

LA DISPUTA POR LOS DERECHOS

Pedro SALAZAR UGARTE

I

Norberto Bobbio sostenía que la democracia, los derechos humanos y la paz eran tres etapas de un mismo movimiento histórico.¹ La conexión entre los tres conceptos tenía sustento teórico, pero, sobre todo, una dimensión práctica. No solo se trataba de implicaciones conceptuales y nexos lógicos, sino de una agenda política —todavía vigente—, en la que un elemento depende de los otros para su realización. En este texto me interesan los dos primeros eslabones de dicha cadena: la democracia y los derechos. La tesis que retomo es sencilla, y no es original, pero sí es relevante: la democracia necesita de los derechos para consolidarse como una forma de gobierno sustentada y, a su vez, orientada por la autonomía política de las personas. Se trata de la vieja idea —desarrollada, entre otros, por Michelangelo Bovero— de las precondiciones de la democracia: la garantía de algunos derechos sociales como condición de las libertades, que, a su vez, ofrecen soporte a los derechos políticos.

Desde esta perspectiva, todas las democracias son, necesariamente, constitucionales. Esto se explica porque el connubio entre el constitucionalismo de los derechos y la forma de gobierno democrática —al menos en la dirección que va desde los primeros hacia la segunda— es lógicamente necesario y no meramente contingente. “Sin derechos garantizados no hay democracia posible” sería la fórmula que recoge esta ecuación. De hecho, cuando las reglas de la democracia —los universales procedimentales bobbianos—² operan en contextos en los que los derechos no están garantiza-

¹ Bobbio, N., *El tercero ausente*, Madrid, Cátedra, 1997.

² Los “universales procedimentales”, como sabemos, según Norberto Bobbio, son: 1) Todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad sin distinción de raza, religión, condición económica, sexo, etcétera, deben gozar de los derechos políticos, o sea, del derecho de manifestar a través del voto su opinión y/o de elegir quien la exprese por ellos; 2) el sufragio de cada ciudadano debe tener un peso igual al de los demás (debe contar por uno); 3) todos los ciudadanos que gocen de los derechos políticos deben ser libres de votar de

dos, decimos que se trata de “democracias aparentes”.³ Por lo mismo, resulta atinado afirmar que uno de los riesgos que enfrentan las democracias de nuestros días proviene de la desprotección de los derechos —humanos o fundamentales—⁴ que le ofrecen sustento.

Es importante precisar que esa falta de garantía no se traduce inmediatamente en una violación activa de los derechos por parte del poder público, sino que, en múltiples circunstancias, se materializa mediante omisiones estatales que generan contextos en los que los derechos son vulnerados por otros actores. Desde esta perspectiva, se puede afirmar que pueden existir *situaciones de desprotección* de los derechos humanos que no coinciden con su violación directa. Los Estados que pretenden ser democráticos suelen reconocer un amplio catálogo de derechos humanos o fundamentales en sus Constituciones (o documentos normativos equivalentes), pero ello no implica que las leyes secundarias y, sobre todo, las políticas públicas estén orientadas a brindar garantías efectivas a los mismos. Así las cosas, aunque se encuentren constitucionalmente reconocidos, los derechos pueden encontrarse políticamente desprotegidos. En ese supuesto nos encontramos, como sostiene Riccardo Guastini, ante “derechos de papel”.

Esta situación provoca situaciones en las que el carácter de “aparientia” trasciende a la democracia y alcanza al constitucionalismo. Existen Estados que son *aparentemente* democrático-constitucionales, porque, aunque las instituciones de este modelo de organización político-estatal se encuentran formalmente vigentes, operan en contextos marcados por la desigualdad, la discriminación, la arbitrariedad, la opresión, etcétera. Si pensamos

acuerdo con su propia opinión formada libremente, es decir, en el contexto de una competencia *libre* entre grupos políticos organizados; 4) los ciudadanos deben ser libres también en el sentido de que han de ser puestos en condición de seleccionar entre opciones diferentes; 5) tanto para las decisiones colectivas como para las elecciones de representantes vale la regla de la mayoría numérica; 6) ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría (en particular el derecho de convertirse, en paridad de circunstancias, en mayoría). Cfr. Bobbio, N., *Teoría general de la política*, Turín, Einaudi, 1999, p. 381. En el mismo sentido, aunque con algunas diferencias más o menos relevantes, otros autores, como Giovanni Sartori o Robert Dahl, han enlistado las reglas y/o instituciones que, desde su perspectiva, caracterizan a la democracia moderna. Cfr. Sartori, G., *Partidos y sistemas de partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1988; Dahl, R., *Los dilemas del pluralismo democrático, autonomía versus control*, México, Conaculta y Alianza Editorial, 1991.

³ Se trata de otra expresión acuñada por Bovero.

⁴ El tema de la terminología de los derechos es teóricamente interesante, pero en la práctica ha sido superado por la dinámica de los ordenamientos jurídicos comparados. Desde mi perspectiva, el concepto de derechos fundamentales es el que mejor se adhiere al constitucionalismo contemporáneo, pero múltiples constituciones e instrumentos internacionales han adoptado el de derechos humanos.

en los países de América Latina, encontraremos múltiples casos de esta simulación. De hecho, hace algunos años el programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) advertía que los Estados latinoamericanos tendrían que sortear un desafío inédito de cara al siglo XXI, que consistía en conjugar su democratización con la desigualdad y la pobreza que los caracteriza. A ello habría que agregarle la consolidación de una cultura clientelar y del privilegio. Hoy sabemos que el reto no ha sido sorteado de forma promisoría.

Sin embargo, también cierto que, al menos desde la década de los años noventa del siglo XX, prácticamente todos los países latinoamericanos adoptaron Constituciones democráticas que recogen múltiples derechos humanos. Con la excepción de Cuba, en la región se plasmaron las instituciones democráticas —competencia, partidos y elecciones— en documentos constitucionales que también reconocen amplios catálogos de derechos. Algunos países siguieron el modelo democrático constitucional europeo de posguerra (como en el caso de Colombia y México); otros adoptaron diseños constitucionales originales con rasgos autóctonos que han dado lugar al llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (Venezuela, Bolivia y Ecuador, fundamentalmente), y unos más asumieron diseños intermedios (como Brasil o Argentina), pero lo cierto es que todos colocaron a los derechos humanos o fundamentales como eje de su proyecto institucional.

Desde una perspectiva simbólica, se trata sin duda de una buena noticia, pero en los hechos la región sigue siendo tierra de privilegios y feudo de clientelas. La ola del constitucionalismo democrático llegó a las normas, pero no ha impactado en la realidad. Por diferentes razones y mediante procesos que no es posible conjuntar sin incurrir en simplificaciones inadmisibles, en general, en América Latina, los derechos sirven como moneda de cambio en las transacciones políticas, como fórmulas discursivas utilizadas retóricamente desde el poder y como promesas institucionalizadas, que al no materializarse van perdiendo legitimidad o mutan de significado. Esto último es palpable, sobre todo en los documentos constitucionales de los países del “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, que, por una parte, recogen una cantidad ingente de derechos y a la vez, desde el “cuarto de máquinas”⁵ de las propias Constituciones, articulan arreglos institucionales autocráticos (que, paradójicamente, se envuelven desde las plazas con una retórica de democracia radical). De ahí que lo que predomine sean los presidencialismos extremos y la retórica de los derechos.

