentencias y otros instrumentos jurídicamente vinculantes, como decretos, circulares, normas oficiales, etcétera. En consecuencia, la regla de interpretación prevista en este párrafo puede aplicarse prácticamente a cualquier disposición jurídicamente vinculante, aunque, por el contexto donde está inmersa, parece haber sido concebida para la interpretación de las normas contenidas en la Constitución y en los tratados sobre los derechos humanos. En mi opinión, debe circunscribirse a sólo estas dos categorías de normas, ya que las leyes federales y demás normas subordinadas tendrán que respetar los derechos constitucionales.

La primera es que dichas normas se interpretarán conjuntamente de acuerdo con lo que dice la Constitución y lo que dicen los tratados “de la materia”. Aquí ya hay una reducción en cuanto a los tratados que deben considerarse, no son todos los tratados, sino únicamente los de “la materia”, es decir los tratados comúnmente conocidos como de derechos humanos, como la *Convención americana sobre derechos humanos* y otros semejantes. Esta regla da por supuesto que hay coincidencia, o al menos diferencias complementarias, entre la ley fundamental y los tratados, de modo que se esclarecen y complementan recíprocamente.

Si hubiera contradicción entre lo que afirma la Constitución y alguno de los tratados de la materia, entonces entraría en acción la segunda regla, que señala que se debe favorecer la “protección más amplia”, lo que significa que debe prevalecer la disposición más favorable a la persona, sea la contenida en la Constitución sea la contenida en algún tratado de la materia. Esta regla de la interpretación más favorable a la persona (interpretación *pro persona* o *pro homine*) puede dar lugar a conflictos con artículos constitucionales que establecen restricciones puntuales a los derechos humanos, como los siguientes.

El artículo 130 constitucional restringe el derecho de los ministros de culto al voto pasivo (a ser electo) y a ejercer cargos públicos; pero el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (art. 2.5)

otorga esos derechos con la aclaración de que no debe haber ninguna discriminación. La interpretación *pro persona* llevaría a concluir que la restricción de los ministros de culto es indebida, y tendrían derecho a presentarse como candidatos a puestos de elección popular y a desempeñar cargos públicos.

El artículo 41 constitucional y la ley electoral que establecen que sólo se presenten candidaturas a puestos de elección popular por medio de los partidos, quedarían superados por efecto del citado artículo del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, que no contempla tales restricciones, es decir que quedaría abierta la posibilidad de candidaturas independientes.

La restricción a la libertad de expresión que actualmente impone el artículo 41 constitucional (III-Apartado A) al establecer que “ninguna persona, física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular”, quedaría también suprimida por efecto del artículo 19-2 del pacto mencionado, que establece que la libertad de expresión incluye “difundir informaciones e ideas de toda índole”, lo cual es lo más favorable a la persona.

Se puede responder que debe prevalecer la restricción constitucional, porque el artículo 133 constitucional no sufrió modificación alguna por esta reforma, de modo que los tratados que son parte del orden jurídico mexicano son sólo aquellos que están de acuerdo con la Constitución; en consecuencia, en los casos planteados debe prevalecer la restricción constitucional, y no la disposición del tratado que contradice la Constitución.

Pero, por otra parte, puede argumentarse que la propia Constitución admite que prevalezca la posición más favorable a la persona, de modo que el tratado que tiene una disposición más favorable que la propia Constitución, no contradice la Constitución, es conforme con ella, y en consecuencia debe prevalecer lo que dice el tratado, por efecto del artículo primero constitucional.

En mi opinión, debe prevalecer la restricción constitucional, en cualquier caso, porque de otro modo la reforma constitucional daría efectos que no tuvieron en mente los legisladores y generaría inseguridad sobre el contenido de la propia Constitución. Además, los

mismos tratados de derechos humanos, señalan que éstos pueden estar limitados, por ejemplo, el derecho de libre expresión en el *Pacto de derechos civiles* se puede limitar por razón del orden público, la seguridad, la salud o la moral públicas. Por lo que tendría que juzgarse si las limitaciones constitucionales se conforman con los tratados, y en tal caso no tendría el tratado una interpretación más favorable a la persona.

