

El artículo 1o. constitucional

Una teoría de los derechos humanos

Hugo S. RAMÍREZ GARCÍA
José María SOBERANES DÍEZ

Coordinadores



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

EL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL
Una teoría de los derechos humanos

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 917

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

José Antonio Bautista Sánchez
Formación en computadora

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Apoyo editorial

Mauricio Ortega Garduño
Elaboración de portada

EL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL

Una teoría de los derechos humanos

HUGO S. RAMÍREZ GARCÍA
JOSÉ MARÍA SOBERANES DÍEZ

Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2021

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 13 de abril de 2021

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-4391-5 (versión impresa)
ISBN 978-607-30-4387-8 (versión electrónica)

CONTENIDO

| | |
|--|-----|
| Introducción | VII |
| Hugo S. RAMÍREZ GARCÍA | |
| José María SOBERANES DÍEZ | |
| “Todas las personas...”, toda la persona | 1 |
| Pedro PALLARES-YABUR | |
| La transformación del Estado y su derecho a partir del reconocimiento de los derechos humanos. Apuntes para (re)pensar el Estado mexi- cano a diez años de la reforma de junio de 2011 | 39 |
| Francisco VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO | |
| Restricción y limitación de derechos humanos en México | 79 |
| Octavio RODRÍGUEZ FERREIRA | |
| La interpretación conforme. | 113 |
| Christian Omar GONZÁLEZ SEGOVIA | |
| Pro persona: primacía jurídica de la humanidad. | 151 |
| Hugo S. RAMÍREZ-GARCÍA | |
| El sujeto pasivo de los derechos humanos | 165 |
| Juan Francisco DÍEZ SPELZ | |
| Realización y aseguramiento de los derechos humanos. Un análisis a partir del artículo 1o. de la CPEUM. | 191 |
| Miluska ORBEGOSO SILVA | |
| Derechos humanos: principios sustantivos para una teoría de la jus- ticia | 211 |
| Hugo S. RAMÍREZ-GARCÍA | |

| | |
|--|-----|
| Los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos. | 241 |
| Juan Manuel ACUÑA | |
| La prohibición de la esclavitud | 269 |
| Emilio MAUS RATZ | |
| La cláusula antidiscriminatoria | 311 |
| José María SOBERANES DÍEZ | |
| Derechos humanos y cambio constitucional en México: una alternativa para la mutabilidad constitucional incremental | 349 |
| Jaime OLAIZ GONZÁLEZ | |
| La técnica legislativa en la reforma del artículo 1o. constitucional . . . | 383 |
| Miguel LÓPEZ RUIZ | |

INTRODUCCIÓN

Los derechos han estado presentes en el constitucionalismo mexicano. Todas las leyes fundamentales han contado con una declaración de libertades, salvo la de 1824. Siguiendo a sus predecesoras, la carta de 1917 estableció un catálogo de derechos, incluyendo por primera vez a los sociales.

Aunque varias enmiendas constitucionales se han referido a derechos, la del 10 de junio de 2011 cobró un significado, a tal grado peculiar en esta materia, que se le conoce como la reforma de los derechos humanos. Eso se debe a que logra algo diferente: coloca los cimientos para que la práctica del Estado de derecho se vincule de forma sustantiva con la práctica de los derechos humanos. Un claro reflejo de lo anterior es el establecimiento de las bases normativas que han tenido implicaciones en todo el sistema jurídico mexicano. Consideradas en forma conjunta, tales normas pueden ser el objeto de una teoría constitucional de los derechos humanos o, si se prefiere, de una teoría iusfundamental.

Se cumplen diez años de la reforma constitucional de los derechos humanos. En este tiempo ha sido desarrollada mediante normas generales producidas por órganos legislativos, e igualmente a través de resoluciones judiciales que los han adjudicado, todo lo cual merece una reflexión y valoración que contribuya a la teoría iusfundamental mexicana.

Para teorizar sobre cualquier relación jurídica es necesario conocer la posición específica que asumen los sujetos involucrados en ella; igualmente el contenido prestacional y obligacional a ellas inherentes; las fuentes jurídicas que la rigen, y las pautas hermenéuticas adecuadas para identificar lo suyo para cada una de las partes.

Los derechos humanos son fuente de relaciones jurídicas. En este sentido, una teoría iusfundamental requiere la determinación de los sujetos: de su titular y del responsable de respetarlos. También del contenido prestacional y obligacional que corresponde a cada derecho partiendo de principios y obligaciones generales. De igual manera, se requiere conocer las fuentes de los derechos y los patrones interpretativos con base en los cuales deben adjudicarse. En el artículo 1o. constitucional pueden encontrarse todos estos elementos. Por ello, hemos diseccionado sus enunciados con el propósito

VIII

INTRODUCCIÓN

de identificar y analizar, en cada porción normativa de sus tres primeros párrafos, las piezas clave de una teoría iusfundamental.

Así, los enunciados del primer párrafo pueden servir para precisar la titularidad, las fuentes y los límites a los derechos; los del segundo párrafo, para determinar pautas hermenéuticas, como son la interpretación conforme y el principio pro persona; y los del tercer párrafo, para dilucidar al sujeto obligado, los principios sustantivos, y las obligaciones generales tanto para su realización como para su aseguramiento.

Además de contener el objeto para la teoría iusfundamental, el artículo 1o. constitucional reconoce dos derechos a través de la prohibición de la esclavitud y de la proscripción de actos discriminatorios. También se han incluido capítulos en los que se analizan estas prohibiciones a fin de revelar su alcance protector. Finalmente, se incluye un capítulo dedicado exclusivamente a la práctica del cambio constitucional, atendiendo al hito que representa el reconocimiento pleno de los derechos para nuestro país, así como un capítulo que analiza la técnica legislativa del precepto en análisis.

A diez años de la reforma en materia de derechos humanos se ha elaborado este libro, cuyos capítulos giran en torno a una tesis que les ha proporcionado fundamento y guía: con la redacción postulada a partir de 2011, el artículo 1o. constitucional contiene todos los elementos para desarrollar una teoría constitucional de los derechos humanos. En ella podemos apoyarnos para comprender la nueva época en la que ha ingresado el derecho mexicano.

Antes de finalizar estas líneas introductorias queremos agradecer a todos los autores por la generosa respuesta con la que atendieron la invitación para colaborar en esta empresa académica, así como el apoyo de la Facultad de Derecho y de la Vicerrectoría de Investigación de la Universidad Panamericana.

Hugo S. RAMÍREZ GARCÍA
José María SOBERANES DÍEZ

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas...

“TODAS LAS PERSONAS...”, TODA LA PERSONA

Pedro PALLARES-YABUR*

SUMARIO: I. Definir “persona” desde su carácter irreductible. II. Dueño de sí y convertirse en persona. III. Hijo, ser-dese, ser-con. IV. Parlante, logos, dia-logos. V. Accionante: actividad, labor, trabajo. VI. Ser-para, empatía, género, conyugabilidad. VII. Persona y dignidad.

I. DEFINIR “PERSONA” DESDE SU CARÁCTER IRREDUCTIBLE

1. *Persona*

Para definir el *discurso de odio*, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se preocupó, razonablemente, no sólo en la transmisión del mensaje, no sólo en las palabras, los símbolos lingüísticos, o el contexto, sino en el significante real al que señala este término.¹ El *símbolo* nominal evoca una realidad *existente* para el sistema jurídico, *inteligible* como para comprenderse y *deseable* o *amable* como para atraer la atención de todos y generar obligaciones. Así, ¿cuál es el referente al que apunta la afirmación “todas las personas” del artículo 1o.? ¿Quién es persona? ¿Qué significa serlo? ¿Cómo identificar ese significante?

* Doctor en Derecho, miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. El autor agradece la conversación y sugerencias de Jorge Arturo Camero Cerón, Celeste Ibarra de la Torre, Montserrat Gatt Ontiveros, Karla Paola González Mora, Ana Paula Madrigal y Laura Sabljak.

¹ Tesis: 1a CXXI/2019, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, diciembre de 2019, p. 328.

Por una parte, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como la SCJN asumen que persona humana es cualquier miembro del género humano; y en consecuencia, “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano”.² En otras palabras, cada ser humano individual en cuanto *nace* debe considerarse miembro de la especie humana, dotado de una dignidad intrínseca.

2. *Aquello que existe como humano: la palabra “nacen” en la DUDH*

Los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) utilizaron el término “nacen” para indicar que en cuanto un ser pertenece a la especie humana está dotado de dignidad y derechos inalienables e intrínsecos a esa condición. En febrero de 1947, cuando la DUDH comenzaba a redactarse, el diplomático y profesor René Cassin recordó a sus colegas que la Declaración francesa de Derechos del Hombre de 1789 utilizaba la expresión “todo hombre *nace*...” para referirse a cualquier individuo de la especie humana, y a su igual valor y dignidad.³ Pero ni la expresión ni la palabra “nacen” se sugirieron para dicho borrador. Fue a finales de ese año cuando aparecieron, a sugerencia del delegado filipino Carlos Rómulo (tomista) y del francés (kantiano ilustrado), quienes propusieron incorporar al artículo 1o. dos frases para remarcar la idea tanto de pertenencia a la condición humana como de derechos inalienables a ella. Para eso agregaron la palabra *nacen* y la expresión *por naturaleza*. De modo que al final de la sesión el borrador del artículo 1o., que se aprobó, decía: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Están dotados por naturaleza de razón y conciencia y deben comportarse como hermanos con los otros”.⁴

Ambas fórmulas se colocaron con la intención de describir qué es la persona y por qué inhieren en ella ciertos derechos a su favor. En otoño de 1948, ambas fueron puestas a debate por los representantes de países que

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, párr. 55.

³ E/CN.4/SR.13, p. 3. Énfasis añadido. Todas las referencias a los documentos del proceso de redacción se presentarán con su número de identificación propio y en la página del propio texto, no del libro que los ha agrupado. Schabas, William A., *The Universal Declaration of Human Rights. The travaux préparatoires*, Cambridge, Cambridge University Press. Si no se indica, las traducciones son propias.

⁴ E/CN.4/AC.2/SR.9, p. 22.

daban sus últimos retoques al documento. *Por naturaleza* fue eliminada del borrador mas se mantuvo la palabra *nacen* en el artículo 1o. Durante el debate, el delegado chino P. C. Chang y el libanés Karim Azkoul enviaron una propuesta para eliminar las palabras *nacen* y *por naturaleza* del artículo 1o. por un término más sintético *son*.⁵ Explicaron que de esa forma se describiría con más nitidez la existencia de algo real, una *subsistencia* trascendente a la razón —es decir, algo que no se origina sólo dentro de ella—. Al libanés le preocupó la palabra *nacen* y se entendiera que en el origen de los derechos humanos éstos *nacen* de una decisión del Estado o una gentileza sociocultural. Algo así haría perder esa igualdad originaria e inherencia a todos los miembros de la familia humana.⁶ A Chang le parecía que si se dejaba sólo la expresión *son*, se afirmaría con más claridad el carácter inherente y universal de los derechos humanos.⁷ Estas conclusiones contrastan con otra propuesta para suprimir la palabra *nacen* por parte del delegado soviético Alexei Pavlov. En efecto, este diplomático describió cómo en la práctica cuando los seres humanos *nacen* son desiguales: unos sanos, otros enfermos; unos ricos, otros pobres; unos de una cultura, otros de otra tradición. Sólo cuando se *nacía* ante la ley, hombres y mujeres se *igualan*:

La equidad de derechos ante la ley, no la determinaba el nacimiento, sino la estructura social del Estado que promulga leyes equitativas. Me pregunto si la Declaración es el lugar apropiado para determinar el origen de los derechos humanos. ...Sin embargo, conviene recordar que, para los propósitos de la Declaración, el hombre debe considerarse como miembro de la sociedad... ese estatus es el que determina sus derechos y deberes.⁸

El boliviano Eduardo Anz Matienzo replicó a Pavlov:

Quisiera responder las afirmaciones del representante de la URSS respecto a que los derechos humanos no son inherentes al hombre, sino que derivan de la estructura social del país en el que vive. Los países democráticos de Occidente no pueden aceptar ese punto de vista. Me gustaría apoyar el texto aprobado por el Comité que dice *Todos los seres humanos nacen libres e iguales*. Los hombres *nacen* libres e iguales ante la ley y ante Dios. Y la conciencia de su libertad e igualdad, es un factor determinante para construir la estructura social.⁹

⁵ A/C.3/235 y A/C.3/226.

⁶ A/C.3/SR.96, p. 97.

⁷ A/C.3/SR.98, p. 114.

⁸ *Ibidem*, p. 110.

⁹ *Ibidem*, p. 113.

Por su parte, Eduardo Plaza, de Venezuela, pensaba que se debía eliminar la problemática expresión *nacen* para sustituirla por *son*. Así se evitaba la impresión de que los derechos humanos valdrían cuando una persona nace biológicamente.¹⁰ En cambio, para el mexicano Pedro de Alba, lo mejor era mantener la palabra, pues “el derecho de los seres humanos a la libertad y a la igualdad comienza desde su concepción y continúa tras su nacimiento. Si se utiliza la palabra *nacen*, ésta debe tomarse en cuenta en un sentido más amplio, no sólo al nacimiento físico”.¹¹ Pero Chang insistió en ofrecer una frase contundente, sencilla y sin calificativos: “si se borra la palabra *nacen* se evitaría la discusión sobre si los derechos humanos comienzan con el nacimiento [en respuesta a Pavlov] o desde la concepción [en respuesta a De Alba]. Sin embargo, si la mayoría de la Comisión prefiere mantener la palabra *nacen*, sugiero en una votación diferente, agregar «y permanecen» [tal y como afirmaba la Declaración francesa de 1789]”.¹²

Como puede verse, los delegados no dudaban que cualquier ejemplar de la especie humana es persona con dignidad, con derechos coherentes y con ese valor absoluto. Su discusión giraba en torno a los términos más claros y precisos de referirse a ella. Para la mayoría de los redactores, los derechos humanos *nacen* cuando el “nuevo ser humano ha nacido como un miembro de la familia humana”.¹³

Nacen equivale a afirmar que se trata de un *subsistente*, real y concreto, cuya presencia y forma de ser justifica que se le declare su dignidad y derechos humanos.

3. *Excurso: personas jurídicas y titularidad de derechos humanos*

¿“Todas las personas” incluye a las personas jurídicas? ¿Las sociedades y comunidades indígenas, sindicatos, ONG *tienen* derechos humanos, o sólo sus garantías? La SCJN reconoce que la expresión “todas las personas” del artículo 1o. se refiere tanto a las físicas —en su calidad de seres humanos—, y también “las jurídicas aunque únicamente en los casos en que ello sea aplicable”.¹⁴ Sin embargo, “no pueden gozar de la totalidad

¹⁰ *Ibidem*, p. 111.

¹¹ A/C.3/SR.99, p. 121.

¹² *Ibidem*, p. 124.

¹³ Morsink, Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1999, p. 292.

¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 1049/2015, Segunda Sala, 22 de febrero del 2017, párr. 393.

de los derechos privativos del ser humano, como ocurre con la dignidad humana”.¹⁵

Por su parte, la Corte IDH recuerda que en los trabajos preparatorios del Pacto de San José se utilizaron como sinónimos los términos *persona* y *ser humano*, “sin intención de hacer una diferencia entre estas dos expresiones”.¹⁶ En esta línea sólo se considera la *titularidad* de aquellas personas jurídicas reconocidas así por la Convención, como los sindicatos, o por vía jurisprudencial a las comunidades indígenas. Cuando un Estado por sus acciones contra personas jurídicas daña derechos humanos de personas físicas, éstas acceden a la jurisdicción internacional siempre que sean ellas quienes las dirigen y cuyo ejercicio personal de ese derecho sea directa y paralelamente idéntico a la actividad propia de la persona jurídica.¹⁷

Para ampliar este debate, pueden considerarse las reflexiones de los profesores argentinos Ignacio de Casas y Fernando Toller, quienes sostienen que cuando el Pacto de San José afirma “[p]ara los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”, eso no significa que se excluya a las personas morales, pues el texto no afirma que los individuos sean quienes

¹⁵ *Ibidem*, párr. 394. La tesis dice: DIGNIDAD HUMANA. LAS PERSONAS MORALES NO GOZAN DE ESE DERECHO. Si bien el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la tutela de derechos humanos a todas las personas, lo que comprende no sólo a las físicas, consideradas en su calidad de seres humanos, sino también a las jurídicas, ello se circunscribe a los casos en que su condición de entes abstractos y ficción jurídica se los permita, ya que es evidente que no pueden gozar de la totalidad de los derechos privativos del ser humano, como ocurre con el derecho a la dignidad humana, del que derivan los diversos a la integridad física y psíquica, al honor, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal, que son inherentes al ser humano como tal. Tesis 2a./J. 73/2017, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, junio de 2017, p. 699.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*, opinión consultiva 22/16, 26 de febrero de 2016, párr. 70.