⁵ La metáfora es de Roberto Gargarella. Sobre estos temas, *cf.* Salazar, P., *Política y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos latinoamericanos*, México, Fontamara, 2013.

II

Para eludir la retórica de los derechos, cuando hablamos de los mismos y de sus garantías, es útil recuperar algunas premisas que ofrece la teoría jurídica. Sintetizo algunas de las más relevantes relacionadas, primero, con el concepto: *a*) una cosa es “el derecho” (*the law*) y otra “un derecho subjetivo” (*a right*);⁶ *b*) los derechos subjetivos adquieren su significado en el ámbito del derecho; *c*) no todos los derechos subjetivos son “derechos fundamentales”; *d*) pero todos los derechos fundamentales son derechos subjetivos; *e*) los derechos fundamentales y los “derechos humanos” son equivalentes; *f*) los derechos subjetivos son expectativas (a recibir prestaciones o a que no se nos causen lesiones); *g*) dichas expectativas, para ser derechos subjetivos, deben estar jurídicamente sustentadas, y *h*) los derechos fundamentales suelen estar en las Constituciones, pero también pueden encontrarse en otros documentos (por ejemplo, en un tratado internacional o en una ley secundaria).

Si pensamos ahora en las garantías, el elenco continúa con las siguientes premisas: *i*) la garantía de un derecho es la obligación que el ordenamiento impone a un sujeto determinado; *j*) esa obligación es el contenido del derecho; *k*) el sujeto obligado puede ser el Estado o un sujeto particular; *l*) en el caso de los derechos fundamentales el sujeto obligado suele ser —aunque no necesariamente es— el Estado; *m*) existen derechos sin garantías [lo que se traduce en una obligación para el legislador, que debe crearlas];⁷ *n*) los derechos pueden entrar en colisión con otros derechos o con otros principios relevantes del ordenamiento; *o*) cuando esto sucede es necesario echar mano de técnicas de interpretación y de argumentación jurídica; *p*) los sujetos obligados en ocasiones incumplen su obligación; *q*) la labor de interpretar y velar por el cumplimiento de los derechos corresponde a los órganos garantes; *r*) estos órganos constituyen las “garantías secundarias” de los derechos y vigilan a los sujetos obligados, y *s*) los jueces son los órganos garantes en última instancia.

Podría objetarse que se trata de una construcción teórica proveniente del ámbito jurídico y que, en esa medida, simplifica las cosas, ignorando que los derechos humanos son constructos sociales con implicaciones políticas y económicas. Sin embargo, si se observa con atención, el sentido de esas premisas trasciende al ámbito del derecho e incide en otras dimensiones.

⁶ Guastini, R., *Distinguendo*, Turín, Giappichelli, 1996.

⁷ Esta tesis, al igual que la mayoría de las premisas expuestas, proviene de la teoría garantista de Luigi Ferrajoli sobre los derechos fundamentales. Cfr. Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007. Existe una traducción al castellano (Trotta, 2010).

Al sostener que los derechos se encuentran recogidos en normas, que son obligaciones para el Estado, que requieren de garantías institucionales, etcétera, se evoca su carácter multidimensional. Esta es una conclusión ineludible, porque, para convertirse en realidades, los derechos demandan acciones complejas; algunas de las cuales, en los hechos, incluso trascienden al Estado e involucran a la sociedad. En lo que sigue argumentaré que la cultura, en general y, en particular, la cultura de los juristas es un factor relevante en este terreno. Subrayaré, sobre todo, el papel que tiene el Poder Judicial como garante institucional último de los derechos humanos o fundamentales.

III

No pienso que los jueces por sí solos puedan ofrecer garantías plenas a los derechos ni creo que estos demanden únicamente una protección jurídica o jurisdiccional. Ya he advertido que, en realidad, los derechos como fenómenos complejos requieren de garantías políticas, económicas e incluso sociales. Necesitan, además, de un contexto cultural que les ofrezca sustento. Sin embargo, también es cierto que la función judicial es clave en los Estados constitucionales para superar conflictos de manera pacífica y para procesar reclamos de manera institucional. Cuando pensamos en los derechos humanos nos encontramos con que los jueces son los responsables de canalizar las demandas de las personas hacia los diferentes poderes del Estado y de garantizar que las mismas sean atendidas. Si esta función falla, los reclamos legítimos quedan insatisfechos, y el entramado institucional en su conjunto comienza a perder legitimidad. En esa medida, los jueces, al ser la garantía última de los derechos, también son garantes del sistema democrático constitucional en su conjunto.

Por eso es tan relevante el tema de la independencia judicial. Un atributo que debe distinguir a todos los jueces ante todos los poderes. A los juzgadores les corresponde colocarse del lado de los derechos y oponer las normas constitucionales a los poderes públicos y privados, que, en su tendencia a la concentración y a la extralimitación jurídica, tienden a vulnerarlos. Su misión es estratégica, porque, como sostenía McIlwain: “La única institución esencial para defender el derecho siempre ha sido y todavía es un poder judicial honesto, hábil, preparado e independiente”.⁸ Al realizar esta tarea —es importante advertirlo—, los jueces operan desde el derecho, pero realizan una actividad que conlleva una dimensión política. Esto es inevita-

⁸ MacIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Nueva York, Cornell University Press, 1947.

ble dadas las características de los ordenamientos constitucionales contemporáneos y el papel que les toca a los jueces como garantes de los mismos. Incluso Hans Kelsen, en su *Teoría pura del derecho*, advertía esta politización ineludible de la justicia:

La pregunta de cuál sea la posibilidad ‘correcta’ en el marco del derecho aplicable —decía Kelsen—, no es ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórico-jurídica, sino que es un problema político. La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, en lo esencial, la misma que la de crear, dentro el marco constitucional, la única ley correcta.⁹

Detrás de esta advertencia se encuentra la premisa bobbiana de que el poder y el derecho son las dos caras de una misma moneda. Cuando se trata de la labor jurisdiccional, esta implicación recíproca emerge con claridad. Ello, sobre todo, cuando las decisiones de los jueces —en particular de los llamados jueces constitucionales— tienen que ver con la garantía de los derechos humanos o fundamentales. Al buscar la mejor solución para un dilema jurídico que involucra derechos, los jueces tienen que optar entre soluciones posibles alternativas, y al decidir, además, deben tener presente que provocarán consecuencias que trascienden al ámbito estrictamente jurídico, y que tendrán implicaciones políticas, económicas, sociales. Por eso es importante garantizar que los juzgadores, además de ser técnicamente diestros en cuestiones legales, tengan un bagaje cultural comprometido con la agenda de los derechos y de la democracia.