Cabe observar que en ambas posiciones se está argumentando, no la superioridad del tratado sobre la Constitución, sino siempre con base en la propia Constitución. Sería totalmente excesivo, aun cuando se optara por considerar que la reforma supera las restricciones constitucionales, afirmar que se ha establecido la primacía de los tratados sobre la Constitución, lo cual significaría renunciar a la soberanía constitucional y subordinar la soberanía popular a las directrices de los organismos internacionales que determinan el contenido de los tratados multilaterales.

3. Análisis del tercer párrafo

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Este párrafo señala, en primer lugar, un deber a cargo de “todas las autoridades”, y luego otro a cargo del “Estado”.

El deber que tienen “todas las autoridades”, en el ámbito de sus respectivas competencias, es el de “promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”, y de hacer esto “de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.

El sujeto obligado a cumplir el primer deber mencionado son “todas las autoridades”, por lo que es necesario aclarar qué se entiende por “autoridades”, que es una palabra que en la Constitución y las leyes suele referirse a cualquier persona que participe del poder ejecutivo, es decir en el sentido de “autoridad administrativa” (por ejemplo,

en el art. 103-VII de la Constitución), y en cualquier nivel, federal, estatal o municipal, pero sin incluir a los jueces ni a los legisladores; pero también aparece en la Constitución la palabra “autoridad” para indicar a cualquier persona que ejerza poder público, incluyendo a los jueces y a las cámaras legislativas, como cuando habla, respecto del juicio de amparo, de “autoridad responsable” (art. 107-XVI). Como el contenido de este deber comprende acciones que son propias del poder ejecutivo, como “promover”, otras del legislativo, como “proteger”, y otras del judicial, como “garantizar”, me parece que la interpretación más adecuada es que la expresión “todas las autoridades” se refiere a todas las autoridades, de los tres poderes, y de los tres niveles de gobierno.

El contenido de la obligación que se impone a todas las autoridades se expresa con los verbos “promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”. En el texto constitucional anterior, se entendía que los derechos humanos estaban protegidos, en tanto estaban reconocidos por el orden jurídico mexicano, en la Constitución o en algún tratado; que estaban garantizados por el juicio de amparo y que, en consecuencia, todas las autoridades debían respetarlos. La novedad que la reforma introduce en este punto se condensa en el verbo “promover”.

La obligación de “promover” los derechos humanos es una obligación que suelen asumir los Estados al adoptar algún tratado. Por ejemplo, en el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, los Estados se comprometen además de “a respetar y garantizar” a todos los individuos los derechos reconocidos en el pacto” (art. 2-1), a “adoptar las medidas oportunas... que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente pacto” (art. 2-2). El contenido del deber de promover es precisamente ese, el de tomar las medidas adecuadas para que los derechos humanos sean efectivos, por ejemplo, no basta con respetar, proteger y garantizar el derecho a la vivienda, es necesario promover su efectivo cumplimiento mediante políticas que permitan que toda persona pueda adquirir una vivienda. El contenido concreto de esta obligación de promover los derechos humanos es muy amplio y variable según las circunstancias: promover un derecho puede significar aprobar una ley, emitir un reglamento, corregir o instaurar una política pública, hacer una obra de infraestructura, alentar el trabajo de alguna organización civil, etcétera.

Añade este párrafo que el cumplimiento de este deber que afecta a todas las autoridades debe cumplirse de acuerdo con los “principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”. No hay en la Constitución ni en el dictamen aprobatorio del decreto de reformas algún elemento que permita identificar qué significan estos cuatro principios. En la *Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos* (Viena, 1993), artículo primero, se dice que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí”; de ahí que se hable de esos tres principios, que suelen entenderse de esta manera: son universales porque son derechos de todos los hombres, de todos los tiempos, de todos los pueblos; son interdependientes porque el progreso de uno está relacionado con el progreso de los demás, y el retroceso de uno con el retroceso de los otros; son indivisibles, porque no puede suprimirse uno, de modo que todos deben ser reconocidos y respetados, y no hay jerarquía entre ellos, de modo que no puede decirse que un derecho se sacrifica o elimina en beneficio de otro. Respecto del principio de progresividad, su inclusión en la doctrina de los derechos humanos es más reciente: tuvo una importante formulación en el discurso de Boutros Boutros-Ghalí, pronunciado en la apertura de la citada conferencia mundial, donde dijo que los derechos humanos son, a la vez, principios inmutables y derechos “en evolución”, que reflejan la “conciencia histórica” del momento. Por eso se ha entendido que la progresividad significa que el contenido de los derechos reconocidos puede variar, y que se pueden reconocer nuevos derechos, siempre de acuerdo con las circunstancias de cada momento.