¹⁷ Por su parte, “La Corte Interamericana considera que las restricciones a la libertad de expresión frecuentemente se materializan a través de acciones estatales o de particulares que afectan, no solo a la persona jurídica que constituye un medio de comunicación, sino también a la pluralidad de personas naturales, tales como sus accionistas o los periodistas que allí trabajan, que realizan actos de comunicación a través de la misma y cuyos derechos también pueden verse vulnerados. Igualmente, la Corte resalta, como lo afirmó la Comisión, que para determinar si una acción estatal que afectó al medio como persona jurídica también tuvo, por conexidad, un impacto negativo, cierto y sustancial sobre la libertad de expresión de las personas naturales... Al respecto, debe advertirse que hoy en día una parte importante del periodismo se ejerce a través de personas jurídicas”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Granier y otros (radio y televisión) vs. Venezuela, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 22 de junio de 2015, párr. 151 y 152.

únicamente sean personas —sujetos de atribución jurídica— para el derecho. Más aún: si se considera que en el ejercicio de prácticamente todos sus derechos, para el desarrollo efectivo de su dignidad, la persona requiere de un entramado de comunidades de personas que lo hagan factible: el derecho a la vida, exige la familia, el derecho a la salud, necesita un hospital, el derecho a la educación, se apoya en una escuela; el derecho al trabajo, en una empresa. De modo que en el ejercicio inalienable de estos derechos la participación de la persona *desde, junto y para* otros es inseparable al ejercicio individual. Si esto es así, entonces las personas jurídicas a través de las cuales, más aún, gracias a las cuales, son posibles los derechos humanos, deben ser capaces de protegerse —en cuanto comunidad de personas— del ejercicio arbitrario del poder.¹⁸

4. Definir la persona delineando sus características irreductibles

¿Cómo definir entonces lo que significa la fórmula “toda persona”? Una manera es describiéndola a partir de sus operaciones esenciales. De modo que si es capaz fundamentalmente de ejecutar una acción, entonces debe existir *algo* capaz de hacerlo. Si se reconoce el *ver*, debe existir algo diseñado para operar ese acto: el ojo. En ocasiones, cuando la SCJN describe una función esencial, de alguna manera delimita, describe y en cierto modo define, aquello a lo que le inhiere esa acción. Por ejemplo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es “la expresión jurídica del principio liberal de «autonomía de la persona»”, y en consecuencia, una acción como lo es “la libre elección individual de planes de vida”, que ha de considerarse como “valiosa en sí misma”,¹⁹ sólo puede ser *operada* por un *ser* capaz de ello. ¿Qué es ser persona para el artículo 1o.? En este caso, alguien digno que impregna de identidad individual y valiosa algunos actos que nacen de ese núcleo irreductible. También la SCJN define los conceptos de la Constitución conforme al uso corriente del término tal y como aparece en el *Diccionario de la lengua española*, o ha sido desarrollado por la doctrina,²⁰ o por otros tribunales internacionales.

¹⁸ Puede verse De Casas, Ignacio y Toller, Fernando, *Los derechos humanos de las personas jurídicas. Titularidad de derechos y legitimación en el sistema interamericano*, México, Porrúa, 2015.

¹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Controversia constitucional 73/2014*, Primera Sala, 25 de febrero de 2015, p. 26.

²⁰ No suele explicar por qué prefieren unos pensadores frente a otros, dado que la Constitución no determina a cuál ha de darse preferencia. En la argumentación jurídica es inevitable que los jueces acudan al sistema de valores éticos que consideran más apropiado para convertir en respuestas operativas los principios jurídicos. La SCJN muestra preferencia por

Así pues, para encontrar el significante para la expresión “todas las personas” o “toda persona”, se describirán aquellos elementos sin los cuales aquella realidad se vuelve irreconocible; o sin los cuales las acciones (efecto) que se reconocen como propias se quedarían sin su origen (causa). En otras palabras, se delimitarán los elementos irreductibles que permiten identificar de aquel *significante* vinculado y descrito o por el *concepto* o por sus *actos*.

II. DUEÑO DE SÍ Y CONVERTIRSE EN PERSONA

En el apartado anterior se reconocía el derecho al libre desarrollo de la personalidad como una manifestación de autonomía individual. Pues bien, si esa decisión es valiosa por sí misma (efecto), sólo si se origina por una causa así. En otras palabras, ser persona significa ser dueño de sí mismo. No se trata sólo de *elegir* lo que se considera valioso, sino además *convertirse en persona* a través de esa elección.

Charles Malik, uno de los redactores nucleares de la DUDH, recordaba que mientras vivió en Alemania —estudiaba su doctorado con Heidegger— experimentó “la destrucción totalitaria de la identidad individual, cuyo mayor agravio consistía la reducción de la persona a su identidad nacional”:²¹

¿Qué puedo decir para impresionarte sobre la total ubicuidad del espíritu de Hitler? Los uniformes de la SA y la SS aparecen en todos lados. Las juventudes y las chicas hitlerianas, el voluntariado alemán, el nuevo ejército. En celebraciones oficiales, se colgaban suásticas en todas las ventanas. Columnas de hombres uniformados —fuertes, sanos, esperanzados, confiados— marchaban y marchaban; cantaban y cantaban. Los periódicos nacionalsocialistas eran los mismos en todos lados, las mismas y controladas noticias, el mismo odio terrible contra el comunismo, los franceses, los judíos y lo que llamaban razas de color. Los profesores de la Universidad comenzaban sus clases con el saludo nazi, que recibía la respuesta de los alumnos. En el lado sur de la Universidad estaba escrito *Dem ewigen Deutschtum* [Por la eternidad de la raza alemana], en oposición a lo que se había escrito hacía mucho tiempo en la pared contraria: *Die Wahrheit wird euch freimachen* —la verdad los hará libres—.²²

trabajos de corte liberal en la interpretación de los derechos humanos, o por mostrar esta disparidad filosófica en la Corte Suprema de los Estados Unidos por el lado conservador. Véase Green, Christopher, “Justice Gorsuch and Moral Reality”, *Alabama Law Review*, vol. 70, núm. 3, 2019, pp. 635-666. En cambio, por el liberal, véase Gibson, Katie, *Ginsburg’s Legacy of Dissent. Feminist Rhetoric and the Law*, Tuscaloosa, The University of Alabama Press, 2018.

²¹ Malik, Charles, “Fourteen Months in Germany”, caja 207, folder 5, en *Charles Habib Malik Papers*, Manuscript Division, Library of Congress, Washington.

²² *Idem*.

En él maduró la convicción de que la persona se manifiesta en esa forma de *apropiarse* de las exigencias de su dignidad como persona, precisamente mediante la elección libre de llevarla a plenitud. Se trata de ampliar al terreno del derecho la distinción heideggeriana entre *sein* (ser, o simplemente *estar arrojado en el mundo*) y *dasein* (*ser-ahí, estar-siendo-algo-ahí*, o existir auténticamente como persona).²³ Durante las primeras sesiones de redacción de la Declaración, animó a sus compañeros a reconocer en los nuevos totalitarismos una reducción de la persona a lo que le sucede, impidiendo su toma de postura:

Si entiendo correctamente el tiempo en que vivimos, nuestro problema es la lucha entre, por un lado, la propia personalidad y la libertad, y por el otro, la interminable presión de los grupos sociales, incluida, por supuesto, la nación... En mi opinión, aquí se encuentra el mayor peligro de nuestra era, a saber, la extinción de la persona humana en cuanto tal, en su incomunicabilidad y en su inviolabilidad radical.²⁴

²³ Esta convicción de Malik está en deuda una intuición de Heidegger que Edith Stein sintetiza de esta forma: “El *Dasein* en que el hombre se encuentra primero —*arrojado*— no es el aislamiento sino comunidad: el *coestar*. Por lo que respecta al ser, el hombre es cooriginariamente individuo y colectividad; sin embargo, cronológicamente su vida individual consciente empieza más tarde que la colectiva. Actúa con y según lo que ve hacer a los demás, se deja dirigir y llevar y así todo va bien, siempre que no se le exija nada más. Para su ser más suyo y más propio es necesaria una intimación [toma de postura personalísima]. Cuando esta llama se percibe y se comprende, pero no se le presta oído, es cuando empieza a huir del propio ser y de la propia responsabilidad. Solamente entonces el coestar se convierte en un ser *impropio*; incluso quizá sería mejor decir inauténtico. El coestar como tal no es *inauténtico*. La persona está llamada tanto a ser miembro como a ser individuo; pero para poder serlo en ambos casos a su manera absolutamente especial, desde lo *más íntimo*, tiene que salir primero del gregarismo en que de entrada vive y tiene que vivir. Su ser más suyo necesita prepararse mediante el coestar con otros, a los que, as su vez, debe dirigir y ser de provecho”. Stein, Edith, *La filosofía existencial de Martín Heidegger*, trad. de Rosa Sala Carbó, Madrid, Minima-Trotta, 2006, p. 55. Énfasis en el original.

²⁴ Malik, Charles, *The Challenge of Human Rights: Charles Malik and the Universal Declaration*, ed. Malik, Habib, Oxford, Charles Malik Foundation, 2000, p. 28. En una de las primeras sesiones de redacción, Malik sintetizó a sus colegas los cinco principios que pensaba que debían orientar su trabajo de redacción: “1. La persona humana es más importante que el grupo racial, nacional, o cualquier otro al que pertenezca. 2. La posesión más sagrada e inviolable de la persona humana es su espíritu y su conciencia; es la que le permite percibir la verdad, elegir libremente y existir. 3. Es reprochable cualquier presión social por parte del Estado, de la religión o de la raza que exija e implique la sustitución automática del consentimiento de la persona humana. 4. El grupo social al que pertenece el individuo, al igual que la persona misma, puede estar en lo correcto o equivocarse: sólo ésta puede juzgar qué es lo exige su condición” (E/CN.4/SR.14, pp. 3 y 4).

Para Malik, la persona se diluye en la masa, y existe alienadamente cuando se le impide *apropiarse* a través de la decisión tanto de su existencia como del mundo en que vive, de los valores que lo orientan y de la sociedad en la que vive. Para él, la expresión “razón y conciencia” del artículo 1o. de la DUDH reconocía ontológicamente algo *diseñado* para decidir, como gnoseológicamente el discurrir intrínseco de aquello.²⁵ Incluso, los derechos humanos diseñados para proteger esa *presencia* y esa *operación* no podrían utilizarse para forzar en la persona esos valores:

El riesgo actual de los derechos humanos puede describirse como el intento de restringir a cada ser humano su sentido de responsabilidad, de autenticidad y de personal dignidad... Cuando te conviertes en un átomo en un océano masivo de partículas idénticas, sin estructura, sin distinción, sin disparidad de función ontológica, entonces pierdes tu sentido de individualidad esencial, inalienable y humana.²⁶

Aunque hoy en día en México esta experiencia se define más en el ámbito del derecho al libre desarrollo de la personalidad, Charles Malik la colocó en el contexto de la libertad de conciencia y religión, en el derecho a cambiar de convicciones fundamentales del artículo 18 de la DUDH,²⁷ es decir, a la persona no sólo le *sucede* su existencia, sus derechos, su naturaleza, su cultura, sus comunidades, su sistema jurídico o sus sistemas valorativos y tradiciones morales. Para Malik, estos fenómenos deben asumirse, pensarse, y decidirse en el núcleo más íntimo de la conciencia. De modo que para él, la libertad de conciencia y religiosa significa reconocer y proteger ese núcleo donde se expresa, edifica y realiza un *humano* como *este alguien*, *este sujeto digno*. Algo que ahora, como se ha dicho, se categoriza en el derecho al *privacy*, o libre desarrollo de la personalidad.

El libanés se refería a que ser persona implica asumir en la intimidad, incluso, “quién soy yo”, “quién soy ante mí mismo”. Se traduce en que

²⁵ A este respecto, conviene recordar la conclusión de Linde Lindkvist: “No hay duda de que fue Malik quien encabezó el trabajo por asegurar que en el resultado final, que la razón y la conciencia fueran señalados, por una parte, como atributos distintivos del hombre en el artículo 1, como del objeto central a proteger del artículo 18”. Lindkvist, Linde, *Shrines and Souls. The Reinvention of Religious Liberty and the Genesis of the Universal Declaration of Human Rights*, Malmö, Bokbox, 2014, p. 53.

²⁶ Malik, Charles, “Human Rights and Religious Liberty”, *The Ecumenical Review*, vol. 1, núm. 4, 1949, p. 405.

²⁷ “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

gracias a sus decisiones ancladas en su intimidad, un ejemplar de la especie humana, un simple individuo, se “convierte en” —en el sentido de *se hace* o *existe propiamente como*— *persona* en sentido estricto. Ahora es *alguien* que ha configurado su existencia auténtica como tal:

Me gustaría hacer hincapié en un punto importante que de ordinario se pierde de vista; me refiero a que no es suficiente con formular los derechos del hombre en términos estáticos, sino por el contrario hemos de expresarlos en algo que yo llamaría términos dinámicos. Así, no sería suficiente con decir simplemente que hemos otorgado el derecho a la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia, describiéndola de forma estática... Hemos de concebir nuestros derechos en términos dinámicos, así que la libertad, es libertad de cambiar y de convertirse en o de llegar a ser y no sólo simplemente la libertad de ser y de permanecer en lo que siempre se ha sido.²⁸

En la comprensión de este diplomático, la persona, y, en consecuencia la protección que debía ofrecerse a su modo de ser habría de amparar, incluso, el cambio de religión como expresión de su toma de postura interior, del apropiarse de sí misma, de *convertirse* en persona. Esta última permite que la persona viva fiel a sí misma, sea de verdad una persona.²⁹ Aquello que los antiguos definían como ser *sui iuris*, dueña de sí misma. Esta realidad es la que Boecio describe en su clásica definición de persona: un subsistente irreductible e irremplazable y reconocible relacionadamente, con capacidad para comprenderse racionalmente, decidirse libremente: *rationalis naturae individua substantia*.

III. HIJO, SER-DESE, SER-CON

1. *Existencia relacional*

Como es sabido, el origen de la palabra *persona* remite a *per-*, *sonare* o aquello que *resuena hacia*; en otras palabras, a *comunicabilidad*. En griego, el

²⁸ Malik, Charles, *The Challenge of Human Rights...*, *cit.*, p. 23.

²⁹ Malik, Charles, “The Universal Declaration of Human Rights: Its Making and Meaning”, *We, the People, and Human Rights: A Guide to Study and Action*, Nueva York, 1949, pp. 10 y 11. En otro lugar escribió que el artículo 18 afirma “el derecho a cierta libertad, no a la elección substantiva entre alternativas particulares sin limitación exterior. Es decir, no se trata de un derecho a estar en el error, sino el derecho a la libertad de configurarse, que quizá pueda implicar que alguien decide algo equivocado. Más aún, [...] la frase «libertad de pensamiento, conciencia y religión» sería un contrasentido a no ser que implique la capacidad originaria del hombre a cambiar de idea y configurarse de acuerdo a la progresiva revelación de la verdad que se le ofrece y puede percibir”. Malik, Charles, *Human Rights and Religious Liberty...*, *cit.*, p. 407.

término correspondiente (*prosopón*) se compone por la partícula *pros*, que significa *a*, o *hacia*, en dirección de, y *-sopon*. Significa *respecto a*, *relacionado con* y lo *relacionante*. *Persona* implica *alguien ante otro*. Existen algunas palabras que también apuntan a personajes relacionados con otros: *profesor* describe a un docente en comunicación fundamental con otro personaje: *alumno*. Se trata de realidades vinculadas a otras, tanto en su existencia como en sus finalidades propias. Son términos relacionales y funcionales. Su *ser* incluye su teleología y un referente. Su *ser* implica que *son-desde*, *son-con*, y *son-para* otro *ser*. Se trata de realidades que en su estructura interna se encuentra la comunicabilidad, existir con referencia a, orientación hacia y vida junto a otros personajes correlativos.