En virtud de que la garantía efectiva de los derechos constituye una precondición de la democracia, y dado que los jueces son los garantes últimos de los primeros, entonces, esta forma de gobierno depende en una medida considerable de la cultura y de la acción judiciales. La ignorancia, la negligencia o la oposición ideológica de algunos jueces hacia la agenda de los derechos humanos representa un riesgo para la democracia.

IV

La ignorancia de lo que son los derechos y de cuál es su importancia, en contubernio con la oposición ideológica abierta por parte de actores sociales relevantes (líderes de opinión, intelectuales, juristas) hacia estos, son factores que desfondan a las democracias constitucionales. Se trata de enemigos silenciosos de la agenda de los derechos y de sus garantías que generan

⁹ Kelsen, H., *La teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1982, p. 353.

contextos proclives a las regresiones autoritarias. Por eso, cuando hablamos de los derechos humanos, es importante tomar en consideración también los factores culturales que definen las coordenadas axiológicas dominantes. Después de todo, las sociedades políticas tienen una moral positiva que interacciona con la moral individual de los miembros que las componen.¹⁰

Ambos tipos de moral —positiva e individual— son contingentes y están históricamente determinadas, por lo que inciden una sobre las otras y se redefinen de manera recíproca y simultánea. Si los principios y valores concretos que dotan de contenido a los derechos humanos (autonomía, dignidad, libertad, igualdad, básicamente) forman parte de la moral positiva de la sociedad, es muy probable que también formen parte del acervo axiológico de muchas personas, y lo mismo vale en la dirección opuesta: si las personas hacen suya y promueven la agenda de los derechos, seguramente esta se afirmara como un punto de referencia moral compartido. Pero lo contrario también es posible y, por desgracia, frecuente. La ignorancia o el abierto desprecio hacia los principios y valores que se articulan en clave de derechos suelen colonizar —devaluándola— la moral positiva de muchas sociedades, y en ese proceso inciden y se refuerzan las morales individuales.

En el difícil proceso de construcción de una cultura de los derechos resulta fundamental la socialización y difusión de las razones que dotan de sustento y sentido a los derechos humanos, y, en paralelo, es necesario combatir con la ayuda de la historia y la fuerza de los argumentos a los detractores y enemigos de los mismos. En esa gesta intelectual y política se disputa en buena medida la disyuntiva que separa a la democracia de las múltiples opciones autocráticas. O, en otros términos, pero con igual sentido, está en juego la afirmación de la libertad frente al autoritarismo. Los jueces, al menos desde la perspectiva institucional, son actores estelares en el destino de este proceso. Ello, en particular, en los Estados que han delegado en sus manos la función última de garantía de los derechos humanos. Las sentencias —sobre todo de los jueces constitucionales—, además de resolver litigios concretos, tienen una función pedagógica, que incide en la moral positiva de un tiempo histórico determinado.

En cierta medida, así como la politización de la justicia es ineludible y contraria a las pretensiones de las teorías formalistas, como el positivismo clásico, los jueces constitucionales también deciden echando mano de sus convicciones personales. Esta es una tesis desarrollada por distintas aproximaciones teóricas al fenómeno jurídico —destacadamente el realismo, pero también desde otros enfoques que abrevan de las ciencias sociales— que

¹⁰ Sobre este tema, *cf.* Pozzolo, S., “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 187-210.

no puede ignorarse. Tanto menos en contextos normativos como los de las democracias constitucionales en los que los derechos están recogidos a través de principios abstractos susceptibles de múltiples interpretaciones: igualdad, dignidad, libertad, autonomía, etcétera. Esto supone que los jueces, al momento de resolver los casos concretos, cuentan con un margen de apreciación que conlleva una cuota de discrecionalidad inevitable. Por lo mismo, al momento de emitir una sentencia, tendrá un peso relevante la moral individual de los juzgadores. Sobre todo, obviamente, si la decisión versa sobre cuestiones controvertidas.

Por ejemplo, la distancia que separa a la sentencia *Dred Scott* versus *Sandford*¹¹ probablemente la más lamentable decisión de la Corte Norteamericana en más de un siglo— de la sentencia *Brown* versus *Board of Education*,¹² encapsula el paso de una sociedad esclavista a una sociedad dispuesta a dar la batalla en contra de la discriminación racial. En América Latina sucede algo similar, por ejemplo, cuando pensamos en la sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el caso “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos vs. Chile)”¹³ y ubicamos la decisión en el cambio

¹¹ El protagonista de este caso, Dred Scott, era un esclavo que —después de un largo proceso judicial— elevó a la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos dos peticiones fundamentales: su libertad y el reconocimiento de su calidad de ciudadano de ese país. El 6 de marzo de 1856 se hizo pública la sentencia de la Corte que, por amplia mayoría y siguiendo la línea argumentativa planteada por su presidente, el *justice* Taney, concluyó, básicamente, que: a) las personas de color, aunque fueran libres, no puedan ni podrán obtener la ciudadanía estadounidense; b) Scott debía seguir siendo esclavo aunque hubiera vivido temporalmente en un estado que había abolido la esclavitud (Illinois); c) su situación jurídica dependía de la legislación del Estado en el que entonces vivía (Missouri). Algunos estudiosos han considerado que esta decisión fue uno de los muchos factores que propiciaron la guerra civil. Cfr. Beltrán de Felipe, M. y González García, J., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, 2005.

¹² Se trata de una de las sentencias más conocidas y celebradas de las emitidas por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el siglo XX. Linda Brown era una niña negra que tenía que caminar varios kilómetros para llegar a la escuela; ello a pesar de que existía un colegio a pocas cuadras de su casa. El problema era que este último era un colegio para niños blancos. Su caso, entre otros similares —que quedarían simbólicamente representados por el “caso Brown”— llegó a la Corte en 1955 y provocó una decisión histórica, que terminó con la segregación racial en las escuelas americanas. Gracias a este asunto, la “Corte Warren” superó el paradigma “igual, pero separado”, dominante hasta entonces, y lo sustituyó por un paradigma verdaderamente igualitario.

¹³ La sentencia de la Corte Interamericana conocida como “La Última Tentación de Cristo” es relevante, por varias razones. En primer lugar, porque versa sobre un caso de censura y libertad de expresión, porque las autoridades chilenas —el Consejo de Calificación Cinematográfica, primero, y el Poder Judicial, después— habían prohibido en 1988 la difusión de la película con ese nombre. En segundo lugar, porque se trató de un caso acaecido al cabo de la dictadura de Augusto Pinochet, y, por lo mismo, en pleno proceso de transición

de paradigma constitucional que acompañó al paso de las dictadoras hacia las democracias electorales en la región. Gracias a las decisiones de esa instancia jurisdiccional de carácter internacional algunos estudiosos empiezan a hablar de la creación de un “corpus iuris interamericano”, que supondría, precisamente, un cambio en la cultura jurídica de la región orientada por los derechos humanos. Una transformación de la moral positiva dominante.