Quedará finalmente a la Suprema Corte de Justicia determinar el contenido de esos principios, pero debe tener en cuenta que se trata de principios que rigen el cumplimiento del deber de las autoridades de respetar y promover esos derechos, previsto en el párrafo tres, y no de principios que rigieran la interpretación de las normas de derechos humanos, a lo cual se refiere el párrafo dos de este artículo primero constitucional. Además, deberá tenerse en cuenta que los mismos tratados de derechos humanos contienen normas de interpretación (por ejemplo, el art. 29 de la *Convención Interamericana de Derechos Humanos*), conforme a las cuales deben entenderse y aplicarse sus disposiciones, por lo que se abrirá la cuestión de qué normas interpretativas deben prevalecer en la aplicación de los tratados,

los "principios" que mencione el tercer párrafo del artículo primero constitucional o los previstos en los tratados.

El segundo deber que impone el tercer párrafo el de "prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos" tiene como sujeto obligado al "Estado", sin distinguir si es el Estado federal o los estados locales. Me parece que se refiere a uno y a otros, porque si en la primera parte se fija el deber de "todas las autoridades", es decir, las federales, las estatales y las municipales, de respetarlos, el obligado a sancionar tiene que ser el Estado federal y los estados locales, cada uno en el ámbito de su propia competencia.

Para determinar en qué consiste el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar las "violaciones a los derechos humanos" es preciso primero aclarar a qué tipo de "violaciones" se refiere. El significado de esta palabra que se presenta espontáneamente es que se trata de actos que contravienen total o parcialmente alguno de los derechos humanos de una persona determinada, por ejemplo, que le impiden su libertad de expresión. Este tipo de violaciones son precisamente las que se combatían con el juicio de amparo.

Pero la palabra "violaciones" puede tener un sentido más amplio si se le relaciona con la primera frase del párrafo que señala que las autoridades tienen, además del deber de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, el de promoverlos, de modo que la palabra "violaciones" significaría también el incumplimiento del deber de promover los derechos humanos. Conforme a este significado se amplía desmesuradamente la responsabilidad del Estado, pues se podría juzgar a "todas las autoridades" no sólo por las violaciones al deber de respetar los derechos humanos, que es lo que tradicionalmente constituye la materia del juicio de amparo por "violación de garantías" o derechos, sino por violaciones consistentes en el incumplimiento del deber de promoverlos, esto es, por no poner las condiciones adecuadas al ejercicio de un derecho, por ejemplo, por no reparar una escuela, con lo cual se obstaculiza (no se promueve) el derecho a la educación, o no prestar un servicio de salud, o no facilitar el ejercicio de los derechos políticos, etcétera. Por todas estas "violaciones", que consistirían simplemente en omisiones, incluso la omisión de no legislar en determinado sentido que se considera protector de los derechos humanos, se podría exigir responsabilidad al Estado. Me parece que las leyes que reglamentan

este derecho, de las que se habla más abajo, deberán precisar el concepto de violaciones.

Como el párrafo tercero se refiere, en su primera parte, al deber de "todas las autoridades" de respetar y promover los derechos humanos, se entiende que las violaciones a estos derechos de las que se ocupa la segunda frase de este párrafo son las cometidas por "autoridades", de modo que no se consideran las que pudieran cometer personas o entidades privadas.