Poco a poco, a partir de Descartes, la palabra *persona* pasó a significar más no tanto a un *relatum*, sino a un indiviso atomizado. En el caso de la persona humana, a una mónada de libertad. Esta idea de individuo permeó los textos ilustrados de derechos humanos. Pero en 1948, los redactores de la DUDH volvieron a una comprensión más relacional de la persona. En efecto, Valentín Tepliakov, delegado soviético, en febrero de 1947 hizo notar a sus colegas los peligros de un documento que siguiera el individualismo exagerado de sus antecesores ilustrados. Algo que, a su entender, se evitaría si se reconocía la supremacía de la colectividad como antídoto a ese aislamiento originario de la concepción liberal. Charles Malik reconoció en esa salida una amenaza y propuso utilizar la palabra *persona* en lugar de *individuo*:

Aquí debemos usar la palabra *persona* en lugar de *individuo*, para referirse al ser humano, en su real y concreta existencia dentro una comunidad, la que le exige comportamientos y lealtades. La persona es intrínsecamente anterior a cualquier grupo al que pueda pertenecer, y no me refiero a una anterioridad temporal. Nunca han existido *Robinson Crusoes*. Por lo anterior me refiero a que es persona en sí misma, y al mismo tiempo, puedo afirmar que necesariamente pertenece a varios grupos sociales. Ahora bien, forma parte de cualquiera de estas comunidades, primeramente como alguien que existe en sí misma.³⁰

2. *Ser-desde*, *ser-con*

Si para definir persona —es decir, reconocer a través de un nombre, un significante real, inteligible y apetecible— se describen los elementos irreductibles, se debe incluir su *ser-hijo*. Toda persona es *hija* de otras dos personas. Nadie cae del cielo ya preparado para decidir en autonomía, nadie

³⁰ Malik, Charles Habib, *The Challenge of Human Rights... cit.*, p. 29.

vivió únicamente con su libertad ni negoció nada sólo desde su autonomía. Nadie se escapa de su ombligo ni del código genético que hereda, ni de la cultura que nace. Toda persona es incapaz de interpretar su vida —y los derechos humanos como parte de ella—, sin esa comprensión de su *ser-desde*, tanto de sus padres como desde su tradición.³¹ En cada célula de la persona se reconoce la unión de una comunidad de personas: los datos genéticos de cada uno de los padres y la identidad del ADN que permite reconocer como individuo al hijo. Martha Nussbaum reconoce que una de las capacidades humanas esenciales a la dignidad, asociada a los derechos humanos, consiste en la *afiliación*:

Poder vivir con y para los otros, reconocer y mostrar preocupación por otros seres humanos, participar en diversas formas de interacción social; ser capaz de imaginar la situación de otro... que se den las bases sociales del autorespeto y la no humillación; ser tratado como un ser dotado de igual dignidad e igual valor que los demás.³²

Esa cualidad de la condición humana radica en que una de las “características de nuestra humanidad” aunque se exprese distinto en cada cultura diferente, consiste en que nacemos de modo vulnerable, dependiente, pero dispuestos a madurar. El niño *madura*, sin que su incompetencia signifique ausencia de humanidad. La profesora norteamericana describe este rasgo como “el desarrollo temprano del infante”; “todos los seres humanos empiezan como bebés hambrientos, que perciben su propia impotencia, su cercanía y distanciamiento alternativos de aquellos de los que dependen y otras situaciones similares”.³³

Ser-hijo significa no sólo haber nacido de dos padres, sino también pertenecer a una *tradición*. En otras palabras, persona es *ser-desde*, ya sea por haber sido llamado a la existencia sin pedirlo ni merecerlo; haber sido cuidado en esos años de vulnerabilidad, y haber recibido códigos de comportamiento para resolver necesidades humanas elementales a través de su convivencia con otros.

³¹ Por ejemplo, la jurisprudencia interamericana recuerda insistentemente la exigencia de dignidad que pide una interpretación de acuerdo con la cosmovisión no occidental-mestiza de los derechos humanos. *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 11: pueblos indígenas y tribales*, San José, ed. Claudio Nash, 2018.

³² Nussbaum, Martha, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, trad. de Albino Santos Mosquera y Ramón Vilà Vernis, Barcelona, Paidós, 2007, p. 89.

³³ Nussbaum, Martha, “Virtudes no relativas: un enfoque aristotélico”, en Nussbaum Martha y Sen, Amartya, *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 346.

También *ser-hijo* denota *ser-con*. Sin los demás, la persona se queda sin referentes para evaluar sus propios juicios y decisiones. Le es tan esencial ese vivir junto a otros, que gracias a su presencia, a los efectos de *sus* decisiones sobre *ellos* evalúa, modifica y rechaza sus propios deseos e ilusiones. Así pues, cuando ella decide trabajar en cierta área, se incorpora a una serie de personas, tradiciones, historias, vocabulario, criterios de éxito que le son dados, sin los cuales ella sería ineficaz e ininteligible la acción misma. Sus decisiones no podrían mantenerse ni lograrían los fines que se propone. Al mismo tiempo, *ser-con-otros* implica que la persona se capacita para incorporar en su comprensión de la realidad, los futuros alternativos a su disposición, opciones que aprende gracias a su vida con otros. En otras palabras, nadie razona ni decide autónomamente, solo desde sí mismo, ni para sí mismo. Sin los demás, sin *ser-con*, la persona sería incapaz de distanciarse de sus deseos o intuiciones para evaluarlos, reeducarlos, encontrar buenos motivos para justificarse y responder por las decisiones tomadas.³⁴

De esta forma, ser persona significa existir en relación con otros: no sólo porque procede de ellos, aprende un lenguaje de los demás y se introduce en una tradición heredada desde otros, gracias a la cual puede interpretar su propia existencia pasada, vivir su presente de modo inteligible y proyectar su futuro. Pensemos en un adulto, quien en el ejercicio de libre desarrollo de su personalidad decide dedicarse al golf como pasatiempo. Esa elección implica *someterse* a los fines, prácticas, historias, héroes, reglas y vocabulario de quienes le han precedido. Ninguna decisión, por autónoma que sea, anula el carácter de *ser-junto-con* los demás. Tanto porque le ofrecieron ejemplo de una posible forma de vida, como porque le presentaron historias que le fueron atractivas, como le comunicaron unas palabras sobre las que se hizo comprensible lo que él ni siquiera intuía sin ese vocabulario.

3. La tradición como educadora de la persona

Ser persona es existir en una tradición. Nadie es culturalmente neutro. Ni siquiera los derechos humanos, que apelan a la universalidad de una condición humana común a todos los miembros de la familia humana, evitan que en la interpretación, puesta en práctica y adjudicación de esos derechos se traduzcan a expresiones históricas y relativas en las que se presentan dichos valores. Por eso, la reflexión sobre la justicia plena, el orden humano

³⁴ MacIntyre, Alasdair, *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, trad. de Beatriz Martínez de Murguía, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 99-118.

adecuado, el derecho natural, o la dignidad de la persona, siempre aprende de soluciones parciales y relativas, pero no por ello arbitrarias e irrazonables.

Ya Platón se enfrentó a esta tensión entre naturaleza como lo que *siempre sucede a los humanos* y la disolución de la vida humana en la relatividad de la cultura o disposiciones de un Estado. Él pensaba que la ley son los modos en que se hace realidad la justicia a través de las prácticas compartidas de una comunidad. Por una parte, esas *leyes* o costumbres y normas de una comunidad deben responder a esos condicionamientos históricos, pero por otra, aquéllas han de ordenar adecuadamente la vida de las personas a partir de la armonía esencial de las cosas mismas. Porque las cosas no sólo *están ahí*, sino que su presencia y el respeto a las mismas rigen, armonizan y ajustan a cada persona, a ésta en su comunidad y a ésta entre sus miembros.³⁵

Por último, siguiendo en este caso la explicación de Platón, la tradición opera como lo hace un maestro. Éste introduce al aprendiz en una serie de prácticas a las que no está acostumbrado, y no comprende por qué los motivos internos de algo sólo se asimilan cuando uno ha hecho suyo aquel bien desde su práctica dentro de una tradición. Una vez que el educando ha ejecutado las operaciones propias de esa *praxis* —el derecho, por ejemplo— podrá comprender los motivos, las emociones, las pasiones, el carácter y las personas junto a las que puede desarrollar y ejecutar con habilidad esa actividad.

En ese contexto, por ejemplo, para aprender derecho, el joven debía primero ser introducido en la experiencia de lo ajustado a través de otras actividades que le acercaran a lo equilibrado, sus razones, disciplinas y los gozos por esas armonías. Para eso, sugería tres actividades: la gimnasia, la música y los *sympósia*. Ejecutar con pericia estas actividades ajustaban el cuerpo, con el carácter, con la razón y con las armonías internas de la vida humana.³⁶ En el caso de las reuniones entre amigos con un maestro para discutir, con el aliciente del vino, acercaba al aprendiz a dos experiencias inherentes al derecho: la liberalidad, la gratuidad o *no-utilidad*, de la justicia como valor en sí mismo y la necesidad de diálogo para configurar la justicia. Esos *sympósia* son en sí mismos inútiles, dan oportunidad a los tímidos a

³⁵ Cfr. por ejemplo, el discurso de las leyes a Sócrates en su diálogo con Critón. Ahí las leyes le recuerdan al condenado que ellas le han dado una vida y lo han engendrado a la vida humana, no porque haya nacido físicamente de ellas, obviamente, sino porque gracias a esa vida común, él pudo descubrir el papel transformador de la justicia en su propia vida. Platón, *Critón*, *Diálogos*, trad. de Emilio Lledó Íñigo, Gredos, 1995, t. I, 51c-53d.

³⁶ Platón, *La República*, *Diálogos*, trad. de Conrado Egger Lan, Madrid, Gredos, 1998, t. IV, 398d-412a sobre la música y la gimnasia, y Platón, *Leyes*, *Diálogos*, trad. de Francisco Lisi, Madrid, Gredos, 1999, t. IX, 625c-650b, para los *sympósia*.

vencer su retraimiento, a los parlanchines moderar su ímpetu, y a todos los participantes, un ambiente donde se permite *fallar* sin muchas consecuencias. Esa práctica no sería eficaz si no se encuentran con un maestro que fomenta en ellos la conversación con la justicia, pues gracias a ella las leyes, la tradición con la que una comunidad específica protege, orienta y corrige sus prácticas respecto a la justicia, los jóvenes maduran en su encuentro con las armonías y equilibrios propios de la justicia.

Toda persona se refiere a un ser-dentro-de-una-tradición.

IV. PARLANTE, LOGOS, DIA-LOGOS

Desde que se reconoce la presencia de una persona, los padres lo *nombran*. Reconocen tanto su carácter insustituible, como que los interpela, y esperan de ella que en algún momento él dialogue con ellos. Por eso lo *nombran*, es decir, identifican su presencia, lo distinguen de otros, admiten que han de responder a sus necesidades, y se dirigirán a él en espera de un actuar. Al compartirle su apellido, *nombran* su pertenencia a un grupo de personas, a una tradición y una historia. Los poetas suelen señalar que reconocerse enamorados significa *despertar* a una vida nueva. Ahora se necesita un vocabulario nuevo para *nombrar* ese nuevo horizonte existencial.³⁷ Si ser persona significa *resonar hacia, existir ante otro*, ser persona es *ser-nombrado* y nombrar.

Pero ¿esta cualidad es *irreductible* y *esencial* a la persona? Sin duda. Ser racional significa capacidad para captar la estructura inteligible de la realidad (*logos*). Operaciones que sólo es posible realizarlas a través de un lenguaje, de un vocabulario que permita identificar esos contenidos inteligibles. El *dia-logo* también forma parte de su estructura esencial. Sin él, es incapaz de

³⁷ Octavio Paz describe así esta experiencia: “Ante la Aparición, porque se trata de una verdadera aparición, dudamos entre avanzar y retroceder. El carácter contradictorio de nuestras emociones nos paraliza. Ese cuerpo, esos ojos, esa voz nos hacen daño y al mismo tiempo nos hechizan. Nunca habíamos visto ese rostro y ya se confunde con nuestro pasado más remoto. Es la extrañeza total y la vuelta a algo que no admite más calificativo que el de entrañable. Tocar ese cuerpo es perderse en lo desconocido; pero, asimismo, es alcanzar tierra firme. Nada más ajeno y nada más nuestro. El amor nos suspende, nos arranca de nosotros mismos y nos arroja a lo extraño por excelencia: otro cuerpo, otros ojos, otro ser. Y sólo en ese cuerpo que no es el nuestro y en esa vida irremediabilmente ajena, podemos ser nosotros mismos. Ya no hay otro, ya no hay dos. El instante de la enajenación más completa es el de la plena reconquista de nuestro ser. También aquí todo se hace presente y vemos el otro lado, el oscuro y escondido, de la existencia. De nuevo el ser abre sus entrañas”. Paz, Octavio, “La otra orilla”, en *El arco y la Lira*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956. p. 134.

comprender inteligiblemente el mundo. De aquí se sigue, por ejemplo, que toda adjudicación del derecho sea *motivada*, *racional*, etcétera, lo que permita a la persona situarse como tal ante esa expresión jurídica viva.

1. *Palabra y humanización de la persona*

Nietzsche temía “que no vayamos a desembarazarnos de Dios porque continuamos creyendo en la gramática”.³⁸ Es decir, como la persona sólo existe en cuanto *parlante*, como algo así presupone un orden inteligible (*logos*), un lenguaje para referirse a él, y como el *diálogo* exige una gramática para lograr la comunicación —una disposición prescrita entre sus componentes—, entonces ser-persona implica incapacidad para deshacerse de ese *logos*. Por eso la persona existe como tal a través de un lenguaje —palabras heredadas por una tradición— sin el cual es incapaz de pensar, comunicarse, reconocerse como libre. La imagen de una persona en cuanto núcleo individual de autonomía reconocible en sí mismo, como una mónada, únicamente existe como una abstracción imaginada.

Esto es así porque sin nombres, palabras o lenguaje, la persona es incapaz de descubrirse y vivir como tal. Por ejemplo, si alguien se encuentra anímicamente inquieto, pesimista e insatisfecho, busca una palabra para señalar y describir ese estado. Esa palabra posibilita una elección: “estoy *triste*, ¿qué lo remedia?” A esa pregunta le siguen una serie de acciones propias que corresponden a la *tristeza*. En cambio, si su vocabulario se amplía y ahora la persona distingue entre tipos de tristezas —*adolorido*, *abatido*, *avergonzado*, *decepcionado*, *desesperado* o *despreciado*—, entonces su horizonte de elección se amplía a cada tipo de aflicción.

Ser-persona es ser *parlante*. Sin palabras, la existencia humana se ahoga. De eso trata la tragedia de *Romeo y Julieta*. Al niño le enseñaron la palabra *Capuleto*, su tradición lingüística sostenía que aquella realidad significaba *enemigo*, por lo que de encontrarse con uno, su acción debía ser consistente con esa palabra. A la pequeña que aprendió que *Montesco* se refería a un adversario, las acciones que podría elegir se debían ajustar a esa situación. Los dos enfrentaban el mundo desde el vocabulario que su tradición les enseñaba para resolver un conflicto y reconocer al enemigo. Su libertad aparece condicionada por el lenguaje. Cuando se conocen y buscan las palabras que disponían para referirse a lo descubierto, ambos descubren que

³⁸ Nietzsche, Friedrich, *El ocaso de los ídolos*, VIII, 80, Grossoktavausgabe, Kröner, en Fink, Eugen, *La filosofía de Nietzsche* (2000), Alianza Universidad, 2a. ed., 1985, p. 49.

su *vocabulario* no hacía justicia a la presencia de Romeo o a la vida de Julieta. La tragedia de los dos jóvenes consiste en que por un lado requieren de palabras para identificar, dialogar y decidir cómo actuar, y por el otro, éstas deben ajustarse mejor a la nueva realidad conocida por ellos; pero necesitan palabras para poder superar esa limitación, no basta sólo con autonomía. Así lo dice Julieta:

Mi enemigo no es otro que tu nombre; tú eres tú mismo, ¿qué importa el Montesco? ¿Qué es ser Montesco? No es mano, ni pie, ni brazo, ni facción, ni parte alguna que pertenezca a un hombre. ¡Sé otro nombre! ¿Qué vale un nombre? Lo que llaman rosa con otro nombre olería igual. Y si Romeo no se llamase así, ¿no sería la misma su excelencia sin ese nombre? Renuncia a tu nombre, que no forma parte de ti, y, a cambio, tómame a mí.³⁹

Mientras no consigan nuevas palabras, serán incapaces de comprender, asumir y elegir coherentemente sobre la realidad que han descubierto. Más adelante, tras celebrarse el matrimonio en la celda de fray Lorenzo, Romeo —tosco e incivilizado— carece de palabras para describir su felicidad. Sin ese vocabulario se incapacita para decidir cómo cuidar ese amor. Algo que lo ahoga. Tanto que pide ayuda a Julieta, sabe que así *respirará* mejor y se liberará lo que lo angustia: “Julieta, si el raudal de tu alegría es grande como el mío, y si tú sabes celebrarlo mejor, endulza el aire con tu aliento”. Julieta responde de modo que evidencia una vez más la necesidad del lenguaje, pero al mismo tiempo los límites de este: “El pensamiento rico en contenido presume de sustancia, no de ornato. Sólo los pobres cuentan su dinero; tan desmedido es mi amor que no puedo contar ni la mitad de mi fortuna”.⁴⁰ Al final, el drama se desata por maltrato a las palabras, tanto por el servicio postal que retrasa la carta del fraile como por Romeo que en su curiosidad lee un documento dirigido a otra persona.