Recientemente, en México, por ejemplo, sucede algo similar cuando se menciona la sentencia de esa misma Corte en el caso “Rosendo Radilla *vs.* México”,¹⁴ y su aterrizaje nacional en el expediente Varios 912/2010, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹⁵ En esos documento está contenida la tendencia —que no logra imponerse pero se mantiene firme— hacia la apertura de la agenda de los derechos desde los ordenamientos nacionales al circuito internacional con la ampliación de derechos y garantías que la misma conlleva. Para algunos —como mostraré al final de este ensayo—, esas decisiones están representando todo un cambio de paradigma cultural desde el nacionalismo soberano de los poderes hacia el universalismo garantista de los derechos. Si esta tendencia lograra consolidarse, se trataría de una transformación cultural impulsada por las cortes en clave garantista.

V

Es un hecho sabido que a los derechos humanos los amenazan y los vulneran los poderes. Tradicionalmente el Estado —dentro del que se cuenta y

democrática en Chile. Finalmente, porque la Corte IDH, en 1997 condenó al Estado chileno, entre otras medidas, a modificar su legislación —reformando su Constitución y las leyes correspondientes— para garantizar la libertad de pensamiento y de expresión en el país.

¹⁴ La sentencia al caso “Rosendo Radilla *vs.* México” fue la primera resolución condenatoria al Estado mexicano emitida por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Al comprobar la desaparición forzada del señor Radilla, un militante político de izquierda en los años setenta del siglo XX, por el ejército mexicano, los jueces de la Corte IDH ordenaron, entre otras medidas, reformar la legislación vigente para terminar con el fuero militar, buscar el cuerpo del señor Radilla, indemnizar a sus familiares, realizar un acto de reconocimiento y disculpa públicos. El caso también fue relevante porque sentó las bases para que los jueces mexicanos llevaran a cabo el llamado “control de convencionalidad” y ajustaran sus interpretaciones a las emitidas por la propia Corte IDH.

¹⁵ Se trata del posicionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana frente a la sentencia de la Corte IDH al caso Radilla. Después de intensas discusiones entre sus integrantes —aun no solventadas del todo—, una mayoría de ministros determinó que las resoluciones de esa corte internacional son vinculatorias para todos los poderes en México y que los jueces nacionales sí están obligados a llevar a cabo un “control de convencionalidad” a partir de la Convención Americana y las interpretaciones que hace de la misma la Corte IDH.

se encuentra al propio Poder Judicial— que durante siglos ha sido la entidad causante de torturas, censuras, discriminaciones, desapariciones, etcétera. Pero también, como la teoría contemporánea ha venido afirmando, las organizaciones privadas poderosas. Esos que Ferrajoli llama los *poderes salvajes*, y que suelen crecer de la mano del dinero y del control ideológico o mediático. Legales o ilegales que estos sean, todos los poderes, potencialmente constituyen una amenaza para los derechos de millones de personas en todo el mundo. Esto se comprende con mayor facilidad si recordamos que el trabajo, la alimentación, la vivienda, la educación, el medio ambiente sano, entre otros, también son derechos humanos. Así que no solo se trata de evitar violaciones a las libertades o a la integridad personal, sino también de crear normas e instituciones que salvaguarden a los derechos sociales.

De hecho, las Constituciones contemporáneas advierten que es una obligación de todos los poderes del Estado promover, respetar, proteger y garantizar todos los derechos. Se trata de un reto mayúsculo, que coloca a los Estados democráticos en una situación difícil. Por un lado deben diseñar instituciones e implementar políticas que inhiban las violaciones a los derechos que provienen del propio poder estatal y, por el otro, deben impedir las violaciones provocadas por los poderes privados. Solo así se logra evitar que los ciudadanos se conviertan en súbditos y las personas en clientes. De nuevo emerge una disputa cultural, porque la cultura de los derechos es la opuesta a la cultura del poder. El problema es que esta última es en sí misma muy poderosa y responde a una lógica de acumulación y concentración difícil de revertir. Pensando precisamente en la vocación del poder hacia la concentración, Michelangelo Bovero recuerda la siguiente idea de Thomas Hobbes:

El poder de un hombre... viene determinado por sus medios actuales para obtener algún bien futuro aparente. Y es original o instrumental. El poder natural es la eminencia de las facultades corporales o mentales, como extraordinaria fuerza, belleza, prudencia; artes, elocuencia, liberalidad, nobleza. Son instrumentales los poderes que, adquiridos por los anteriores o por la fortuna, constituyen medios e instrumentos para adquirir más bienes: riquezas, reputación, amigos y aquel secreto obrar de los dioses que los hombres llaman buena suerte. Porque la naturaleza del poder es en este punto como la fama, creciente, según procede... El mayor de los poderes humanos es el compuesto por los poderes de la mayoría de los hombres unificados en una persona por consentimiento... tal como acontece con el poder de un Estado. Igualmente pasa con el poder de una facción, o de diversas facciones aliadas. En consecuencia, tener siervos es poder; tener amigos es poder. Porque se trata de fuerzas unidas. También las riquezas... son poder porque procuran amigos y

siervos... La reputación de poder es poder, porque trae con ella la adhesión de quienes necesitan protección.

Sobre esta base, el propio Bovero señala lo siguiente: “Yo no creo que haya cambiado radicalmente la sustancia del poder”.¹⁶ No lo creo, prosigue, porque “cuanto más sofisticados y eficaces son los medios tanto más grande y peligroso resulta el poder. También por esto el problema del poder y de sus formas en la sociedad contemporánea se presenta mucho más complejo de lo que pudiera aparecer a los ojos de Hobbes”.¹⁷ Para Bovero, la confirmación de esta tendencia no depende de una conjetura teórica, sino de una realidad que tenemos delante de los ojos: la confusión entre “soberanía y propiedad, entre poder político y poder económico, entre relaciones públicas y relaciones privadas (típicas entre éstas las formas del clientelismo, para no decir más acerca del tejido entre corrupción y extorsión erigido como sistema)”.¹⁸

Se trata de una tendencia, remata Bovero, que algunos llaman neopatrimonial, y que en los últimos años ha adoptado “formas inéditas, ampliamente inesperadas y en algunos casos asombrosas, hasta la sobreposición manifiesta de las dos esferas, la económica y la política, y la identificación personal de los poderes correspondientes”.¹⁹ Bovero piensa en su país, Italia, pero arroja una advertencia con vigencia universal: “aún más inédito... es el caso de la confusión entre el poder político y un poder económico que coincide materialmente con el control de relevantes medios de información y de persuasión, esto es, con una forma de poder ideológico”.²⁰ Esta amalgama y confusión entre poderes constituye la principal amenaza para los derechos en el mundo contemporáneo, porque la concentración del poder, como advertía Montesquieu (pensando en principio en el poder político), se traduce en la pérdida de la libertad.