Esta segunda parte del párrafo tercero señala que es responsabilidad del Estado "prevenir, investigar, sancionar y reparar" esas violaciones. El contenido del deber de "prevenir" las violaciones es, en principio, el de tomar medidas adecuadas para evitar que ocurran esas violaciones, especialmente en aquellas situaciones en las que ocurren con más frecuencia; las medidas concretas que en cada caso deban tomarse variarán mucho según sean las circunstancias y el tipo de derechos cuya violación se pretenda impedir. Es un deber que, como el de promover los derechos, no impone una conducta concreta determinada, sino la de tomar las medidas que resulten adecuadas para ese fin. El incumplimiento de este deber no se demuestra por el hecho de que el Estado optara por una medida en lugar de otra, sino por el hecho de que el Estado no tomara ninguna medida. Aprovechando una distinción propia del derecho privado, podría decirse que esta obligación de prevenir violaciones, así como la de promover los derechos, es una obligación "de medios" (de tomar medidas) y no de resultados.

El deber de promover los derechos humanos es también un deber de tomar las medidas adecuadas en cada situación concreta. Es también un deber de medios y no de resultados. Desde esta perspectiva, se puede hacer una justa valoración de las recomendaciones que hacen los comités internacionales encargados de vigilar el cumplimiento de los tratados, como el comité de derechos humanos; estas recomendaciones simplemente señalan alguna medida que el Estado puede tomar para promover algún derecho humano, pero éste queda libre de tomar o no la medida recomendada, puesto que su obligación de promover se puede cumplir, incluso de mejor manera, tomando otra medida que resulte igualmente o más adecuada. Me parece que incluso, aun cuando el Estado tomara una medida que no resultara tan adecuada, no puede hablarse de violación del deber de promover los derechos, si decidió así considerando el asunto con la diligencia

ordinaria debida, puesto que es humano errar. El incumplimiento de ese deber sólo podría demostrarse por no haber tomado ninguna medida o por haber tomado medidas notoriamente ineptas.

En cuanto al deber de "investigar", se observa que puede indicar que el Estado investigará las denuncias que por violaciones a los derechos le presenten los afectados ante un juez o ante alguna comisión de derechos humanos. El Estado cumple ese deber de investigar cuando atiende las denuncias que se presenten ante las instancias correspondientes.

Además, la reforma (art. 102-B) exige que el Estado, por medio de la CNDH, investigue violaciones "graves" a los derechos humanos. El texto constitucional anterior (art. 102-B), decía que la Comisión Nacional de Derechos Humanos sólo podía formular quejas y denuncias por violaciones a los derechos humanos "ante las autoridades respectivas". Ahora se reformó ese artículo a fin de que la Comisión pueda "investigar hechos que constituyan violaciones graves a los derechos humanos" cuando "lo juzgue conveniente", o cuando lo pida el Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras del Congreso, algún gobernador de un estado, el jefe del gobierno del Distrito Federal o alguna legislatura local.

Esta facultad de la CNDH es la que tenía antes (art. 97) la Suprema Corte de Justicia. La puede ejercer ahora, movida por otras instancias o por su propia decisión, pero sólo cuando se trate de hechos que constituyan "violaciones graves" a los derechos humanos. El punto por aclarar es qué son las violaciones "graves". Cabe considerar que cualquier violación a un derecho fundamental, como el derecho a la vida, es una violación "grave", pero quizá no lo sea la violación al derecho político de un ciudadano de aspirar a un puesto de elección popular. De modo que un criterio para discernir la gravedad podría ser la consideración del tipo de derecho que se encuentra en juego, pero se podría argumentar en contra que este criterio contradice el principio de que los derechos humanos son indivisibles, es decir que no hay jerarquía entre ellos. Otro criterio, que no tropezaría con esa objeción, es el de considerar la gravedad del daño sufrido por la persona que ha sido víctima de la violación de alguno de sus derechos, de modo que la violación sería más o menos grave según fuera el daño sufrido. También podría considerarse el número de víctimas afectadas, y el tipo de ellas, de modo que serían más gra-

ves las violaciones que afectan a mayor número o las que afectan a personas más vulnerables.