2. *Palabras para el tránsito de principios universales a soluciones concretas eficaces*

Esta cualidad del lenguaje como condición de la persona afecta el núcleo mismo del sistema de derechos humanos. Por un lado, los documentos utilizan palabras que generan un consenso práctico que señala al menos

³⁹ Shakespeare, William, “Romeo y Julieta”, trad. de Josep Maria Jaumà, *Obras completas*, Barcelona, Penguin Random House, 2012, t. II, acto II, escena 1.

⁴⁰ *Ibidem*, acto II, escena 6.

una comprensión mínima de que cierto bien humano se realiza a través de multitud de acciones orientadas, en general, hacia ese fin.

Eso indica cierto vestigio de una forma común de comprender las acciones propias de nuestra condición humana. Así, por ejemplo, al conocer que una autoridad intenta forzar la conducta de un enemigo político porque lo ha encarcelado y le impide dormir, se identifica aquello como inhumano e indigno. La intencionalidad de la acción es inteligible a pesar de la diferencia cultural: el daño buscado directamente contra alguien.

Pero esos principios prácticos, para convertirse en acciones, bienes e interacciones concretas, han de llenarse de contenido con *más palabras*. De modo que es relativamente sencillo lograr un acuerdo sobre la necesidad de restituir o reparar un derecho humano violado, como en la exigencia de definitividad en los procesos judiciales. En un caso concreto, la Corte IDH condenó a Argentina por violación a la libertad de expresión de Jorge Fontevéchia y Héctor d'Amico, ordenándole, entre otras cosas, a “dejar sin efecto dichas sentencias en todos sus extremos, incluyendo, en su caso, los alcances que estas tengan respecto de terceros”.⁴¹

Durante la ejecución de la sentencia internacional, las autoridades de ese país sudamericano *nombraron* al resolutivo de la sentencia interamericana como una *revocación*: un tribunal ordena a otro dejar sin efectos una condena civil. Si se trataba de una *revocación*, entonces las garantías al debido proceso del tercero perjudicado se verían violadas, pues él ganó en el juicio interno las instancias definitivas, y no fue llamado a defender su derecho adquirido en el desahogo internacional del asunto.⁴² Pero la Corte Interamericana entendió que la fórmula “dejar sin efecto dichas sentencias en todos sus extremos” debía *nombrarse* más bien como una modalidad de *reparación*, fundada en sus facultades descritas por el artículo 63 del Pacto de San José, y en consecuencia no se le aplicaban las reglas y principios jurídicos de la *revocación*.

Con este ejemplo se muestra cómo los principios de derechos humanos exigen *más palabras*, requieren de un discurso concreto de adjudicación que identifique los hechos y los adscriba a una institución jurídica para señalar y operar sus consecuencias. Ese proceso muestra esta cualidad esencial de la persona como *dialogante* que afecta al derecho. Éste como actividad humana requiere de un diálogo entre los hechos y la tradición jurídica a través de la

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fontevéchia y otros vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), 105.

⁴² Corte Suprema de Justicia de la Nación, resolución sobre la petición de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que cumpla con la sentencia “Fontevéchia y d'Amico vs. Argentina”, CSJ 368/1998 (34-M)/CS1, 14 de febrero de 2017, párr. 11.

cual se identifiquen los modos en que esos principios *alcanzan* y *modifican* los datos del problema.

Ser persona, *ser-parlante*, *ser-con*, *ser-dueño-de-sí*, son cualidades que muestran para la acción específica por los derechos humanos, la persona requiera de un *dia-logos*, una puesta en común de los alcances, contornos y acciones con las que se opera un derecho humano. Así, cuando un problema donde una posición vea que su interpretación es rechazada, al menos su dignidad la protege para que no se anule su condición de persona. Por eso, el diálogo constituye al derecho como una actividad política, pues ésta “se basa en el hecho de la pluralidad de los hombres... trata del estar juntos y los unos con los otros de los *diversos*”.⁴³ Si el *distinto* desaparece o se absorbe por la posición prevalente, desaparece la *persona-junto-a-otros*, pues deja de existir un *diferente* con quién vivir.

V. ACCIONANTE: ACTIVIDAD, LABOR, TRABAJO

En su conferencia de 1957, “Labor, trabajo y acción”, Hannah Arendt explicó que la persona únicamente existe en cuanto *actuante*, pues es “aquello de lo que ningún hombre puede escapar totalmente[,] [p]orque está en la condición humana”.⁴⁴ Este tipo de vida —la persona en cuanto accionante— “depende de la *labor* que produce todo lo necesario para mantener vivo el organismo humano, depende del *trabajo* que crea todo lo necesario para albergar el cuerpo humano y necesita de la *acción* con el fin de organizar la vida en común de muchos seres humanos”.

En otras palabras, al existir, la persona *actúa*. Sus intuiciones no son una efusión de autonomía sin más: discurre en un razonar, aunque no se dé cuenta de las etapas de ese proceso. Transforma el mundo en que aparece ante él para mantenerse como ser humano. Busca los frutos en un árbol, limpia el alimento, lo prepara conforme aprendió en su tradición, lo come junto a otros. Su vida se desarrolla en vistas a la supervivencia, y para lograrlo ha de *laborar*. Nunca resuelve sus necesidades vitales sin ese encuentro entre cultura, naturaleza, esfuerzo personal, convivencia con otros. A esa *labor* le corresponde resolver los procesos biológicos y se orienta a producir (*poiesis*) lo necesario para atender esos procesos vitales. Se trata de una actividad en sí misma circular, porque ha de repetirse una y otra vez hasta la

⁴³ Arendt, Hannah, *¿Qué es la política?*, trad. de Rosa Sala Carbó, Barcelona, Paidós, 1997, p. 45.

⁴⁴ Arendt, Hannah, “Labor, trabajo, acción. Una conferencia (1957)”, en *De la historia a la acción*, trad. de Fina Birulés, Barcelona, Paidós, 1995, p. 89.

muerte. De modo que la *labor* “es el único modo por el que podemos permanecer y girar con contentamiento en el ciclo prescrito de la naturaleza, el afán y el descanso, la labor y el consumo, con la misma regularidad feliz y sin propósito se suceden el día y la noche, la vida y la muerte”.⁴⁵

Por su parte, el *trabajo* es definido por Arendt como la actividad por la que se “fabrica la pura variedad inacabable de cosas cuya suma total constituye el artificio humano, el mundo en que vivimos... dan al mundo su estabilidad y solidez sin la cual no se podría confiar en él para albergar esta criatura inestable y mortal que es el hombre”.⁴⁶ Así pues, al *trabajo* le es propio tanto la producción (*poiesis*) como la transformación de la persona misma que trabaja mediante su acción (*praxis*). Alguien se convierte en aquello en que decide y ejecuta. El arquitecto no sólo edifica una casa, sino que se *hace* a él mismo, se adueña de sí mismo a través de esos actos.

De ahí que reducir el trabajo a simple práctica utilitaria asfixie la vida humana, pues para esta pensadora alemana, una vez logrado el fin del objeto producido, esa actividad cumple su fin y se convierte en un objeto susceptible de un nuevo uso y transformación. “En otras palabras, en un mundo estrictamente utilitario, todos los fines... son transformados en medios para fines ulteriores”. Si este proceso terminara en un nuevo comienzo transformador, la actividad humana imitaría a Sísifo, condenado a nunca finalizar, de modo que quedaría “atrapado en una interminable cadena de medios y fines sin llegar nunca a ningún principio que pueda justificar la categoría, es decir, la utilidad misma”. Esta asfixiante perplejidad se resuelve si el *homo faber* se abre a su completa actividad: convertirse en el fin último que rompa con el perenne intercambio entre fines y medios. “Al elevar al usuario a la posición de fin último, degrada todavía más todos los demás *fines* a meros medios”.⁴⁷ Arendt remite a la acción y el discurso, la tercera actividad irreductible a la condición de persona:

Sólo el hombre puede *expresar* la alteridad [nacer de modo que ya encuentra otros seres en el mundo] y la individualidad, sólo él puede distinguirse y comunicarse a sí mismo, y no meramente algo sed o hambre, afecto, hostilidad o miedo... A dicha inserción no nos obliga la necesidad, como a la labor, ni es provocada por las exigencias y deseos, como el trabajo. Es incondicionada... Actuar, en sentido más general, significa tomar una iniciativa, comenzar... poner algo en movimiento.⁴⁸

⁴⁵ *Ibidem*, p. 95.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 96.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 101. Énfasis en el original.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 103. Énfasis en el original.

La acción introduce en el mundo algo que no tendría por qué surgir, no sólo de modo objetivo —algo novedoso reconocible en el mundo—, sino que *alguien* se muestra a través de esa acción. Una vez que ha decidido y actuado, entonces no cabe retractarse. En el mundo ya existe aquello. Al vivir *junto-con* otros, los demás piden a ese sujeto que responda y justifique aquella acción —¿por qué esto *aparece* en el mundo?— y se justifique a sí mismo —¿quién eres tú para haber introducido a mi existencia y en mi mundo, esto que no sigue las reglas de la necesidad?—. “La acción muda no existe, o si existe es irrelevante”,⁴⁹ dice Arendt. En palabras de Paz: “Soy hombre: duro poco / y es enorme la noche. / Pero miro hacia arriba: / las estrellas escriben. / Sin entender comprendo: / también soy escritura / y en este mismo instante / alguien me deletrea”.⁵⁰ En definitiva: “Sin palabra, la acción pierde el actor, y el agente de los actos sólo es posible en la medida en que se identifica como el actor y anuncia lo que está haciendo, lo que ha hecho, o lo que trata hacer”.⁵¹

La persona existe mostrándose a través de su acción, y ésta *dice, habla* y afecta la trama presente que existía antes de que actuara. Aún así, es la persona quien ahora se introduce en esta narración de modo que une su pequeña historia, la pequeña aportación de cada uno (en inglés *story*) en la gran historia (*history*) de la humanidad, compuesta por la trama de todas las interacciones humanas. Así, ser *dueño de sí*, ser *hijo*, ser *parlante*, y ser *actor* se anudan a modo de existencia narrativa.

Por último, para Arendt, la acción se enfrenta tanto a la incapacidad de deshacer esa parte de la historia que se afecta con la presencia de una persona como a la impredecibilidad de las consecuencias introducidas *ex novo* por la acción, como por la “extraordinaria fragilidad y la falta de fiabilidad” de los asuntos humanos. La persona no puede deshacer lo ya decidido ni controlar todos sus efectos ni ocultarse o apartarse de su condición de sujeto responsables de ellos, ni es capaz de garantizar todos los resultados que buscaba con una acción, ni sólo esos resultados. “La única redención posible de esta desgracia de la irreversibilidad es la facultad de perdonar, y el remedio para la impredecibilidad se halla contenido en la facultad de hacer y mantener promesas”.⁵²

⁴⁹ *Ibidem*, p. 104.

⁵⁰ Paz, Octavio, “Hermandad”, *Árbol adentro*, México, Seix Barral, p. 112.

⁵¹ Arendt, Hannah, *Labor, trabajo, acción... cit.*, p. 103.

⁵² *Ibidem*, p. 106. Arendt concluye el ensayo de esta manera: “Sin ser perdonados, liberados de las consecuencias de la que hemos hecho, nuestra capacidad de actuar estaría, por así decirlo, confinada a un solo acto del que nunca podríamos recobrarlos; seríamos para siempre las víctimas de sus consecuencias, semejantes al aprendiz de brujo que carecía de

El perdón y la promesa exigen que la persona clarifique otro aspecto irreductible de su presencia en el mundo: *ser-para*.

VI. SER-PARA, EMPATÍA, GÉNERO, CONYUGABILIDAD

1. *En una persona coexisten muchos personajes*

La descripción de las características irreductibles de la persona —aquellas que siempre se encuentran en ella— ofrecida en los apartados anteriores, además de vincularse entre ellas, se presentan abiertas a otra persona. La palabra misma expresa esa orientación, *resonar hacia*. Cualquier derecho no sólo dispone la realización de un bien humano, sino que señala *personajes* relevantes para su eficacia. Por ejemplo, el derecho a la educación se articula en torno a un bien humano (el “pleno desarrollo de la personalidad humana”),⁵³ y relaciona entre sí una serie de personajes: alumno-profesor, padres-hijos, gobernante-gobernados. Esta relación es comprensible, al mismo tiempo, a partir de la función propia del concepto. De este modo, un *alumno* sólo es comprensible si al mismo tiempo se considera tanto al *profesor* como la actividad educativa.

Si el término *persona* es un concepto relacional, en él *resuenan* tanto el relacionado (*relatum*) como el motivo de la vinculación entre ambos, el ambiente o motivo que da sentido a esa correspondencia (*relata*). De modo que los términos relacionales sólo son comprensibles si el *relatum* se descubre, explica y coordina en el *relata* apropiado en torno a la eficacia propia de la función de esos personajes. Los juristas romanos definían esta cualidad con un adagio *unus homo sustinere potest plures personas*, que podría traducirse como *en una persona coexisten muchos personajes*.

la fórmula para romper el hechizo. Sin estar atados al cumplimiento de las promesas, no seríamos nunca capaces de lograr el grado de identidad y continuidad que conjuntamente producen la «persona» acerca de la cual se puede contar una historia [*story*]; cada uno de nosotros estaría condenado a errar desamparado, sin dirección, en la oscuridad de nuestro solitario corazón, atrapado en sus humores, contradicciones y equívocos. Esta identidad subjetiva lograda por la sujeción a las promesas debe ser distinguida de la «objetiva», esto es, ligada a los objetos, aquella identidad que surge del confrontarse a la mismidad del mundo, a la que aludí al tratar el trabajo. A este respecto, perdonar y hacer promesas son como mecanismos de control establecidos en el propio seno de la facultad de iniciar procesos nuevos y sin fin”. *Ibidem*, pp. 106 y 107.

⁵³ Artículo 26.2, DUDH.

2. *Empatía y derechos humanos*

El artículo 1o. de la DUDH sostiene un dato de hecho: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” —en el que descubre una consecuencia deóntica—, “debe comportarse fraternalmente”. ¿Cómo justifica una conclusión así de modo que se supere la falacia naturalista? Sólo si en el ser mismo de la persona ya se encuentra la finalidad en ese ser, un bien que se identifica con su presencia y una función unificada a esa existencia. Los redactores de la DUDH colocaron una capacidad inherente gracias a la cual opera esencialmente para comprender un ser-teleológico: “dotados como están de razón y conciencia”.