Esta transformación que conduce a la kakistocracia —al gobierno de los peores, según el neologismo acuñado por el propio Bovero— se acompaña por un proceso de degeneración cultural. La moral positiva del neopatrimonialismo es la del privilegio, el clientelismo, la discriminación y las desigualdades. Una fórmula que, en los hechos, opera mediante la consolidación de “caudillismos posmodernos” encumbrados por “siervos conten-

¹⁶ Bovero, M., *Los desafíos actuales de la democracia*, México, Instituto Federal Electoral, en http://www.ife.org.mx/documentos/DECEYEC/Los_desafios_actuales.htm.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

tos” —remata el filósofo de Turín—. Nada qué ver con la agenda axiológica y programática de los derechos humanos o fundamentales. Así que el reto para los garantes de los mismos —dentro de los cuales destacan los jueces— se redobra. La independencia judicial frente a los diferentes poderes se confirma como una medida estratégica para salvaguardar la agenda de los derechos y, a través de ésta, para la democracia misma.

Ello es particularmente relevante cuando, como remata Bovero, los poderes se funden y se confunden con potencial lesivo sin precedentes dado el desarrollo tecnológico, la globalización y los modelos económicos dominantes. El caso de Italia —que él tiene en mente— es ilustrativo, porque constituye un laboratorio perfecto de estos procesos, pero de alguna manera también lo es para comprender la relevancia del Poder Judicial. Una de las razones por las que la democracia en ese país no ha desaparecido del todo —a pesar el berlusconismo, que ha desfondado y la vaciado de contenido mediante una operación política, económica y cultural nunca antes vista— es la subsistencia de algunas instituciones de garantía que resisten y subsisten. La principal de ellas ha sido una magistratura independiente. Italia no ha degenerado en una dictadura, entre otras razones, porque existen jueces todavía dispuestos y capaces de defender la Constitución y de encarar al contubernio de los poderes.²¹

VI

La amenaza desde el poder (mejor dicho, desde los poderes) engarza con la amenaza desde la cultura. Si las personas ignoran la importancia y el significado de los derechos, terminan abonando el terreno de quienes desprecian deliberada e intencionadamente estos bienes fundamentales. En este ámbito, la ignorancia y la indolencia son aliados silenciosos de las ideologías y los intereses iliberales y autoritarios. Y también lo son las estrategias discursivas y políticas que dicen estar a favor de los derechos, pero en realidad cultivan contextos normativos e institucionales en los que los derechos

²¹ Un ejemplo elocuente es la condena a siete años de prisión y la veda definitiva para ejercer cargos públicos que las juezas de Milán, Giulia Turri, Orsola De Cristofaro y Carmen D’Elia impusieron a Berlusconi el 24 de junio de 2013. La sentencia por corrupción de menores y abuso de autoridad llegó a pesar de múltiple presiones desde el poder a la judicatura. El propio Berlusconi declaró que la decisión: “Han pronunciado una sentencia increíble, de una violencia que no se había visto hasta ahora, para eliminarme de la vida política de este país”. En solidaridad con el condenado, el vicepremier del gobierno, Angelino Alfano, aliado político de Berlusconi, hizo público que “Llamó a Berlusconi para manifestarle la más profunda amargura y el inmenso dolor”.

se convierten en fórmulas vacías o en cláusulas retóricas. Esta estrategia, por lo menos en Latinoamérica, es típica de algunos regímenes de corte populista que conciben a la democracia como un proyecto político mayoritario y sectario que se articula sobre una retórica constitucional inspirada en el discurso de los derechos, pero que funciona orientada por la lógica de las clientelas.

En los países que han adoptado esa forma de organización política se ha gestado una política adversa a los poderes judiciales y a los controles que estos imponen, en particular sobre el Poder Ejecutivo. Bajo el argumento de que la división de los poderes es una institución liberal y arcaica que debilita al Estado y obstaculiza la realización de los proyectos progresistas que los gobiernos en turno impulsan, en países como Venezuela, Ecuador, Bolivia, Nicaragua, los poderes judiciales —en particular la justicia constitucional— han sido desmantelados, controlados o cooptados por la política.

En algunos casos esta operación se ha construido desde la Constitución —por ejemplo, mediante la elección directa de los miembros de las cortes por parte de los ciudadanos— y en otros a través de acciones políticas —por ejemplo, reduciendo o ampliando el número de integrantes de las cortes para favorecer los intereses del gobierno en turno—. De esta manera, por una ruta u otra, la independencia judicial ha sido neutralizada desde el poder político. Lo interesante es que, no siempre sin razón, esta operación con frecuencia hace leva en la presunta dependencia de los jueces a los poderes privados. Los gobiernos alegan que el Poder Judicial responde a intereses espurios de actores privados poderosos que se oponen al cambio progresista —grupos económicos, corporativos mediáticos, etcétera— y, por lo mismo, ante dicha dependencia, deciden controlarlos. Por donde quiera que se mire, el resultado de la ecuación es el mismo: nula independencia judicial.

Ciertamente, esto no vale para todos los países de la región, porque existen casos como el de Colombia, en donde existe un Tribunal Constitucional que se ha convertido en un punto de referencia internacional,²² pero la tendencia hacia la politización de la justicia está latente. En Argentina, por ejemplo, en junio de 2013, la Suprema Corte declaró inconstitucional una ley impulsada por el gobierno para que la elección de los miembros del Consejo de la Magistratura fuera mediante el voto popular, con lo que el gobierno pretendía controlar al aparato judicial. La respuesta desde el Poder Ejecutivo fue virulenta. La presidenta Cristina Fernández amagó a la justicia con declaraciones públicas, como las siguientes:

²² Si bien existe alguna polémica en torno a los alcances que los jueces de ese país le han dado a la garantía de algunos derechos sociales, se trata de un Tribunal Constitucional independiente y técnicamente muy sólido.

Es tan maravilloso creer que la voluntad popular está por encima de cualquier otro poder, que me cuesta que en este siglo XXI, en este tercer centenario de la República, estén impidiendo a los argentinos votar.

Cualquiera tiene derecho a preguntarse si hubo malos gobiernos. Podemos decirlo eso en tiempos donde los argentinos no teníamos el derecho a votar y nos imponían el yugo de las dictaduras. Pero los argentinos podemos votar y elegir libremente, al menos dos de nuestros poderes, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.²³

Semanas más tarde, al celebrar el día de la Independencia (el 9 de julio), remató su posicionamiento mostrando la tesis de la supuesta (¿o real?) dependencia de la justicia al poder económico:

Ya democratizamos al Ejecutivo y al Legislativo... Nos falta la otra reforma, la que queremos hacer, la de la Justicia... Qué nadie me venga a hablar de seguridad si antes no me habla de reformar la Justicia.

Que la justicia no dependa de plata que le ponen... No se puede tener independencia de los intereses de la Nación y del pueblo.