Además de la gravedad de las violaciones, habría que considerar la oportunidad de la intervención de la CNDH. La reforma da a esta comisión un poder discrecional que debe ser ejercido prudentemente; de otro modo, la comisión podría convertirse en un poderoso elemento de presión política contra cualquiera de los poderes constitucionales. Considerando que toda víctima tiene la posibilidad de ejercitar una acción en contra de violaciones a sus derechos, podría pensarse que la CNDH sólo debería investigar, cuando no lo hubiera hecho alguna de las víctimas; en este punto, cabe considerar que hay muchas organizaciones civiles que pueden apoyar a las víctimas para presentar su acción de amparo y obtener una reparación por la violación sufrida; la propia reforma alienta esta promoción de acciones de amparo al establecer que la víctima tiene derecho, además de a obtener que la violación cese y pueda ejercer su derecho, al pago de una cantidad de dinero en concepto de reparación, como se explica más abajo. Me parece que la CNDH debe inhibirse de investigar si alguna de las víctimas ya presentó su acción por la violación a sus derechos, o si existe la posibilidad de que la víctima, por sí misma o apoyada por otros, pueda presentarla. La intervención de la comisión se limitaría así a los casos de violaciones en que, dada la situación de las víctimas o el tipo de violaciones, el tiempo y el lugar donde ocurrieron, o el agente que las cometió, no es razonable esperar que las víctimas presenten acción en contra de esas violaciones.

La reforma no aclara el efecto jurídico que tendrán las conclusiones a que llegue la CNDH después de realizar una investigación por violaciones graves a los derechos humanos. Ordinariamente, las investigaciones que realiza la comisión como consecuencia de quejas presentadas por las víctimas, concluyen dando recomendaciones a los órganos que cometieron las violaciones para que, voluntariamente, ajusten sus actos a lo que la comisión les recomienda. De hecho, la reforma modificó el párrafo del artículo 102 constitucional donde se trata de estas recomendaciones, con el objeto de señalar que si las recomendaciones no son aceptadas por el órgano responsable, éste tendrá que fundar, motivar y hacer pública su negativa, y podrá ser eventualmente citado a comparecer ante el órgano legislativo correspondiente para que explique su negativa. Pero las investigaciones

que hace la CNDH sobre la existencia de violaciones graves deberán concluir con un juicio sobre si existen o no tales violaciones graves, es decir concluirán, no con una recomendación, sino con una declaración sobre la existencia o no existencia de tales violaciones. ¿Qué efecto jurídico tendrá esta declaración?

La declaración servirá como un documento que se puede alegar ante las autoridades judiciales encargadas de determinar la responsabilidad que corresponde a los ejecutores de esas violaciones. Cabe preguntar si el juez que conociera el caso tiene libertad para separarse de lo que hubiera declarado la CNDH y, por ejemplo, absolver al demandado, o si, por el contrario, la declaración es determinante, de modo que el juez simplemente dicta la sentencia, convirtiéndose entonces en una especie de juez ejecutor, mientras que la CNDH actuaría como juez instructor. Me parece que para no afectar la independencia judicial, lo más conveniente es que la CNDH se limite a determinar si existe o no el hecho de las violaciones, pero sin determinar quién es el autor de las mismas. De este modo, su declaración sería simplemente una constatación de hechos, y el juez tendría libertad para determinar quién o quiénes son los responsables e imponerles las sanciones y reparaciones que procedieren, o para absolver al demandado si estimara que éste no fue responsable de esas violaciones, cuya existencia ha declarado la CNDH.

Finalmente, la frase final de este párrafo tercero dice que el Estado tiene el deber de “reparar” las violaciones a los derechos humanos. Este término suele entenderse en el sentido de pagar a la víctima una cantidad de dinero en concepto de reparación por la injuria sufrida. Sobre este deber de reparar es necesario precisar varios elementos: ¿quién debe pagar, quién determina la cantidad que debe pagarse y con qué criterios se determina esa cantidad? Quien debe pagar es el Estado que puede ser el Estado federal o los estados locales, según sea federal o local la “autoridad” que cometió la violación.

La cuestión de quién determina el monto a pagar es más compleja. Por principio no puede ser la Comisión Nacional de Derechos Humanos, a la cual sólo le corresponde hacer recomendaciones y, en ciertos casos, investigar. Tendrá que ser entonces la entidad administrativa o judicial a la que corresponda conocer la violación la que fije el monto de la reparación y, si es necesario, la haga efectiva. Por economía

procesal, lo más conveniente será que en el mismo proceso se defina la sanción y la reparación. Para que una instancia administrativa o un juez puedan imponer y hacer cumplir esa reparación tienen que estar facultados para ello por alguna ley.