Los textos de derechos humanos clásicos, elaborados durante la Revolución francesa y la Independencia norteamericana del siglo XVIII, seguían una intuición de Kant. Para ellos, cuando los ciudadanos se veían expuestos al goce de su libertad, esta experiencia desencadenaría su deseo de vivir conforme a esa autonomía.⁵⁴ Pero sin negar el valor de la libertad, los redactores de la DUDH colocaron el resorte de los derechos humanos en otra experiencia. El libanés Charles Malik sugirió que se incorporara la palabra *razón* en el entonces artículo 1o., que sólo describía la igual dignidad y el deber de comportarse como hermanos. Sin embargo, ¿por qué habrían de esperar por ese hecho que toda persona descubriría sus deberes humanos? ¿Cómo realiza esa operación de reconocimiento? ¿A esa potencialidad le corresponde un acto propio? El redactor de la fórmula a debate, el francés René Cassin, apoyó la sugerencia, pues él intentaba “comunicar la idea que el hombre más humilde de cualquier cultura posee la chispa particular que lo distingue de los animales, y al mismo tiempo lo obliga a una mayor grandeza y mayores deberes que a cualquier otro ser de la tierra”.⁵⁵ En ese contexto, el delegado chino propuso incluir una traducción de un término del vocabulario ético de Confucio, *Ren*:

[E]n traducción literal del chino al inglés sería *two-man-mindedness*. En inglés significaría lo mismo que *sympathy* [en español, empatía, solidaridad, benevo-

⁵⁴ “Porque ocurre que cuando la Naturaleza ha logrado desarrollar, bajo esta dura cáscara, esa semilla que cuida con máxima ternura, a saber, la inclinación y oficio del libre pensar del hombre, el hecho repercute poco a poco en el sentir del pueblo (con lo cual éste se va haciendo cada vez más capaz de la libertad de obrar) y hasta en los principios del Gobierno, que encuentra ya compatible dar al hombre, que es algo más que una máquina, un trato digno de él”. Kant, Immanuel, *Filosofía de la historia*, trad. de Eugenio Imaz, México, Fondo de Cultura Económica, 1994. Énfasis en el original.

⁵⁵ E/CN.4/SR.8, p. 2. El texto al que se refiere se encuentra en E/CN.4/AC.1/W.2/Rev.2.

lencia] o «conciencia», de un ser humano como yo”. Esta nueva idea, pienso que debe incluirse como un atributo esencial del ser humano... Sugeriría una más cercana a empatía, que incluya tanto una buena voluntad hacia los semejantes, como que también signifique el carácter innato con el que nazca en el hombre.⁵⁶

De esta forma, los documentos del siglo XVIII sí presuponían que bastaba una emanación de libertad para conocer los propios derechos humanos. En cambio, la Declaración de 1948 centra esta operación intelectual en un conocer apropiado de un *ser-para*: la *empatía*. Una diferencia fundamental. ¿Por qué? Si todo depende de la libertad de una mónada de libertad encerrada en sí misma, que conoce sus propias intuiciones y surgen como pulsiones irrefrenables, en el fondo, todo se reduce a los beneficios y a los méritos que emanan a favor del propio interés egocéntrico. En un segundo momento esa conclusión se utilizaría para calcular si se daña o no otras libertades que, de forma misteriosa, pueden conocerse como análogas a las propias.

Los redactores de la DUDH abandonaron ese punto de partida, pues la fuerza motora de los derechos humanos se constituye por la experiencia empática de un *ser-para*. Para ellos, primero se percibe con empatía la dignidad de otros, vinculada a la presencia de ese *alguien valioso para mí*, de forma refleja se captan los propios derechos. *Empatía* y *Ren* corresponden a lo que en el mundo hindú se refiere a *dharma*, o ley universal del ser, susceptible de captarse en los otros y en uno mismo. Mahatma Gandhi escribió a Julián Huxley en respuesta a la investigación filosófica auspiciada por la UNESCO sobre los derechos humanos universales:

De mi ignorante pero sabia madre, aprendí que los derechos que pueden merecerse y conservarse proceden del deber bien cumplido. De tal modo que sólo somos acreedores del derecho a la vida cuando cumplimos el deber de ciudadanos en el mundo. Con esta Declaración fundamental, quizá sea más fácil definir los deberes del hombre y de la mujer y relacionar todos los derechos con algún deber correspondiente que ha de cumplirse primero. Todo otro derecho sólo será una usurpación por la que no merecerá la pena luchar.⁵⁷

⁵⁶ E/CN.4/AC.1/SR.8, pp. 2 y 5.

⁵⁷ Gandhi, Mahatma, “Carta al director general de la Unesco”, en Maritain, Jacques (comp.), *Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal*, trad. de Margarita Villega Robles, México, Fondo de Cultura Económica, 1949, p. 23.

3. *Ser-para, dos modalidades de toda la persona ante el mundo*

Tómese en cuenta lo expuesto hasta ahora sobre la persona, si es acertado, también ha de aplicarse a su realidad corpórea: la incomunicabilidad de su ser individual (el rostro), ser-desde (el ombligo, su DNA, su disposición reproductiva), ser-con (la mirada), parlante (sus medios de comunicación). Además, considérese la unidad bio-psico-racional por la que la persona no *tiene* cuerpo, sino que también *es* cuerpo. Por ejemplo, una sonrisa integra alegría interior, un movimiento muscular, un afecto sensible y una relación adecuada entre ellos. Si una persona experimenta felicidad, pero es incapaz de expresarla en el rostro, se asume que está enferma. Si se carece de alegría interior, pero se ve una sonrisa, se trata de una mueca. Pues bien, al nacer en toda persona se reconoce una corporalidad sexuada, unos órganos de un sistema reproductivo que, si sigue la lógica de la sonrisa, ha de manifestar dos maneras o modalidades en las que la persona humana existe en el mundo: hombre o mujer. Nadie escapa de esa identidad originaria. En un segundo momento, con su toma de conciencia, la persona comprende y reconcilia subjetivamente este dato primigenio con los modos de expresarlo.

Dentro del amplio abanico de reflexiones sobre la identidad sexual de la persona, en estas páginas sólo pretendemos exponer cómo la persona humana existe en dos modalidades, en dos estilos de *intender* y experimentar la realidad y el modo de vivir ante ella desde la integración de todos los ámbitos de la persona. Así pues, estas reflexiones entre la persona masculina y la femenina se reducen a la afectación adverbial ocasionada por un cuerpo sexuado en su disposición orgánica-reproductiva integrada psicointelectivamente en todo el ser de la persona. Es decir, la experiencia de la persona humana presenta dos modalidades o variaciones a partir del dinamismo unificado de su ser-corporal, su ser-psicoafectivo y su ser-racional. En otras palabras, la integralidad que se capta en una sonrisa pide que si se acepta una condición sexuada del cuerpo, diferenciada entre individuos masculinos y femeninos, se reflexione si esa disposición acentúa la expresión *psicoafectivo-racional* de sus operaciones en una dirección o en otra.

Edith Stein describe el *intender* de cada modalidad humana (masculina/femenina) como una forma estructural vital, que *intensifica* la operación humana. No se trata de trazar de modo excluyente una serie de características o actividades propias que separan una de otro, sino más bien de delinear un grado de vehemencia y vigor con la que se manifiesta esa especificidad de lo femenino o masculino en el existir como personas. Esta distinta y complementaria *intensidad* se percibe, fenomenológicamente hablando, en

tres ámbitos personales: primero, la relación entre el cuerpo humano con el mundo; segundo, en la interacción entre el cuerpo, los sentimientos y el espíritu; y tercero, en la correlación entre el querer comprender y conocer lo que se decide.

Para esta fenomenóloga alemana, la mujer comprende y vive con más intensidad la unidad del cuerpo con el alma, experimenta con más vehemencia la totalidad de lo personal en cada humano, y suele imprimir con mayor nitidez el carácter de gratuidad en la actividad humana. En cambio, la especificidad del varón se describe como darse en otros, en cierto *desapego* a favor del mundo exterior, con el fin de imprimir un rostro personal y humano en el mundo. El varón *humaniza* la vida personal, asimismo, a los demás y al mundo, saliendo de sí, ofreciéndose a otros *en otros*.⁵⁸

No se trata, por tanto, de establecer un catálogo de acciones masculinas o femeninas ni de reducir la reflexión a actitudes propias de un género distintas al otro. Es evidente que una comunidad humana coherente con la dignidad de la persona asume, promueve y requiere la convivencia de ambas especificidades o modalidades de vivir lo humano tanto en la labor como en el trabajo y en la acción común. Toda actividad en el mundo, para calificarse como humanamente digna, exige la participación de todas las modalidades humanas: la especificidad femenina y la especificidad masculina. Un par que interactúan en igualdad de *diferencia*; sin esa interacción, quedaría sin expresarse la *totalidad* de la condición humano en cuanto personas.

4. *Ser-para como conyugalidad*

Por último, el *ser-para* de la persona humana, su modalidad como varón y mujer, incluso marcado en su sexualidad, significa una apertura existencial de toda ella, su historia y deseos, para encontrarse con otra persona, de modo que la acción libre ya no consiste en *hacer algo*, sino identificarse como un *ser-para-ti*. Ahora bien, ¿por qué interesaría al Estado regular una decisión tan íntima y personal sobre a quién se ama? Si es algo tan íntimo y privado, ¿por qué incorporar al sistema jurídico con quién se decide vivir? ¿Cuáles son los bienes públicos que se siguen del matrimonio y la familia?

⁵⁸ Los fenomenólogos, Edith Stein entre ellos, desarrollaron un método para descubrir las cosas mismas tal y como se experimentan, sin negar las experiencias culturales y parciales, pero sin agotarlas en ellas. La alumna de Husserl aclara la eficacia de un argumento así y su aplicación a la especificidad de la modalidad masculina y femenina de lo humano en una serie de conferencias recogidas en Stein, Edith, *La mujer. Su naturaleza y misión*, trad. de Alberto Pérez Monroy y Francisco Javier Sancho Fermín, Burgos, Karmel, 1998.

La jurisprudencia de la décima época de la SCJN centra su aproximación a la realidad matrimonial en el reconocimiento de una decisión que se considera valiosa por quien la elige, en notar una cualidad de la elección de unos adultos y todo aquello necesario para asignarle eficacia jurídica.

Pero si la familia cumple una función pública, más allá de ser el sitio donde se expresa una decisión autónoma, y se articula en torno a los niños que origina, a los abuelos que acoge y la vulnerabilidad que cuida —es decir, se considera como un fenómeno *paidocéntrico*, *gerontocéntrico* y *vulnerocéntrico*—, entonces al Estado le interesaría proteger y promover la unidad familiar si ésta cumple un rol fundamental en esos tres ámbitos. Si bien es cierto que no todos los matrimonios engendran hijos, ni todos los hijos nacen de un matrimonio reconocido legal o culturalmente, sí es verdad que toda persona nace de un padre y una madre. Aunque todo matrimonio se origina en la decisión de unos adultos, la elección no es el único elemento que aparece en la realidad familiar: nadie eligió nacer, hacerlo en una tradición cultural, junto a unos hermanos, o experimentar la vulnerabilidad. Ni tampoco, autónomamente, decidió quiénes serían los padres que lo *llamaron* a la vida. Así pues, al Estado podría interesarle de la familia, algo más que sólo la autónoma y valiosa decisión para acceder al matrimonio; por ejemplo, la formación y protección de los vulnerables, la maduración de futuros ciudadanos, o el papel humanizador y civilizador que se desarrolla en el cumplimiento de las exigencias familiares.

VII. PERSONA Y DIGNIDAD

1. *Persona y dignidad*

Si se busca una palabra para sintetizar todos los elementos irreductibles que se han descrito, se utiliza el término *persona*. Si se busca describir el *brillo* que emite la persona, éste podría tratarse de la cualidad que la hace inteligible y de un fin que la cualifica como *amable*. En consecuencia, el *resplandor* de la persona que mide y ajusta una conducta de modo coherente en torno a ella misma se le llama *dignidad*. Por último, cuando la realidad de la persona se considera cuanto *relacional*, como un *existir-ante-otra-persona*, ésta se introduce en el mundo del *derecho*.

En otras palabras, la dignidad es el resplandor que emana de la persona, la idoneidad y estándar de su dinamismo existencial; el estándar que mide la coherencia de una acción con ese valor. La dignidad de la persona se refiere a esa luz de inteligibilidad y a ese resplandor que permite medir

la coherencia de las acciones personales. El derecho, en consecuencia, es el ajuste de la relación interpersonal a través de la operación de todos los elementos irreductibles de la persona.

En otras palabras, la aspiración connatural por afirmar a la persona implica no sólo captar su presencia de algo real, inteligible y amable, sino que *aquella* se introduce en la esfera de *uno mismo* y pide una conducta apropiada, ajustada, a la persona. El deber hacia la persona nace *dentro* de la experiencia de la persona y se traduce en un actuar externo ajustado a ella. Se trata de una estructura dinámica de dominio de sí y de una humanización de la acción humana medida por ese valor incondicional. Por eso, la SCJN sostiene, con acierto y enfáticamente, que

la dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica... [pues] la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta —en su núcleo más esencial— como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.⁵⁹

2. *Persona y derecho: el qué y el cómo equivalente al quién*

Esta totalidad de la persona humana y la radicalidad de su humanidad exigen que la actividad jurídica incorpore *todas* esas características irreductibles. Usualmente el derecho se define sólo en torno a ser dueño de sí mismo. Por eso —si se sigue a Hohfeld— se caracterizaría como derecho subjetivo, libertad o privilegio, potestad o inmunidad.⁶⁰ O en una descripción menos académica, *derecho* equivaldría a decir *right* (correcto o adecuado), *claim* (reclamo), *trump-card* (carta ganadora) o *entitlement* (legitimación).

⁵⁹ Tesis 1a.CCCLIV/2014, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, octubre de 2014, p. 602.

⁶⁰ Hohfeld, Wesley, *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de Genaro R. Carrió, México, Fontamara, 1991, pp. 49 y ss.

Así pues, ¿cómo se definiría el *derecho* si pretende ser coherente con el *quién* de *toda* persona? ¿Cómo describir el término de forma relacional, dialógica, tradicional y abierto al influjo de la acción? Quizá si se añaden algunas características de la idea de la jurisprudencia romana clásica sobre el *ius*, se describiría así: i) El ajuste —mediante una acción humana, que dialoga con la tradición— de bienes, cosas, operaciones, posesiones y elementos; gracias al cual se ii) equilibran los personajes (*relatum*) contextualizados al motivo de su relación (*relata*) concreta, histórico-cultural; iii) que permite, habilita y posibilita que se encuentren personas que comparten narración compartida, iv) y que orienta y justifica toda exigencias, libertades, privilegios, potestades o inmunidades reconocidas en el sistema jurídico.

Al mismo tiempo, ¿cómo habría de argumentarse un *derecho* así concebido, de modo que sea coherente con el *quién* de toda la persona? Gustav Radbruch explica que el *cómo adjudicar* del derecho —la interpretación— implica buscar “el sentido incorporado a la norma misma”, pero no en únicamente el *sentido filológico* de las palabras del enunciado jurídico, sino “llevar lo pensado hasta el final consecuente del proceso de pensamiento”.⁶¹ Es decir, ¿qué significan para esos hechos un enunciado como el descrito en el texto jurídico —legal o jurisprudencial—? ¿Qué consecuencias para los personajes implicados deben asignarse a sus cosas, posesiones y acciones, de modo que ellos capten motivos racionales para encontrarse como personas? ¿Cuáles son los bienes humanos en juego, qué acciones eficaces y realizables ajustarán a estos personajes, en el contexto de una tradición que cuenta con instituciones y procesos para que esta respuesta sea inteligible y acogida por ese contexto jurídico?

Arthur Kaufmann sugiere que un argumento así, un *espiral hermenéutico*, consiste en un (i) ir y venir de la persona entre (ii) los hechos del caso y (iii) la tradición jurídica desde su experiencia y precomprensión de ambos.⁶² Esos extremos se *acercan* poco a poco a una solución vislumbrada desde la sensibilidad por la justicia del operador jurídico. Éste elige qué sucesos del caso constituirán (iv) el *caso vital* o narración de los hechos que piden (v) un *tipo jurídico* y los equilibrios propios de los hechos y los personajes. Por su parte, el *tipo jurídico* consiste en las porciones de la ley y la jurisprudencia previa, medios probatorios y principios jurídicos que se eligen en función del *caso vital* que a la vez se va construyendo. Ambos se colocan en correspondencia, de modo que el argumento jurídico (vi) configura, lee y construye un dere-

⁶¹ Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenseslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, pp. 9 y 10.

⁶² Como introducción a este método puede verse Kaufmann, A., “Concepción hermenéutica del método jurídico”, *Persona y Derecho*, 35, 1996, pp. 11-36.

cho —*right, claim, trump card, entitlement, ius*— coherente con el *quien* total de la persona.

Para darle sentido pleno a la expresión “...todas las personas...”, se trata de reconocer, a *todas* ellas, pero también a *toda ella*. No sólo como el *quién* del derecho, sino también el *qué abarca el derecho* y el *cómo se adjudica*. Reducirlo a la experiencia de la autonomía es dejar fuera lo que realmente se pretende proteger.