Estas y otras declaraciones —que trazan una estrategia y encierran un proyecto ya implementado en los países que han sido mencionados— fueron acompañadas de fuertes críticas y amenazas veladas a los jueces constitucionales. Se trata de un buen ejemplo que encapsula el sentido y también las dificultades que conlleva la independencia judicial. No sobra hacer explícito que el constitucionalismo democrático está siendo desmantelado en estos países y ha sido sustituido por una forma de populismo que echa mano de la retórica de los derechos para legitimar la concentración del poder en sede ejecutiva.²⁴

VII

En México, la transición democrática se procesó e impactó sobre todo en el ámbito legislativo y ejecutivo. Sin embargo, a la par de ese proceso de transformación política se fue gestando también una evolución de la justicia que, al menos en el ámbito federal, se ha traducido en mayor independencia de los jueces ante los poderes del Estado. En particular, la Suprema Corte

²³ Ambas declaraciones provienen del discurso realizado en el marco del aniversario de la Constitución (21/06/13), y pueden consultarse en la cuenta de *twitter* de la presidenta argentina.

²⁴ Salazar, P., *Política y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos latinoamericanos*, México, Fontamara, 2013. En particular los caps. I y II.

de Justicia de la Nación —que es a la vez tribunal de casación y tribunal constitucional— ha visto fortalecido su rol institucional como entidad garante de la Constitución. En este sentido, es posible afirmar que la tendencia en México se orienta venturosamente más hacia el modelo colombiano que hacia los ejemplos populistas. Sin embargo, los rezagos y desafíos siguen siendo importantes. No solo porque lo que vale para la Suprema Corte no puede decirse de las instancias judiciales inferiores, sino, sobre todo, porque la justicia local —que es la que queda más cerca de los ciudadanos— sigue dependiendo políticamente de los gobernadores y es sumamente deficiente desde el punto de vista técnico. Por lo mismo, desde una perspectiva integral, el fortalecimiento de la justicia sigue siendo un reto pendiente en el país.

Al desafío que supone el fortalecimiento institucional de la justicia —mayor independencia y mejores capacidades— debemos agregarle el reto cultural. Los jueces en México no terminan de adoptar el lenguaje de los derechos y no asumen su responsabilidad como garantes de los mimos. Ello, como ya se ha argumentado, inhibe la consolidación de la democracia constitucional en el país. No obstante, en el tercer lustro del siglo XXI se vive una coyuntura excepcional, que podría detonar una transformación alentadora para esa forma de gobierno. El factor determinante es la reforma constitucional en la materia de derechos humanos, que fue aprobada en junio de 2011, y que abre las puertas para una nueva dinámica judicial orientada en clave garantista. A continuación describiré las coordenadas generales de esa modificación constitucional, y para finalizar daré cuenta de la disputa cultural que la misma ha desencadenado. Una verdadera disputa por los derechos.

VIII

Los alcances potenciales de la Constitución de 2011 en materia de derechos humanos emergen de cinco ejes estratégicos: *a*) la ampliación del conjunto de derechos humanos; *b*) el ensanchamiento de la titularidad de los derechos; *c*) la especificación de las obligaciones de las autoridades; *d*) el fortalecimiento de las instituciones de protección (jurisdiccionales y no jurisdiccionales), y *e*) el énfasis en la protección de los derechos desde las políticas públicas.²⁵ En particular, el artículo 1o. de la Constitución, que conviene

²⁵ Tomo esta idea de los comentarios expuestos por Alan García en el Seminario sobre la Reforma de Derechos Humanos organizado por la SCJN en diversas sedes nacionales el 23 de septiembre de 2011. El profesor García participó junto con el autor de esta columna en la Casa de la Cultura Jurídica de León, Guanajuato.

citar en extenso, traza las coordenadas de lo que algunos hemos llamado “un nuevo paradigma constitucional”:²⁶

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.

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.

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.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

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.

Para los efectos que nos interesan en este trabajo, vale la pena resaltar las siguientes piezas constitucionales (que en su mayoría son verdaderas novedades) incluidas en la disposición: *a*) los derechos son llamados por su nombre y no “garantías individuales”, como lo hacía la redacción precedente; *b*) se establece que los derechos son *reconocidos*, y no *otorgados*, como sucedía anteriormente;²⁷ *c*) se amplía la base normativa en la que se recogen los derechos con la incorporación expresa de los tratados internacionales en la materia (a esta determinación se le conoce como “bloque de constitucionalidad”); *d*) con lo anterior, en principio, cambia la jerarquía normativa en México, lo que se complementa con el llamado principio pro persona (la interpretación en la materia deberá hacerse “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”); *e*) dicho principio se complementa con una interpretación “de conformidad” con la propia Constitución y los

²⁶ Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.), *La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2011.

²⁷ Esta decisión conlleva un enfoque de talante iusnaturalista, que merece ser advertido.

tratados; f) el Estado —todas sus autoridades— tiene obligaciones específicas y responsabilidades concretas que están vinculadas con los principios que caracterizan a los derechos humanos, y g) ello en adición a las prohibiciones de la esclavitud y de la discriminación que ya existían desde antes.

Los alcances de esta transformación son objeto de disputa en el foro, la academia y, sobre todo, en la judicatura. Dadas las premisas que han sido desarrolladas en este trabajo, lo que está en juego no es de poca monta, así que merece la pena documentar algunas de las posiciones que actores relevantes han externado sobre esta reforma y sus alcances. Ello, con la finalidad de trazar los ejes de los retos inmediatos en esta materia estratégica.

IX

No me parece exagerado sostener que actualmente en México, al menos en el ámbito de la comunidad jurídica, se encuentra en disputa la moral positiva de la sociedad mexicana en torno a los derechos humanos o fundamentales. Por un lado existen voces que subrayan la importancia de las nuevas normas constitucionales y su potencial transformador, y, en contrapartida, actores relevantes minimizan los cambios, promueven reformas regresivas o proponen interpretaciones restrictivas. A continuación intercalaré las voces de algunos abogados, juristas y jueces constitucionales que ofrecen un fresco de esta relevante discusión.

Ante la pregunta realizada por la revista *El Mundo del Abogado*, “¿Cómo estamos en materia jurídica en México?”, Luis Robles Miaja, presidente del Consejo de Administración de BBVA Bancomer, uno de los bancos más grandes de México y parte de un grupo financiero internacional, respondió, en mayo de 2003, lo siguiente:

Hay un tema que me preocupa como miembro de la industria bancaria pero más como ciudadano y abogado: la implementación que se está haciendo de la reforma de derechos humanos... Estamos abriendo la caja de Pandora. Para empezar nadie sabe cuántos derechos humanos hay... A eso súmale el tipo de redacción política que abunda en la materia y te darás cuenta de que estamos en graves problemas. Para darte un ejemplo: hay un gran proyecto de infraestructura, una termoeléctrica: miles de empleos. Te llega un grupo que busca extorsionarte y no le haces caso. Le piden a un juez estatal que detenga la construcción basándose en una interpretación *mala fide* del Pacto de san José de Costa Rica, ¡y el juez suspende la obra por dos años!²⁸

²⁸ Robles Miaja, Luis, “Con la reforma de derechos humanos, estamos abriendo la caja de Pandora”, entrevista en *El Mundo del Abogado*, México, mayo de 2013, p. 17.