Los criterios con los que se fije el monto de la reparación son muy difíciles de precisar. Por ejemplo, ¿cómo podría calcularse la reparación a una mujer a quien se esterilizó sin su consentimiento, o a un menor de edad que fue objeto de abuso sexual, o a una persona que se le impide difundir sus ideas? La misma palabra “reparación” parece indicar que se trata de darle a la víctima algo que la restablezca a la situación que tenía antes de la violación, pero esto es prácticamente imposible, porque el dinero no puede reparar muchas cosas, de modo que la reparación pecuniaria en muchos casos no es más que una reparación “simbólica”. Esos criterios tendrán que definirse también en una ley.

Las palabras finales sobre la obligación del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos señalan que debe hacer todo esto “en los términos que establezca la ley”, que, según lo prescribe el artículo transitorio segundo del decreto de reformas, es una ley nueva que deberá publicarse en el plazo de un año contado a partir del día que entró en vigor la reforma (esto es, antes del 11 de junio de 2012). Esta ley puede aclarar mucho el contenido de este párrafo del artículo primero. Como la responsabilidad de reparar también compete a los estados locales, me parece que también deberán promulgarse leyes locales sobre esta materia.

Evidentemente que esa ley tendrá que definir cuál es la instancia encargada de fijar el monto de las reparaciones y los criterios para calcularlo y cuál la obligada a pagarlo. En el proyecto de reforma constitucional, su artículo 30 transitorio señalaba que esta ley versaría sobre dichas reparaciones, pero en el artículo transitorio del decreto de reforma no aparece ya esa limitación, de modo que esa ley podrá ocuparse de otras cuestiones que suscita este tercer párrafo del artículo primero constitucional y que conviene resolver, como: i) aclarar si todas las autoridades se refiere sólo a las de gobierno o también al poder judicial y al legislativo, y si comprende o no a los organismos autónomos y a las entidades paraestatales; ii) precisar si el concepto de violación se refiere a transgresiones de los derechos, es decir, a

actos que impiden directamente el ejercicio de los derechos, o también al incumplimiento de los deberes de garantizarlos, protegerlos o promoverlos.

4. Análisis del quinto párrafo

El cuarto párrafo del artículo primero, que en el texto anterior era el segundo párrafo, y que contiene la prohibición de la esclavitud, no sufrió cambio alguno.

El quinto párrafo sólo se modificó con la inserción del calificativo “sexuales” a la palabra “preferencias”:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

La nueva regla que implica este cambio es que se prohíbe la discriminación de alguna persona por motivo de sus “preferencias sexuales”, siempre que se trate, como en los demás casos, de una discriminación que “atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. No hay un cambio de fondo, sino sólo la precisión del tipo de preferencias que contempla el artículo. En realidad no era necesaria la precisión, porque todas las personas son titulares de los derechos humanos y de sus garantías.

Sin embargo, hay una carga ideológica en la expresión “preferencia sexual”. Es una expresión que utiliza la ideología de género, que considera que el sexo de las personas no es una distinción corporal (anatómica, fisiológica y psicológica), sino el resultado de una decisión o “preferencia”, que libremente toma la persona, por lo que no hay sólo dos sexos, como afirma el sentido común, sino una multitud de preferencias: heterosexual, lésbico, homosexual, transexual, transgénero, travesti, bisexual, y algunos agregan otras preferencias como el sado masoquismo, el exhibicionismo o la pedofilia. Al incluirse el término “preferencia sexual” en la Constitución se está imponiendo esta ideología, como si fuera algo indiscutible que todos aceptan, y

de esta manera la Constitución se contrapone con la opinión común del pueblo mexicano, lo cual va en perjuicio de la respetabilidad de la Constitución.