En definitiva, la fórmula “todas las personas” sólo es consistente si asume y es coherente con *toda* la persona.

3. Segundo excurso: la titularidad de derechos del embrión

A. ¿*Artavia Murillo* ha cerrado los contornos del derecho a la vida?

Si lo desarrollado en estas páginas sobre la persona, el derecho y la argumentación jurídica es consistente, y en consecuencia impregna toda reflexión sobre los derechos humanos, entonces ha de revisarse de nuevo la exclusión del fecundado de la *titularidad* de los derechos humanos.⁶³ En la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, la Corte IDH reconoce que el embrión puede merecer una protección en cuanto material humano relevante, pero no la titularidad del derecho a la vida, cuyo reconocimiento y protección sólo se permite de forma gradual, no absoluta.⁶⁴ La Corte IDH ofreció tres razones para fundar una conclusión así: primero, la elección de un significado de *concepción* a costa de otro posible⁶⁵ —donde excluyó por motivos filosóficos un conjunto de literatura científica por asociarla a otra escuela filosófica—. Segundo, eligió como método central la consideración del texto como un documento vivo —en detrimento del sentido ordinario de las palabras que con buena fe utilizaron los países al componer el tratado,⁶⁶ y

⁶³ El artículo 4.1 del Pacto de San José dice: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*, 28 de noviembre de 2012, párr. 264.

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 186 y ss.

⁶⁶ Artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT): “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

que confirmaron con sus prácticas posteriores—. ⁶⁷ Y tercero, al interpretar la expresión “en general”⁶⁸ del artículo 4.1 —pudiendo elegir otra razonable y coherente con una protección más amplia—. ⁶⁹

Sobre la primera razón, la Corte argumenta que la *concepción* ha de comprenderse a partir del momento de la implantación, pues la fecundación *in vitro* (FIV) habría transformado el concepto de concepción conocido por los redactores del Pacto. Ellos no sabrían que la fecundación y la implantación constituyen fenómenos distintos, y la FIV habría abierto una comprensión nueva del embarazo.⁷⁰ Sin embargo, la distinción entre fertilización e implantación se conocía al menos desde 1876;⁷¹ desde 1950 se practicaba la FIV, aunque sin éxito, en personas humanas, pero la FIV en animales se logró con éxito desde 1878.⁷²

Sin embargo, la Corte IDH asume que los redactores no sabrían distinguir entre fecundación e implantación, por lo que acude a la literatura científica para resolver el problema. Explica, con acierto, que esta es contradictoria: para unos, “el inicio de la vida comienza con la fecundación... mientras que otras consideran... [como] punto de partida... su implantación en el útero... [o] cuando se desarrolla el sistema nervioso”.⁷³ Y concluye:

respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una pers-

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Artavia Murillo...*, *cit.* párr. 245 y ss. En este punto, la Corte IDH remite el artículo 31 de la CVDT, en concreto el párrafo tercero, que dice: “Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones: b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado: c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 258 y ss.

⁶⁹ Ha de tomarse en cuenta, que el mismo tribunal interamericano sostuvo que una disposición jurídica puede violar derechos humanos si es *irrazonable*, pues *razonabilidad* “implica un juicio de valor... una conformidad con los principios del sentido común” que justifica el carácter justo, proporcionado y equitativo de un estándar de derechos humanos; lo que lo opone a algo injusto, absurdo y arbitrario (*cfi.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Opinión consultiva 13/93, 16 de julio de 1993, párr. 33 y 34.)

⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Artavia Murillo...*, *cit.*, párr. 179.

⁷¹ Ventura-Juncá, Patricio y Santos, Manuel “The Beginning of Life of a New Human Being from the Scientific Biological Perspective and its Bioethical Implications”, *Biological Research*, vol. 44, núm. 2, 2011, pp. 201-207.

⁷² Bavister, Barry D., “Early History of Fertilization”, *Reproduction*, vol. 124, 2002, pp. 181-196.

⁷³ Párr. 183.

pectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa... [por lo que] no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos *pueden ser asociados* a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues *ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas* a otras personas que no las comparten.⁷⁴

Descartada la literatura científica asociada a un tipo de concepción para evitar imposiciones sobre valores no científicos, la Corte da validez al bloque científico contrario. Esta conclusión, lamentablemente, valida unos estudios por los mismos motivos por los que ella rechaza los otros. El hecho de que dos planos de argumentación diferente sostengan una conclusión similar (uno el método científico y otro la reflexión ética), no significa que los estudios rechazados por la Corte hayan violado el método científico con el que llegaron a su conclusión. En otras palabras, unos estudios científicos embrionarios que abandonan su método propio para aplicar los de una filosofía exigiría que descartarse por inconsistentes.

Pero la Corte no los rechaza por violar su método propio, sino porque les aplica una metodología no científica: su asociación con sistemas ético-filosóficos. ¿Explica en la sentencia qué inconsistencias científicas encontró en la elaboración de esos estudios y en sus conclusiones? No. Prescindió de ellos porque la Corte eligió una posición fideísta o emotivista, que descarta una literatura científica por motivos no científicos. Si la Corte acude a la prueba científica, es precisamente por su método propio para acercarse a la realidad, y que si bien es cierto a un tribunal no le corresponde ser experta en los métodos auxiliares a los que acude para resolver, al menos asume que comprende la racionalidad elemental detrás de esas conclusiones dentro de ese ámbito. De lo contrario, ¿para qué acudir a la prueba científica en general en búsqueda de información?⁷⁵ Si ha de rechazar algún estudio científico,

⁷⁴ Párr. 185. Énfasis añadido.

⁷⁵ La Corte rechaza la posibilidad de reconocer “atributos metafísicos al embrión” porque aquello no sería científico, y por tanto, sólo fruto de un sentimentalismo incommunicable. Pero ella misma comete esa irracionalidad al sostener sus conclusiones del mismo modo. En la sentencia, este problema también aparece en la valoración de la opinión de los peritos. La Corte escuchó a cuatro de ellos: Fernando Zegers, Anthony Caruso, Paola Bergallo y Marco Gerardo Monroy Cabra (párr. 43). A lo largo de la sentencia, al perito Zegers Hochschild se le menciona en cuarenta y cuatro ocasiones; a Caruso, trece; a Bergallo, tres, y a Monroy, tres. Lamentablemente, la Corte nunca justifica por qué la opinión de Zegers debía preva-

al menos debería explicar mínimamente sus inconsistencias metodológicas. Porque si no lo hace caería en el error que ella misma denuncia.

En segundo lugar, la Corte acude a la interpretación evolutiva, porque el sentido del término *concepción* de los redactores se ha *oscurecido*, ya que ellos no sabrían distinguir entre fecundación e implantación. Asumiendo lo anterior, tampoco encuentra el significado de la palabra en el comportamiento ulterior de los Estados tras la firma del Pacto de San José.⁷⁶ Antes de que la Convención entrara en vigor, sólo Ecuador y Paraguay reconocían la protección de la vida humana desde la concepción, y México incluyó una reserva explícita a esa sección del artículo 4o. Tras la aprobación del texto, El Salvador, Guatemala, Perú, Honduras, Chile y República Dominicana modificaron su Constitución para incluir al fecundado como sujeto del derecho a la vida. En 1994, Argentina introdujo en su texto constitucional la facultad del Congreso para “aprobar un sistema social especial e integral que protege a los niños necesitados desde la gestación...”.⁷⁷ Después de 1969, en Latinoamérica veintinueve países han mantenido su legislación penal tipificando el aborto directo, cuatro lo han endurecido al prohibirlo totalmente y sólo cuatro lo habían despenalizado⁷⁸ cuando se decidió *Artavia Mu-*

lecer, con tanta relevancia, a costa del resto. Esta falta de explicación mina la racionalidad elemental de la sentencia, si se toma en cuenta que este perito *Hércules* es “una persona que ha promovido e impulsado la fecundación *in vitro*”. Cianciardo, Juan, “La especificación del derecho a la vida del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos. Una aproximación desde el caso *Artavia Murillo*”, *Dikaion*, Bogotá, vol. 25, núm. 2, diciembre de 2016, p.182. Ahí mismo, Cianciardo refiere este comentario de Santiago Altieri: “Evidentemente no está en entredicho su competencia profesional. Lo reprochable es que la Corte haya dado tanta relevancia a un perito que tenía interés contencioso y carecía de imparcialidad; debió haber dado razones de por qué admitía a un perito con interés, y por qué privilegió ese informe respecto de los otros”.

⁷⁶ El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que la regla de interpretación del mismo será realizarla “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Para comprender ese sentido, se tomará en cuenta el preámbulo y anexos, los acuerdos, e instrumentos elaborados y aceptados en torno a la celebración del tratado; los acuerdos y prácticas ulteriores de las partes, y el sentido especial de un término solo si así se manifiesta.

⁷⁷ Constitución Política de la República de Argentina de 1994, artículo 75.23. En este país sudamericano, 11 de 23 provincias reconocen en su Constitución el inicio de la vida humana desde el momento de la concepción.

⁷⁸ Ornelas Duarte, Aracely, “Interpretación del artículo 4.1: revisión y análisis de la práctica ulterior de los Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Ramos-Kuri, Manuel (coord.), *Análisis crítico de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro*, Querétaro, 2016, nota al pie 65, pp. 133 y 134.

nillo.⁷⁹ Sin embargo, la Corte consideró que estas conductas de los Estados no expresan su comprensión del texto del Pacto de San José. Por último, la Corte podría haber interpretado la fórmula “en general” del artículo 4.1 en dos sentidos. El primero —señalado en el voto disidente de Vio Grossi—, implicaba la protección más amplia del derecho a la vida en beneficio del embrión. El segundo, el sentido más restrictivo del alcance del artículo 4, pero más amplio para el de integridad personal de quien padece una enfermedad. El primero asume que la vida de toda persona humana debe estar protegida *siempre* por el Estado, incluida en sus leyes. En general, es decir, lo común y frecuente será que se mencione explícitamente el inicio de la vida humana desde la concepción. Si un Estado no lo hubiera hecho así, se prefiere una reforma legislativa; pero si no lo hiciera, no incumpliría su obligación. Lo excepcional sería que ninguna ley del Estado lo hiciera, pero no haría falta esa protección reforzada, pues el derecho a la vida de toda persona siempre está protegido. A favor de esta opción ha de considerarse que sólo tres países se opusieron a incluir la concepción de forma explícita, y sólo dos sostuvieron su deseo de que el texto significara la prohibición del aborto. En ningún caso lo hicieron para negar el estatuto del embrión fecundado como persona.⁸⁰ Concluye el juez Grossi que “esa protección debe ser *común* para el

⁷⁹ La práctica actual de los Estados, suficiente para que la Corte la considerara fuente jurídica, fueron 135 centros FIV, en once países (45% del sistema interamericano), y la legislación sobre reproducción humana en siete países (29%). Esa tercera parte fue suficiente para considerar esta práctica como *mayoritaria* y, por tanto, válida para negar el reconocimiento del concebido como persona (Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo...*, *cit.*, párr. 256). En su voto disidente, el juez Vio Grossi señala que, incluso difícilmente ese implique una *mayoría*, en la regulación del FIV ninguno en esa onцена de países reglamentaron “en aplicación o consideración” del sentido de la palabra *concepción* del artículo 4.1 del Pacto (Grossi, Vio, *Voto disidente del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, 28 de noviembre de 2012, p. 19). Al mismo tiempo, la Corte rechazó reconocer titularidad de derechos humanos a las personas jurídicas, porque en la práctica, aunque los países les reconocen algún derecho fundamental —propiedad (en el 50% de ellos) o acceso a un recurso efectivo (en el 62% de ellos)—, “lo cierto es que estos antecedentes no son suficientes, por cuanto no todos los Estados realizan el reconocimiento de la misma forma y el mismo grado. Adicionalmente, este Tribunal nota que ésta es la posición que los Estados ostentan en su derecho interno, razón por la cual no es posible modificar el alcance del artículo 1.2 de la Convención Americana. Corte interamericana de Derechos Humanos, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas...*, *cit.*, párr. 67. Como es lógico, no todo principio jurídico se invoca del mismo modo en distinta causa jurisdiccional. Aún así, al lector le queda la duda sobre cuál es el motivo jurídico, por el que la práctica de los países no es válida cuando se trata del 50% en un caso, y sí lo es cuando sólo alcanza el 30% en un tema culturalmente muy debatido.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo...*, *cit.*, párr. 203-205.

nacido” y para el que no ha nacido, pues en “ambos hay vida humana, hay un ser humano, una persona”.⁸¹

El segundo sentido, el que eligió la Corte, comprende el artículo 4.1 como si dijera: “toda persona tiene derecho a la vida de modo que el Estado debe protegerla *siempre*, pero *excepcionalmente* lo haría la concepción siempre que no impida el desarrollo de otros derechos”. Es decir, conforme al vocabulario incorporado por la Corte, al texto le correspondería la siguiente estructura: “[El derecho a la vida] estará, protegido por la ley de forma gradual; lo infrecuente será hacerlo desde el momento de la implantación; puesto que al embrión no le corresponde una protección absoluta de este derecho”.⁸² A favor de esta posición, está la necesidad de hacer efectiva la FIV como parte del derecho a la salud y del libre desarrollo de la personalidad.

B. Valoraciones jurídicas sobre base empírica

La ciencia embrionaria solo llega a conclusiones descriptivas de un fenómeno: en la fecundación se encuentran ya los elementos suficientes para considerarse un ejemplar de la especie humana. En este punto el consenso de los biólogos es amplio.⁸³ Artavia Murillo no se aparta de esta conclusión: la FIV presupone este suceso, los médicos que la practican, los posibles padres que la buscan, y los jueces que protegen una decisión considerada como valiosa, asumen que con la fecundación se consigue una célula pluri-potencial que si se mantiene en un entorno particular, se logrará un embarazo y el parto de una persona humana.⁸⁴

Pero fuera del ámbito empírico, en el terreno de las consecuencias normativas, y los motivos éticos subyacentes en este dato experimental, las conclusiones discrepan. ¿En qué momento un feto ha de considerarse con la dignidad de persona humana y recibir la protección como algo más que material humano? Sin duda el debate se presenta acalorado por as conse-

⁸¹ Grossi, Vio, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo...*, *cit.*, párrs. 203-205 y 263.

⁸³ Jacobs, Steven Andrew, “Biologist’s consensus on ‘When life begins’”, 25 de julio de 2018, disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3211703>.

⁸⁴ En las notas al pie 266, 268 y 279 del caso Artavia Murillo se remiten a numerosos estudios científicos sobre esta conclusión. La disputa se centró en el valor jurídico de ese fenómeno, no en su valor biológico. Puede verse también un recopilado de trabajos en American College of Pediatricians, “When Human Life Begins”, Marzo 2017, <https://acpeds.org/position-statements/when-human-life-begin>.

cuencias que se siguen y no parece que se vaya a resolver de manera pacífica. Acudir a sede judicial solo resuelve a favor de una solución sobre cómo se atenderá una situación dolorosa.

El caso Artavia estudió la titularidad del embrión como una realidad subordinada al libre desarrollo de la personalidad y en el hecho del embarazo. Ahora bien, probablemente esa valoración jurídica sería distinta si el asunto tratara sobre la determinación de la pena a un esposo que golpea a su cónyuge preñada; a la reparación del daño en caso de que un médico por negligencia culposa suministrara un medicamento que provoca la pérdida del embrión, o le transmite el VIH; o si la clínica de FIV destruyera los óvulos fecundados o implanta por error los destinados a otra pareja.

De ser así, el valor del embrión dependería del contexto en que se estudia, no en lo que es. De seguir esta línea argumentativa, las cualidades inherente o inalienable de los derechos humanos derivarían del juicio y asignación de un agente externo al sujeto. Más aún, si no se reconoce desde la fecundación la condición de persona del embrión, entonces, la línea que se traza para identificar cuándo el ser biológicamente de la especie ya es persona humana digna, implicaría al menos dos presupuestos problemáticos. Primero, se asumiría que las personas se desarrollan como agregando componentes y a partir de cierto número de partes, se podría reconocer a una persona; algo análogo a los automóviles. Segundo, el juicio sobre qué es persona humana dependería no de su pertenencia a la especie humana, sino a aquello que a priori se decide que forma parte de los elementos que identifican ya la presencia empírica de una persona.