En el mismo sentido, el abogado Fernando Gómez Mont, profesor de la Escuela Libre de Derecho y secretario de Gobernación durante el gobierno de Felipe Calderón, precisamente cuando la reforma fue aprobada, en diversos foros académicos ha sostenido que hablar de un nuevo paradigma constitucional “es una pedantería académica”, porque, en realidad, la reforma conlleva cambios relevantes, y lo que importa es que, junto con los derechos, se nos recuerde cuáles son nuestros deberes ciudadanos. Se trata de dos posturas significativas por el talante de los juristas que las emiten, pero, sobre todo, por el sentido conservador que las inspira. Ambos juristas —que merecen ser citados en otras razones porque son personajes respetables que no promueven una agenda autoritaria— ven a los derechos como piezas de un modelo en el que deben llevar otros elementos, como la inversión económica o los deberes republicanos.

Una lógica que ha permeado en muchas instituciones académicas y que ha conducido, por ejemplo, a la organización de un seminario en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México convocado para discutir la pertinencia de regresar el texto de la Constitución a la terminología anterior y restablecer el término de garantías individuales en lugar del de derechos humanos.²⁹ El evento es sintomático, porque anuncia resistencias en un nicho crucial para la transformación cultural que se requiere: el de la enseñanza del derecho.

En sintonía con esas tesis, en sede política, líderes legislativos del Partido Revolucionario Institucional han presentado iniciativas de reformas constitucionales para que los tratados internacionales en la materia no tengan rango constitucional. Al explicar las causas de su proceder, han aludido a preocupaciones que provienen desde el foro, la política, pero también la judicatura. Las iniciativas no han procedido, pero tampoco han sido descartadas. Así que la resistencia es intelectual, pero también política y judicial. Y, de nueva cuenta, merece destacarse, porque no proviene desde la reacción abiertamente autoritaria, sino desde sedes que se resisten al cambio por consideraciones varias —nacionalismo, formalismo, dogmatismo, etcétera— que abonan en la causa de la regresión, pero no se presentan como motores de una gesta autocrática. Por lo mismo, se trata de resistencias que demandan un abordaje complejo.

En contraste —y como muestra de que se trata de una disputa genuina y abierta— tenemos, por ejemplo, las siguientes posiciones de algunos investigadores universitarios. Las referencias, más allá de su contenido, son interesantes, porque demuestran que no se trata de un forcejeo generacional

²⁹ El “Encuentro de Ideas y de Debate” tuvo lugar el 21 de marzo de 2013, y llevó como título *¿Derechos Humanos o Garantías?*

sido cultural. Héctor Fix Zamudio —el decano de la investigación jurídica en México— y Salvador Valencia Carmona, en su libro dedicado a esta reforma y a otra modificación constitucional complementaria en materia de amparo han sostenido que

Las reformas en amparo y derechos humanos... se inspiran en una concepción de avanzada y entrañan un nuevo paradigma constitucional, en virtud de que se han ensanchado el horizonte de los derechos humanos, reforzando las garantías jurisdiccionales y fortaleciendo de manera decidida el estado de derecho.³⁰

En sintonía con esta posición, Miguel Carbonell y el autor de este ensayo, en la introducción al volumen que hemos coordinado sobre la reforma, sostuvimos que

En su conjunto las normas reformadas delimitan un nuevo paradigma en el constitucionalismo mexicano porque, por un lado, introducen al concepto de los derechos humanos como eje central de la articulación estatal (sustituyendo la figura arcaica de las “garantías individuales”) y, por el otro, incorporan como normas de máximo rango en el ordenamiento jurídico mexicano a las disposiciones en materia de derechos de origen internacional. De esta manera imponen una nueva exigencia a los actores políticos de todos los niveles para transformar a la realidad en clave democrática y constitucional.³¹

Es difícil decir cuál de estas interpretaciones terminará por imponerse, pero no parece errado afirmar que de ello dependerá el éxito o el fracaso de la reforma. Esto es así porque, como ya se adelantaba, el papel de las universidades es clave en la transformación de las pautas culturales de una sociedad cualquiera. En este caso está en juego el contenido de la formación de las futuras generaciones de abogados, juristas y jueces. Si los derechos y sus garantías estarán en el centro de su quehacer profesional dependerá en gran medida de lo que aprendan durante su formación universitaria.

Observemos ahora el calado de la misma discrepancia en sede jurisdiccional. Primero reproduzco las posiciones de un exministro —en ese entonces presidente de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación— y de dos ministros en funciones. Primero las palabras del presidente de la Segunda Sala, Sergio Aguirre Anguiano, al concluir el año en el que la reforma fue aprobada:

³⁰ Fix-Zamudio, H. y Valencia Carmona, S., *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2013, p. XIII.

³¹ Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

...es riesgoso desoír al pasado, recluyéndolo en la alacena de lo demodé, cegados muchas veces por el brillo de la novedad... Desvarío peligroso y empobrecedor el de intentar magnificar el presente y apuntar al futuro sin tomar en cuenta que lo que somos es producto de nuestros ayeres. En este sentido no debemos pensar que las últimas reformas constitucionales (en materia de derechos humanos) fueron producto de una suerte de prestidigitador o de un momento visionario del Constituyente reformador... No puede negarse que estamos ante la presencia de reformas muy valiosas. Sin embargo, estimo desproporcionado aceptar que con ellas se configura un “nuevo paradigma” de nuestro constitucionalismo, como se nos quiere hacer ver en diferentes foros y tribunas...³²

Vale la pena subrayar el talante conservador y minimalista de la lectura que hacía el exministro Aguirre de la reforma que ocupa nuestra atención. Sobre todo porque su posición ha sido retomada por otros jueces constitucionales todavía en funciones. Ese es el caso de los ministros Aguilar Morales y Luna Ramos. A continuación se reproducen —en ese orden— sendas intervenciones de los mismos, que no versan sobre el significado y el valor general de la reforma, sino sobre sus alcances concretos al determinar la jerarquía que corresponde a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano:

...No puedo estar de acuerdo y así lo he manifestado en muchas otras ocasiones, en que una interpretación con base en un convenio pueda simple y sencillamente hacer que una disposición constitucional no se aplique, como si las disposiciones constitucionales no fueran las normas máximas supremas de este país que dan origen inclusive a todo el marco legal que nos rige, incluyendo los propios tratados internacionales; no en balde los tratados internacionales tienen su origen, su legitimidad, en la propia Constitución y tan es así que en el artículo 105 de nuestra Constitución, estos tratados internacionales pueden ser ponderados, valorados y analizados conforme a las propias disposiciones constitucionales. ¿Por qué? Porque en este régimen, en este sistema de nuestra Constitución, aun los tratados internacionales están sometidos a las disposiciones constitucionales.