Debe también considerarse que la universalidad de los derechos humanos señala que éstos son derechos que corresponden a las personas, por el solo hecho de ser personas, independientemente de cualquier otra determinación que sea ajena a su voluntad, y por lo tanto también tienen todos esos derechos las personas que pudieran sentir atracción por personas del mismo sexo. Pero hay muchas de esas “preferencias” que en realidad no son determinaciones innatas a las personas, o independientes de su voluntad, sino que son conductas que libremente realizan, y por las cuales tienen la responsabilidad, como cualquier otra persona, por los efectos que causan en otras personas o en la comunidad. Si, por ejemplo, alguien abusa sexualmente de un menor, no puede excusarse de responsabilidad penal alegando su preferencia sexual, porque tal abuso es una conducta libremente realizada y de la cual es responsable.

Lo que la Constitución prohíbe en este párrafo es la discriminación de las personas, pero no la discriminación de las conductas libremente realizadas, las cuales sí pueden dar razón para que se limiten o restrinjan sus derechos fundamentales, como cuando se impone una pena de prisión, o una inhabilitación para trabajar. Este punto de la no discriminación de las personas, pero sí la discriminación de las conductas, merece ser desarrollado más ampliamente en otro trabajo.

Como la reforma también modificó el artículo tercero constitucional con el fin de incluir, como un objetivo de la educación nacional, la enseñanza de los derechos humanos, el señalamiento en el nuevo párrafo quinto que prohíbe la discriminación por motivo de las “preferencias sexuales”, podría dar pie a que en los planes educativos se tenga que explicar en qué consisten esas preferencias sexuales y se presenten como conductas normales. De esta manera la ideología de género se impondría como contenido educativo nacional.

Esa imposición de una determinada posición ética acerca de las llamadas “preferencias sexuales”, entra en contradicción con uno de los derechos humanos reconocidos en tres de los principales tratados de derechos humanos vigentes en México, el derecho de los padres

a que sus hijos reciban una educación ética y religiosa conforme a sus propias convicciones.⁹

Por otra parte, la prohibición de la discriminación contenida en este párrafo, requiere ser analizada con más detenimiento, aunque no es un resultado de la reforma que aquí se considera, por lo que simplemente apunto la necesidad de estudiarla. Originalmente, la prohibición estaba relacionada con una violación efectiva de los derechos fundamentales, de modo que la prohibición de discriminar consistía realmente en la prohibición de transgredir los derechos fundamentales, aduciendo alguna causa que aparentemente justificaba esa transgresión. A partir de la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (1966), la discriminación se ha venido considerando, ya no como un pretexto inválido para limitar o anular derechos, sino como un acto que es en sí mismo un acto punible; por eso habla esta convención (art. 5) de que los Estados se comprometen a “prohibir y eliminar la discriminación racial”, y luego señalan algunas conductas específicas que se consideran discriminatorias y, por lo tanto “se condenan”, como la segregación racial y el *apartheid*; esta última conducta llegó a ser definida como un “crimen” en otra convención (la *Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen del apartheid*, 1976).

De esta manera, se han ido tipificando, en otros instrumentos internacionales y aun en leyes nacionales, determinadas conductas que se considera que son por sí mismas discriminatorias y, en consecuencia, punibles. De ser la no discriminación una prohibición de alegar determinados aspectos de la persona para vulnerar sus derechos, se ha pasado a considerar que existe un derecho a la no discriminación, y luego a la tipificación de determinados actos como discriminatorios y punibles. Se puede decir que ya existe, fuera de las leyes penales, un nuevo delito llamado “discriminación” que puede comprender una gran variedad de conductas típicas. Es un delito genérico y, por lo tanto, contradictorio con el principio de la tipicidad de los delitos. Es una evolución que merece ser estudiada y aclarada por separado.

⁹ Pacto de derechos civiles, art. 18-4; Pacto de derechos económicos, art. 13-3, y Convención americana, art. 12-4.