Ambas contradicen al menos una experiencia ética y otra jurídica. Por una parte, la empatía que los redactores de la DUDH presuponían para hablar de estos derechos. Quien juzga valorativamente cuándo inicia la vida humana ha de reconocer que ella misma comenzó su existencia como cigoto: ¿cómo decide aplicar a otro lo que no desearía para sí? Segunda, en un argumento de proporcionalidad de derechos fundamentales, se procura “la no anulación de ninguno de los derechos”:⁸⁵ decidir la destrucción del embrión como respuesta a un problema de su madre, del científico o de alguien más, significaría su pérdida absoluta.

El lenguaje adversarial —el embrión frente a su gestante— del derecho oscurece muchos de los requerimientos de la justicia que exige la sexualidad humana, la transmisión de la vida y la aportación femenina a la sociedad, entre otros. Reducirlos solo al derecho de una contra la presencia del

⁸⁵ Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 113.

otro, equivaldría al sinsentido de rescatar a un naufrago para abandonarlo en la playa a su suerte. La acción del héroe y las necesidades del vulnerable solo son comprensibles si se concatenan acciones, se integran soluciones en muchos planos: si puede respirar, si se rompió un hueso, quién es, si recuerda quién es, si puede caminar, si alguien lo acompañaba, si cuenta con medios para volver a su hogar, si alguien más lo acompañaba, etcétera. En el caso de una mujer y el aborto, los asuntos por atender son de una gama muy amplia: el encuentro personal de ella con su hijo —no con la abstracción conceptual embrión—, su situación económica, su futuro escolar, las relaciones familiares, las posibilidades reales de conciliación laboral, el contexto de en la decisión sobre su maternidad, etcétera

Lamentablemente el debate sobre estos problemas reducido a derechos de una contra otro, polariza y desgasta recursos sociales y culturales para diseñar e implementar soluciones creativas que van más allá ofrecer o no el aborto, o la FIV con su descarte de embriones. Resolver en sede judicial podrá resolver una controversia, pero dificulta que una sociedad plural encuentre puntos comunes para atender la multitud de problemas que amenazan tanto la vida de una mujer, el futuro de la sociedad en sus niños y el valor de toda persona humana que se presente ante uno mismo sin haberlo buscado.

*...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...*

LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO Y SU DERECHO A PARTIR DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS. APUNTES PARA (RE)PENSAR EL ESTADO MEXICANO A DIEZ AÑOS DE LA REFORMA DE JUNIO DE 2011

Francisco VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO*

El estado de derecho puede identificarse con el concepto mismo de derecho, mientras que la práctica de los derechos humanos es una práctica de justicia y va más allá de lo jurídico...¹

Isabel TRUJILLO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La insuficiencia del reconocimiento formal y su diferencia con la práctica de los derechos humanos.* III. *Los derechos humanos como derechos prepositivos.* IV. *Las transformaciones necesarias. Hacia una práctica de los derechos humanos.* V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Deseo comenzar el presente esfuerzo con un agradecimiento. Quien pretenda reflexionar acerca de aquello sobre lo cual existe una literatura amplia, no

* Doctor en derecho por la Universidad Panamericana y profesor de derecho constitucional en la misma casa de estudios. Investigador nacional, nivel I, del Sistema Nacional de Investigadores, Conacyt (fvazquez@up.edu.mx) ORCID: 0000-0002-2054-7199.

¹ Trujillo, Isabel, “Estado de derecho y práctica de los derechos humanos”, *Persona y Derecho*, vol. 73/2, 2015, p. 162, disponible en: <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/6964>

tiene más que agradecer a aquellos que le han impulsado y le han permitido que sus ideas alcancen la letra impresa. Por tanto, agradezco la invitación a los coordinadores de esta obra colectiva por la aspiración que nos han planteado, y que ha sido determinante para colaborar en ella. En palabras de los coordinadores:

la reforma constitucional en materia de derechos humanos —esa a la que todos identificamos sencillamente como «la» reforma de junio de 2011— ha motivado cambios de innegable importancia para la práctica jurídica mexicana. Sin duda, el epicentro de tales transformaciones se sitúa en el artículo primero de la Constitución mexicana. Los párrafos que lo integran son los enclaves donde confluyen el Estado de derecho y la práctica de los derechos humanos, y en este sentido son el fundamento del esfuerzo colectivo por brindar la máxima protección posible a los intereses fundamentales de cada persona, así como el parámetro con el cual se puede llevar a cabo un test axiológico y sustantivo respecto de las decisiones colectivas que asume la sociedad mexicana.

De esta forma, a diez años de la aprobación de tal enmienda constitucional, la presente obra se propone “llevar a cabo un estudio de cada uno de los segmentos del artículo 1o. constitucional, cuyos resultados arrojen luz sobre el sentido y alcance de los rasgos y elementos primarios de los derechos humanos, todo ello con el propósito de integrar y desarrollar una teoría constitucional sobre los mismos”. En este contexto, querido lector, me ha tocado profundizar en el elemento que en dicha cláusula constitucional reza lo siguiente: “...gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte...”.

Como se puede advertir, si bien es cierto existen un sinnúmero de análisis acerca de la reforma de junio de 2011, también lo es que el objetivo de estas líneas no es similar a lo que tales estudios han desarrollado. Lo que aquí se busca es trazar las claves fundamentales a partir de las cuáles no sólo se entienda dicha reforma, sino la manera en que su principal contenido —el artículo 1o. constitucional— debe impactar con profundidad, tanto al Estado constitucional contemporáneo, al derecho mismo y a quienes lo operamos. Y es que “...no se puede decir que la remodelación del estado de derecho se deba exclusivamente a la práctica de los derechos humanos... Sin embargo, los derechos humanos tienen una buena parte en esa transformación, pues están penetrando cada vez más profundamente en el derecho”.²

² Trujillo, Isabel, *op. cit.*, p. 180.

Lo que es claro, de inicio, es el hecho de que una Constitución vuelva derecho vigente, a través de cláusulas concretas, diversos derechos no dice mucho. Es más, dice muy poco. No obstante, todos nos hemos concentrado en ello, en la positivización de los derechos, en que adquieran una connotación formal *desde, por y gracias* al Estado. Poco se ha pensado en el trasfondo qué implica esa concepción, en que vistos los derechos de esa forma no se piensa en el titular de los mismos, supuesto beneficiario final de dicho proceso: *la persona de la especie humana*. Y lo que es más, entendido así, los derechos quedan al arbitrio absoluto de un *alguien* o un *algo* que, en el mejor de los casos, tiene *potestas*, no necesariamente *auctoritas*.

La diferencia, aunque simple, es sustancial. En

La república romana el *ius* romano era objeto de la «auctoritas», mientras que la «lex» era fruto de la «potestas». La primera se refería a la conveniencia de una determinada posición de fuerza según el criterio prudencial de los expertos (el «responsum» o la «sententia»), ya sea por parte del Senado en el ámbito público como por los jueces autorizados para resolver una controversia —*iuris prudentes*— en el ámbito privado, que no se imponían por potestad sino por el ímpetu de la «auctoritas». La «lex», por el contrario, es consecuencia de un puro acto de potestad.³

Por ello, siempre será conveniente apoyarnos en los juristas que hablan desde el paradigma⁴ del *realismo jurídico clásico*, ese que piensa que la “justicia no consiste en dar a uno una cosa para que sea suya; no consiste en hacer que una cosa sea suya de alguien. Consiste en dar a cada uno lo suyo. Por lo tanto, el derecho —el *ius*— preexiste a la justicia. Sin «ius» o derecho preexistente, no es posible la acción de la justicia”.⁵

³ Vanney, María Alejandra, “*Potestas, auctoritas* y Estado moderno. Apuntes sobre el pensamiento político de Álvaro d’Ors”, *Cuadernos Empresa y Humanismo*, Universidad de Navarra, Instituto Empresa y Humanismo, cuaderno núm. 109, febrero de 2009, p. 32, disponible en: <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/27478/1/Mar%cc3%ada%20Alejandra%20Vanney.pdf>

⁴ El historiador y filósofo de la ciencia estadounidense, Thomas Khun, señala que los *paradigmas* son “...realizaciones científicas universalmente reconocidas, que, durante cierto tiempo proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica [es decir] el paradigma es aquello que comparten los miembros de una comunidad científica en particular.” Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 2006.

⁵ Hervada, Javier, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, vol. 18, 1988, p. 289.

Por lo anterior,

...si no admitimos que ciertos [valores y] derechos son absolutos, [sostiene Pereira Menaut] poco sentido tiene diferenciarlos de las autolimitaciones del estado admitidas por las teorías estatistas alemanas, o de las libertades públicas y derechos públicos subjetivos, caracterizados todos por formar parte del ordenamiento jurídico-positivo del estado, [lo que nos llevaría a afirmar que] podrían ser retirados sin que ello destruyera necesariamente la vida constitucional...⁶

No por nada, y con suma claridad, Vigo advierte que los derechos humanos en clave iuspositivista son decretos de tolerancia revocables.

Ahí es donde lo verdaderamente trascendente es que los *derechos humanos* —léanse como sustantivo— estén guiados por el verbo rector *reconocer*. Eso hace entendible que “...la positivización de contenidos morales afirmados por el derecho natural que se opera en el máximo nivel del ordenamiento jurídico sólo es una circunstancia históricamente contingente que en el futuro podría —y quizá debería— ser sustituida...”⁷ Y podría sustituirse esa realidad —la de la positivización de los derechos humanos— porque es contingente.

Los filósofos clásicos desde siempre nos han enseñado que “...es evidente, en efecto, que podríamos diferenciar los bienes según una doble acepción: unos por sí mismos, otros por razón de aquellos. Separando, pues, los bienes esenciales de los bienes útiles...”⁸ No hay duda de que formalizar algunos derechos a través de cláusulas constitucionales es útil, pero definitivamente no es lo sustancial. Sólo una reflexión al respecto: ¿por qué textualizar ciertos derechos y otros más dejarlos en el olvido?

Por ejemplo, siempre me ha parecido un tanto absurdo que las Constituciones latinoamericanas formalicen, por ejemplo, los derechos de los pueblos indígenas, a decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural, pero líneas después establezcan que sus sistemas normativos deben sujetarse a “los” principios generales de “la” Constitución y respetar “los” derechos humanos en ella establecidos.⁹

⁶ Pereira Menaut, Carlos-Antonio, *Lecciones de teoría constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2005, p. 289.

⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1997, p. 116.

⁸ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, 17a. ed., trad. de Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 1998, p. 4.

⁹ Artículo 2o., apartado A, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como si fuera imposible que los pueblos indígenas tuvieran una práctica de los derechos más allá que la configurada por el Estado moderno.

Es más, pareciera que

La posibilidad no cupiera, como si no fuera pensable otra justicia que la constituida por el Estado para la aplicación además de sus normas, como si esta concepción no quedara en entredicho desde el momento preciso en que el propio Estado ha reconocido derechos y unos derechos además colectivos que [habrían] de implicar jurisdicción. Dicho de otra forma... no se concibe otra determinación ulterior del propio reconocimiento que la que pasa... por ley del Estado, y que se asegura consiguientemente por su justicia, por justicia de Estado.¹⁰

En razón de ello es que deseo compartir algunas reflexiones sobre la transformación sustantiva que debería experimentar el Estado y *su* derecho —ese que produce el *Leviatán*— y que podamos diferenciar lo sustancial-esencial de lo accidental-no esencial de lo que implica *reconocer* tales derechos humanos. Seamos directos desde ahora: se trata de *reconocer* y no sólo de textualizar; se trata de mucho más; se trata de un cambio que a todos nos exige la mejor versión de nosotros como operadores jurídicos.

Para ello, partiré de una premisa, que me parece fundamental: ni el Estado son los derechos humanos ni los derechos humanos son el Estado. No hay duda de que al día de hoy se nos presenta el Estado constitucional moderno como un conjunto de diversos elementos, entre los cuales parecieran existir tres, cuya relación se entiende indisoluble: Constitución, democracia y derechos, al punto de que los “...tres forman un esquema, con un sentido global o de conjunto, que se pierde si se elimina alguno de ellos”.¹¹

De esta forma, solemos reducir el entendimiento del Estado constitucional moderno a lo siguiente: *i*) que la Constitución es un instrumento encaminado a reconocer, proteger y garantizar derechos;¹² *ii*) que la Constitución podría ser considerada como la expresión jurídica de la democracia, al punto de que no hay democracia allí dónde no se pueden identificar los rasgos básicos del constitucionalismo (garantía de los derechos y división de poderes),¹³ de la misma manera que no tiene sentido hablar de constitucio-

¹⁰ Clavero, Bartolomé, *Happy Constitution*, Madrid, Trotta, 1997, p. 259.

¹¹ Ansuátegui Roig, Francisco Javier, “Derechos, Constitución y democracia”, en Pérez-Prendes, J. M. *et al.* (comps.), *Derechos y libertades en la historia*, Universidad de Valladolid, 2003, p. 165.

¹² *Ibidem*, p. 166.

¹³ En palabras de Manuel Atienza, en un sentido más estricto, una Constitución supone dos requisitos: una declaración de derechos y una organización inspirada en cierta interpre-

nalismo en referencia a un régimen político no democrático,¹⁴ y *iii*) que en el marco de una comprensión no exclusivamente formal de la democracia los derechos constituyen un elemento de dicho concepto.

En pocas palabras, nos hemos (pre)dispuesto a entender que para que en un Estado constitucional moderno se encuentren consistente y eficazmente protegidos los derechos, es necesario un determinado compromiso, sincero, por parte del poder político, cuya expresión normativa comience por la propia Constitución.¹⁵ ¡Vaya cosa! En la lógica del Estado constitucional moderno lo *justo* como preexistente es imposible. Aquello que la Constitución y las leyes no mencionen no tiene peso específico alguno. Sólo una muestra: ¿se te dijo igual que a mí que lo único que no era inconstitucional es lo que está en la propia Constitución? Hasta antes de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 el *arraigo* —institución procesal penal— era considerado inconstitucional por la Suprema Corte, por violentar el derecho a la libertad personal.¹⁶ ¿Qué hizo la clase política mexicana? Constitucionalizó que lo de suyo era contrario a los derechos humanos, y, con ello, purificó al arraigo. ¿Adviertes el formalismo? Considero que aún estamos pensando el derecho en esa lógica formal. Con esa lógica nos ayuda Trujillo con su reflexión, “...también la práctica de los derechos humanos puede dar resultados injustos o resultar viciada (y hasta resultar en violación de derechos humanos), sin por esto perderse su sentido general. Es el caso de las violaciones «invisibles»”.¹⁷

Seamos claros. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, tribunal constitucional mexicano, ha sostenido como doctrina jurisprudencial que “...cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano...”.¹⁸

tación del principio de separación de poderes (*cf.* Atienza, Manuel, “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, p. 265).

¹⁴ Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 167.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Registro núm. 176 030. ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Pleno *S.J.F.*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1170.

¹⁷ Trujillo, Isabel, *op. cit.*, pp. 167 y 168.

¹⁸ Registro núm. 2 006 224. DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE

Nuestra Corte de “justicia” lo afirma relajadamente: puede haber restricciones a los derechos humanos siempre y cuando dicha limitación se contemple en la Constitución. Confieso que la fórmula no me gusta. Por ello, es relevante advertir que Estado de derecho y derechos humanos suponen dos prácticas distintas, si bien complementarias y capaces de realizar aspectos diversos de la justicia como para que se pueda decir que un sistema jurídico es exitoso, pero ciertamente diferentes.¹⁹ Del Estado y *su* derecho se ha escrito mucho; así que prefiero, por tanto, concentrarme en cómo debe impactar la práctica de los derechos humanos —a partir de su reconocimiento— en *ese* Estado y *ese* derecho. Es precisamente esa la intención de la presente reflexión, a diez años de la *famosa* reforma de junio de 2011, analizar, desde el punto de vista de la filosofía del derecho y la teoría constitucional (el *por qué* y *para qué* del reconocimiento de derechos humanos), si hemos entendido a cabalidad la profundidad de la misma. Lo confieso, creo que no lo hemos hecho.