¿Qué es lo que nos está diciendo el artículo 1o. Constitucional?; está elevando a rango constitucional el control de convencionalidad, pero esto no quiere decir, de ninguna manera, que el hecho de que ahora se establezca la obligación de llevar a cabo control de convencionalidad, porque la Constitución nos lo está obligando, quiera decir que los tratados internacionales, primero, estén a la par de la Constitución o por encima de ella; no, el control

³² Informe de labores 2011, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, 2011, pp. X y XI.

de convencionalidad es establecer que el acto o la ley que estamos juzgando, está o no acorde con el tratado internacional.³³

Se trata de posicionamientos de mucha relevancia, porque los emiten dos de los once ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Si esta posición terminara por imponerse —lo cual no es imposible ni puede descartarse—, se corre el riesgo de que la regresión que no ha llegado por la vía legislativa —a través de la contrarreforma a la que ya se ha hecho mención— pudiera llegar a través de la interpretación jurisdiccional. Por eso es importante rescatar y difundir también la posición opuesta defendida por otros de los ministros de la propia Suprema Corte. Ese es el caso de la posición del ministro Arturo Zaldívar, quien, cuando era presidente de la Primera Sala, el mismo día en el que Sergio Aguirre sostuvo lo que acabamos de leer, advirtió lo siguiente:

Este año ha sido de enorme relevancia para el constitucionalismo mexicano. A partir de las reformas constitucionales... en materia de derechos humanos y amparo es válido sostener que se generó un nuevo paradigma constitucional, que modifica radicalmente la forma de comprender el fenómeno jurídico... Un nuevo paradigma que exige una nueva mentalidad en jueces, abogados, autoridades y académicos. Un nuevo paradigma que fortalece la centralidad de los derechos humanos como la finalidad última de toda la ingeniería constitucional... Los derechos humanos son la ética de la democracia... El respeto a los derechos fundamentales distingue a la democracia del autoritarismo. No importa la seriedad de los problemas; el reto de los estados democráticos es resolverlos a través del derecho y con vigencia plena de los derechos fundamentales.³⁴

El contraste de criterios que encierran estos párrafos trasciende al debate intelectual entre juristas, y está teniendo consecuencias jurídicas concretas. Al tratarse de posturas defendidas por jueces constitucionales, están quedando plasmadas en criterios contradictorios adoptados por las dos Salas en las que funciona la Suprema Corte de Justicia mexicana. Otro de los

³³ *Cfr.* versiones de la discusión del amparo directo en revisión promovido en contra de la sentencia dictada el 10 de enero de 2012 por la Cuarta Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del estado de Michoacán, 2809/2012, celebradas los días 3 y 4 de junio de 2013. Retomo ambas referencias del artículo de García, Guillermo J., “La integración de ‘otros’ tratados internacionales por medio del artículo 1o. constitucional” al que tuve acceso en su versión preliminar.

³⁴ Informe de labores 2011, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, 2011, pp. XXVII y XXVIII.

ministros, José Ramón Cossío y uno de sus secretarios, Raúl Mejía, advertían en un artículo de difusión el riesgo real de que exista una

...diferente interpretación y aproximación a los casos dependiendo de cuál sea la Sala que en última instancia revise los casos que se le presenten dependiendo, fundamentalmente, de la materia de que se traten (Civil y penal, para la Primera; laboral y administrativa, para la Segunda). Las diferencias no son menores y, al magnificarse en los tribunales inferiores, pueden generar una imagen de desorden interpretativo con una potencial afectación a los casos concretos y, por ende, a los justiciables. Una cosa es que los tribunales al conocer casos concretos en primera instancia puedan tener divergencias sobre la manera de resolver ciertos temas, lo que finalmente puede homologarse al subir de instancia y llegar a los tribunales de última interpretación en el ordenamiento jurídico, y otra es que sean estos últimos los que tengan la diferencia de criterio y provoquen que los tribunales inferiores resuelvan en sentido diverso dependiendo de la materia y del tribunal que en última instancia les corresponda como revisor.³⁵

En efecto, las divergencias de interpretación —que tienen sustento en concepciones ideológicas o culturas jurídicas disímboles— entre los ministros de la Suprema Corte en materia de derechos ponen en riesgo otros principios fundamentales de todo sistema jurídico, como lo son la certeza y la seguridad jurídicas. Principios tan relevantes como la propia independencia judicial cuando lo que está en juego es la garantía de los derechos fundamentales. Así como la dependencia ante los poderes socava la capacidad de los jueces para proteger a los derechos, la inestabilidad en la interpretación en torno a los mismos erosiona la certidumbre de las personas sobre cuáles son sus derechos y cómo pueden defenderlos. En esa medida, la disputa cultural también conlleva riesgos para la democracia.

X

Así como la transición democrática en México no puede explicarse sin dar cuenta de la confluencia de actores políticos y sociales comprometidos con el cambio político, a la reforma en materia de derechos humanos la impulsó un esfuerzo social y académico coordinado y persistente. La reconstrucción de ese proceso y de las sinergias que lo impulsaron merece ser narrado por sus protagonistas, y probablemente algún día lo harán. Por lo pronto, lo cierto es que su existencia da cuenta de que el cambio cultural

³⁵ Cossío, J. R. y Mejía, R., “Derechos descafeinados”, *Nexos*, junio de 2013.

que requiere la causa de los derechos está latente y es posible. Seguramente tardará en materializarse, y nunca será definitivo —las ideologías autoritarias siempre promoverán su infausta causa y contarán con la alianza muda de conservadores y timoratos—, pero la cultura de los derechos cuenta con promotores, y ha logrado permear en diversos ámbitos de la vida colectiva. Se trata de una causa azarosa, pero no es una causa perdida.

Algo similar sucede en el plano de las transformaciones institucionales. La transición democrática se procesó, sobre todo, en sede legislativa, y contó también —en momentos clave— con el impulso decidido de algunos gobernantes. Así que fue producto de una dinámica lenta, pero fructífera, de negociaciones entre el gobierno, los partidos políticos y los legisladores (a lo largo de diferentes sexenios y legislaturas). Gracias al mismo, al cabo de un largo proceso, al menos en el ámbito federal, la existencia de gobiernos divididos y las dinámicas de control político y parlamentario funcionan —no sin cierta timidez, pero con regularidad—. Desde esa perspectiva, la democratización ha sido exitosa.

Pero la democracia en México no se ha consolidado. Para que esto suceda, entre otras variables, es necesario dotar de garantías efectivas a los derechos. Y ello, como se ha argumentado en este texto, los jueces tienen una responsabilidad especial. Algunos de ellos ya lo han comprendido y están actuando en consecuencia, pero las resistencias son poderosas. Para derrotarlas hace falta un cambio de cultura, pero también un recambio generacional. La judicatura de la democracia no puede seguir siendo la que maduró y se afianzó en los tiempos del autoritarismo. Ojalá los políticos, los abogados, los juristas y, sobre todo, los propios jueces, lo entiendan.