IV. CONCLUSIONES

Las conclusiones enunciadas a lo largo de este trabajo son las siguientes:

1. La reforma implica el reconocimiento de que los derechos humanos están fundados en la naturaleza racional del ser humano o que son inherentes a la persona.
2. Por persona se entiende todo ser humano.
3. La reforma incorpora a la Constitución los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales en vigor, pero no subordina la Constitución a los tratados internacionales.
4. Los tratados que deben considerarse como portadores de derechos humanos incorporados a la Constitución son los tratados internacionalmente considerados como de derechos humanos.
5. Lo que se incorpora de los tratados a la Constitución, no son todas sus disposiciones, sino sólo los derechos reconocidos expresamente a las personas particulares, a todas ellas, sin ninguna otra determinación particular.
6. No todo deber asumido por el Estado en un tratado corresponde a un derecho humano reconocido a las personas.
7. Para efectos de la prohibición constitucional de celebrar tratados que “alteren” los derechos humanos reconocidos, la palabra alterar significa solamente restringir o eliminar.
8. La incorporación a la Constitución de derechos humanos contenidos en nuevos tratados no se produce por la sola ratificación del tratado por el Senado de la República, pues es necesario que la incorporación sea aprobada siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 135 constitucional.
9. Las “normas relativas a los derechos humanos” de que habla el párrafo segundo del artículo primero constitucional son las disposiciones de la Constitución y de los tratados sobre esa materia, y no las normas contenidas en leyes, reglamentos u otros mandatos imperativos.
10. Si hay una contradicción entre una restricción constitucional a un derecho humano, que no contienen los tratados de derechos humanos, debe prevalecer la restricción constitucional.

11. La expresión “todas las autoridades” del tercer párrafo del artículo primero constitucional se refiere a cualquier instancia titular de poder público del ejecutivo, legislativo o judicial y de cualquiera de los tres niveles de gobierno: federal, estatal o municipal.
12. El deber de “promover” los derechos humanos de que habla el párrafo tercero del artículo primero, es un deber de tomar medidas adecuadas, no necesariamente las medidas recomendadas por algún comité nacional o internacional; es un deber de tomar medidas y no de obtener necesariamente determinados resultados.
13. Los principios de que habla el párrafo tercero del artículo primero (universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad) son principios aplicables para medir el cumplimiento del deber de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos, pero no para interpretar las normas de derechos humanos, las cuales se interpretan de acuerdo con las reglas que da el párrafo segundo de ese mismo artículo.
14. La expresión “Estado”, en el tercer párrafo del artículo primero constitucional, se entiende en el sentido de Estado federal o estado local.
15. Conviene reducir la responsabilidad de reparar las violaciones cometidas por las autoridades de sus deberes respecto de los derechos humanos a las que consistan en acciones que impiden o restringen el ejercicio de los derechos, y excluir las omisiones.
16. El deber de promover los derechos humanos se incumple cuando no se toma ninguna medida para ese fin, o se toma una que es evidentemente inepta, pero no por tomar una medida, de modo razonable, que luego no produce los resultados esperados.
17. Para determinar qué es una “violación grave” (art. 105) a los derechos humanos, conviene considerar el daño sufrido por la víctima, el número de víctimas y la situación en que se encuentran las mismas.
18. La facultad que tiene la CNDH para investigar violaciones graves a los derechos humanos debe ser ejercida cuando las víctimas no han presentado algún recurso, ni tienen la posibilidad de presentarlo.

19. Las conclusiones a que llegue la CNDH en sus investigaciones sobre violaciones graves deben limitarse a la comprobación de la existencia de tales violaciones, sin señalar quiénes pueden ser los responsables de ellas. Tienen sólo un valor probatorio sobre los hechos, de modo que los jueces que llegaran a conocer de esos casos tienen libertad para determinar quién es el responsable y si debe ser sancionado.
20. La reparación pecuniaria por violaciones a derechos humanos es sólo una reparación simbólica.
21. Dicha reparación la debe fijar el mismo juez que conoce de la violación del derecho humano.
22. La ley (prevista en el artículo transitorio tercero) que definirá cómo se hará efectiva la reparación, tendrá que aclarar quién fija la reparación, con qué criterios se fija su monto y quién es el obligado a pagar, y será conveniente que aclare qué significa la expresión “todas las autoridades” y si son reparables todas las violaciones o sólo las que consistan en acciones violatorias o impeditivas de derechos humanos, pero no las que consistan en omisiones.
23. La inclusión de la expresión “preferencias “sexuales”, en el párrafo quinto del artículo primero, implica la imposición de una visión ética como si fuera común a toda la población, y su posible imposición en los modelos educativos, en contra del derecho de los padres a decidir acerca de la educación ética de sus hijos.