Por tanto, este análisis se dividirá en tres partes. La primera intentará identificar la falta de profundidad en el entendimiento de la reforma, sobre todo a partir de la insuficiencia del “reconocimiento” formal en el que nos hemos concentrado y la carente reflexión sobre su diferencia con una práctica de los derechos humanos. En segundo lugar, plantearé una premisa iusfilosófica a partir de la cual daré contexto a esa posibilidad de (re)pensar el Estado mexicano a diez años de la reforma de junio de 2011. Como tercer punto pretendo hacer ver las transformaciones objetivas y subjetivas que el Estado mexicano y *su* derecho deben asimilar para darle viabilidad a esa práctica de los derechos humanos. Al final, el sistema jurídico se transformará (o no) en la medida en que sus operadores lleguemos a nuevas reflexiones.

II. LA INSUFICIENCIA DEL RECONOCIMIENTO FORMAL Y SU DIFERENCIA CON LA PRÁCTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

No podemos (no debemos) cerrar los ojos. Es un hecho que

La situación del mundo globalizado probablemente no sea sostenible a mediano y largo plazo [pero] lo que parece indudable es que la situación es in-

REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. P./J. 20/2014, *Gaceta S.J.F.*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202.

¹⁹ Trujillo, Isabel, *op. cit.*, pp. 167 y 168.

justa. Y que es injusta quiere decir aquí que lo es según los criterios de justicia que aceptarían, si no todos, al menos una buena parte de los países ricos. ¿Pues cómo pensar que es justo un mundo en el que las oportunidades que se les ofrecen a los individuos dependen de manera fundamental de hechos tan azarosos como el nacimiento en una u otra área geográfica, dentro de uno u otro grupo social, familiar, etc.²⁰

Así, con fuertes palabras, Atienza nos invita a la reflexión: “¿No va eso en contra del carácter «universal» de los derechos humanos como quiera que se entienda lo de universal?”²¹ Pienso que no exagera. La contingencia del Covid-19 nos lo ha dejado claro. El constitucionalismo debe (re)pensarse o, más bien, debe asumirse con toda la originalidad y profundidad de la que seamos capaces.

El constitucionalismo es la doctrina, invento de los ingleses, que no pretendía otra cosa que limitar al poder a través del derecho. Y lo suscribo íntegramente. Pero quizá no hemos reparado en ese concepto sin desarrollarlo a plenitud. Por ello, siempre he querido acudir a las fuentes originarias. Albert Venn Dicey, en su *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), señaló que el *Rule of law* es una expresión que comprendía al menos tres concepciones afines, sin embargo, claramente diferenciables.

En primer lugar —refería Dicey— el *Rule of law* significa la erradicación de toda arbitrariedad, al punto de que los hombres no deben sufrir, en su persona o sus bienes, la actividad estatal, a menos que esta afectación se derive de alguna violación al derecho y de acuerdo con los procedimientos seguidos ante los tribunales. De esta forma, el *Rule of law* puede claramente contrastarse con aquellos sistemas de gobierno que están basados en el ejercicio de un poder amplio, arbitrario o discrecional.²²

En segundo lugar —sigue afirmando el profesor inglés—, que el *Rule of law* implica que nadie se encuentre por encima del derecho, es decir, que todos los hombres y autoridades, cualquiera que sea su rango o condición, deben estar sujetos al derecho y ser susceptibles de enjuiciamiento por parte de los tribunales.²³

Por último, Dicey señalaba que el *Rule of law* debe ser entendido como el predominio del espíritu del derecho, toda vez que la Constitución se funda en el predominio del *imperio del derecho*, que no se limita a las normas escri-

²⁰ Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 280.

²¹ *Idem.*

²² Dicey, Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, Elibron Classics, 2005, pp. 183 y 184.

²³ *Ibidem*, p. 189.

tas. Así, una de las diferencias de esta clásica concepción inglesa, en relación con otras tradiciones jurídico-constitucionales, radica en que la seguridad de los derechos humanos deriva de las sentencias de los tribunales dictadas con base en ese *imperio del derecho*, y no, como ocurre en otras latitudes, en que tales derechos se encuentren o no positivados en la Constitución o en los tratados internacionales.²⁴

En palabras simples, debemos entender que el constitucionalismo no se reduce a la mera cobertura de poderes, sino que toma como punto de partida el reconocimiento de derechos, y eso lo hace para el mismo establecimiento de poderes, de unos poderes sociales. Los unos se deben a los otros, los poderes a los derechos. Han de garantizarlos y promoverlos. Para eso sirven constitucionalmente. Pero no debemos olvidar que el derecho es lo primario o precedente; lo segundo, el poder, es decir, lo secundario o derivado.²⁵ No se nos olvide.

Por ello, Pereira Menaut se cuestiona que

Para conocer la finalidad de la Constitución sería conveniente seguir el criterio de preguntárselo —de la siguiente manera— a los padres fundadores del constitucionalismo. ¿Por qué se movían las guerras y revoluciones en nombre de la Constitución? ¿Por qué decían «Constitución o muerte sea nuestra divisa» los liberales románticos españoles?, —concluyendo el profesor español— si pudieran respondernos nos dirían que, desde luego, no era un documento legal formalmente ordenado y fundamentador por el que aquellas gentes (ni creo que ninguna otra) daban incluso sus vidas.²⁶

Por sentido común —seamos sinceros— el que el Estado formalice derechos a través de cláusulas constitucionales habla mucho del Estado y poco de los derechos y sus titulares. Reconocer implica admitir algo como cierto y existente, lo cual nos introduce a temas sustanciales, es decir, dejar atrás esos postulados con los que quizá nacimos o nos han formado. En otras palabras, un sistema jurídico que se abre al *reconocimiento* de derechos debe abrir sus puertas y ventanas a transformaciones que no son sencillas, y que no son veloces.

Por ello, Atienza es enfático al decir que “...el derecho no puede ser visto como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad) sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que

²⁴ *Ibidem*, p. 191.

²⁵ Clavero, Bartolomé, *Happy Constitution*, Madrid, Trotta, 1997, p. 250.

²⁶ Pereira Menaut, Carlos-Antonio, *Lecciones de teoría constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2005, pp. 25 y 26.

incorpora una pretensión de justificación o de corrección...”.²⁷ De lo que se trata es de entender que el constitucionalismo no es “un” formalismo, no son sólo mecanismos para limitar el poder, no son sólo garantías del debido proceso —lo cual es correcto y conveniente—; se trata, ante todo, de reducir las brechas de desigualdad. Devolverle, por tanto, ese cariz de *justo* a lo legal y de *jurista* al profesional del derecho. De nada sirve que se formalicen tales o cuales derechos en la Constitución si no existen operadores jurídicos que puedan discernir acerca de los mismos.

Por ejemplo, bien podríamos preguntarnos a diez años de la susodicha reforma: *¿de qué depende ser beneficiario de los derechos humanos?* Quizá lo más llamativo de la reciente evolución de los derechos es el refuerzo de su carácter antidiscriminatorio. Progresivamente, se pide que lo que se reconoce a un sujeto en un estado de vida se reconozca a todos. Desde este punto de vista, los derechos humanos son capaces de eliminar toda diferencia: al fin y al cabo todo ser humano tiene potencialmente derecho a lo que es debido a otro ser humano. Así pues, pueden distinguirse dos caras de los derechos humanos: por un lado, aparecen como protección de intereses fundamentales de los seres humanos (esta cara los presenta como un conjunto de derechos que tienen que ser reconocidos a todos: esta idea explica el proceso de especificación, pues no basta una protección genérica y abstracta de lo que se debe a los individuos), pero, por otro lado, también son un *test* para las decisiones colectivas (esta cara muestra los derechos humanos como una regla de prioridad: el interés de los individuos prevalece sobre el de la comunidad en su conjunto, pues los derechos humanos están por encima del interés colectivo, constituyéndose así en un umbral que las decisiones colectivas no pueden superar).²⁸ Y esta es la gran paradoja de la práctica de los derechos humanos. Que para protegerlos hay que tomar decisiones colectivas que introducen diferencias: entre ricos y pobres, entre hombres y mujeres, entre niños y adultos. Así, la especificación de los derechos empuja hacia la máxima diferencia entre los individuos, hasta el reconocimiento de su singularidad, al tiempo que el principio de no discriminación empuja a la eliminación de las diferencias, hasta la homologación de los mismos derechos para todos. Esta dialéctica —afirma Trujillo— es de algún modo ineliminable. Pero lo radical de ello es que nos deja ver que la práctica de los derechos no es autosuficiente,²⁹ sino que requiere —como afirmé líneas arriba— (re)

²⁷ Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 268.

²⁸ Trujillo, Isabel, *op. cit.*, p. 165.

²⁹ *Ibidem*, p. 166.

pensar al Estado y *su* derecho, así como de operadores jurídicos capaces de nuevos derroteros. Juristas en toda la extensión de la palabra.

No por nada el Estagirita afirmaría sin reserva —parafraseando a Teognis de Megara— que en la justicia está toda virtud en compendio, ya que para nadie es desconocido que el principal reto de todo jurista consiste en encontrar respuestas y soluciones justas a los casos concretos que le son sometidos a su consideración. De hecho, en uno de los momentos cruciales de su carrera —al recibir el título profesional—, el novel jurista promete “...tened presente ante todo, no emplear sus conocimientos sino en servicio de las causas justas desempeñando la importante función social de consejero y director de quienes no poseen la ciencia del Derecho”.³⁰ Es por ello que, primordialmente y en cumplimiento a tal promesa, debe escudriñar en los hechos del caso concreto esforzándose en identificar la existencia de una o varias *deudas*, para luego reconocer y tutelar el derecho subjetivo que se encuentre en juego, y proteger así a la persona a la que le sea debido algo. De ahí que Ulpiano recomendara al que habría de dedicarse al derecho que conociera primeramente de dónde deriva el nombre de *iūs* (derecho). Es llamado así —afirmaba el jurisconsulto romano— por derivar de *justicia*.³¹

Por ello, el jurista debería ser considerado el científico de la justicia, ya que debe poseer un saber práctico que comporte un discernimiento fundamental: el de lo *justo* y el de lo *injusto*, el del derecho y el de la lesión del derecho.³² Desde esta perspectiva, no hay duda de que el fin del derecho es por demás simple (*la justicia*), aunque su concreción llegue a dificultarse considerablemente (*darle a cada quien lo suyo*).

En suma, lo de menos es textualizar, formalizar o positivizar los derechos. Por ello, estoy convencido de que los derechos no dependen de su positivización, por ello se *reconocen*. Ello implica que no se requiere un “reconocimiento” formal de la autoridad estatal, lo que quiere decir que los derechos humanos *son*, a pesar de lo que las normas escritas digan o no digan sobre ellos. Son, en palabras de la profesora Trujillo, una práctica. No se trata, por tanto, de que el derecho haya dejado de ser un fenómeno estatal, sino de asumir —afirma Atienza— que la juridicidad no se agota en ese ámbito; existe también una juridicidad supraestatal (e infraestatal), cuyo peso tiende a ser cada vez mayor. En definitiva, el derecho tiende a configurarse y a ver-

³⁰ Parte de la fórmula con la que los egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana protestan el título que los ostenta como licenciados en derecho.

³¹ *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat, est autem a iustitia appellatum...* cfr. Digesto 1,1,1.

³² Aparisi Millares, Ángela, *Ética y deontología para juristas*, Madrid, Eunsa, 2006, p. 193.

se por sus operadores no tanto, o no sólo, como un sistema, como un conjunto de normas preexistentes, sino más bien como una práctica, como un procedimiento o un método para conciliar intereses y resolver conflictos.³³

III. LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS PREPOSITIVOS

Líneas arriba he afirmado que lo verdaderamente trascendente es que los *derechos humanos* —léanse como sustantivo— estén guiados por el verbo rector *reconocer*. Asimismo, ya se advirtió que el “reconocimiento” formal es insuficiente para arribar a una práctica de los derechos humanos. Vistas estas dos conclusiones en su conjunto, implica, como se verá más adelante, que se operen profundas transformaciones tanto en el sistema jurídico (transformaciones objetivas) como en la *praxis* de los juristas contemporáneos (transformaciones subjetivas). Tales mutaciones pasan indefectiblemente por admitir un principio esencial: “...afirmar la existencia de derechos pre-positivos que, por lo mismo, reclaman su más pleno reconocimiento por parte del legislador”.³⁴ Este principio se erige, por tanto, en la premisa iusfilosófica que nos permitirá (re)pensar el Estado mexicano a diez años de la reforma de junio de 2011.

La primera cuestión que debo atender gira en torno a la denominación de los derechos humanos como *derechos prepositivos*, lo que implica comenzar por advertir que la noción *derechos humanos* no es sinónimo de *derechos fundamentales*. Ello resulta especialmente relevante para efecto de darle cabal entendimiento a la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos. Dentro de dicho proceso de reforma se dictaminaron 33 iniciativas, que fueron presentadas en el periodo que comprendió del 21 de noviembre de 2006 al 27 de agosto de 2008. Muchas de estas propuestas postulaban la necesidad de modificar la denominación del capítulo I del título primero, es decir, abandonar la noción de *garantías individuales* para asumir la noción de *derechos humanos* o la de *derechos fundamentales*. Como sabemos, prevaleció la primera alternativa, al punto de que la Constitución mexicana comienza hoy su contenido con *De los derechos humanos y sus garantías*. Ello implica en sí un dato ya relevante. Pero resulta aún más relevante que en el expediente de dicho proceso de reforma la noción de *derechos humanos* fue mencionada en mil 734 ocasiones, mientras que el concepto de

³³ Atienza, Manuel, *op. cit.*, pp. 276 y 277.

³⁴ Vázquez Gómez, B. Francisco, *El decálogo del jurista contemporáneo. Memorias del pensamiento ius-filosófico de Jacinto Valdés Martínez*, México, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 171-205.

derechos fundamentales sólo 109 veces.³⁵ Es claro que una determinación conceptual como la apuntada no puede pasar inadvertida.

Ahora bien, el que haya prevalecido la noción *derechos humanos* ¿tiene implicaciones de carácter iusfilosófico? Considero que sí, y que son de la mayor relevancia.

1. ¿*Derechos humanos o derechos fundamentales*?

Para nadie es desconocido que no existe una postura hegemónica en cuanto a este debate conceptual; sin embargo, en lo que sí parece haber unanimidad es en afirmar que "...el estudio de los derechos fundamentales tiene como referencia ineludible los derechos humanos [por lo que] conviene dejar claro que unos y otros no son exactamente lo mismo".³⁶

Así, podemos decir que los derechos humanos son una categoría más amplia, debido a que no son jurídicos, son prepositivos, incluyendo en ella, por ejemplo, a los llamados derechos morales o naturales. Es decir, tal y como lo sostiene Francisco Laporta:

Si admitimos el rasgo de universalidad [de los derechos humanos] entonces tenemos que sacarlos... del ámbito del sistema jurídico positivo. Porque, en efecto, no hablamos de unos derechos que unos tienen y otros no tienen en función del sistema jurídico en que vivan... Parece por ello menos controvertible que ubiquemos a los derechos humanos en el ámbito de la ética, como «derechos morales» y no [en el ámbito del sistema jurídico] como «derechos legales».³⁷

Bajo esta perspectiva filosófica, por ejemplo, el Reglamento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, del 1 de agosto de 1990, estableció con sencillez, que "Artículo 2o. Los Derechos Humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano".

Por ello es que se diga, el fundamento de los derechos fundamentales son los derechos humanos, que no son otra cosa que pretensiones, facultades

³⁵ Decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Proceso legislativo*, Cámara de Diputados, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/117_DOF_10jun11.pdf

³⁶ Bastida Freijedo, Francisco J., "El fundamento de los derechos fundamentales", *Redur-Universidad de La Rioja*, España, núm. 3, diciembre de 2005, p. 41, disponible en: www.unirioja.es/redur

³⁷ Laporta, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa*, Madrid, núm. 4, 1987, pp. 32 y 33, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa>

des e inmunidades inherentes a la naturaleza y dignidad humanas. Y aquí es donde podemos comenzar a entrever un área de oportunidad para (re) pensar al Estado y *su* derecho (léase sistemas jurídicos).

Es bastante difícil encontrar alguien que niegue que los derechos humanos estén radicados en la dignidad humana, pero no es tan difícil encontrar personas que piensen los derechos *desde, por y gracias* al Estado de derecho; es decir, terminan por verlos y pensarlos como derechos legales.

Hacerlo de esta forma nos conduce a una conclusión evidente: la protección que el Estado de derecho otorgue a los derechos será limitada. El Estado de derecho intentará, en el mejor de los casos, garantizar un tratamiento acorde con la dignidad, pero no en razón del sujeto, titular de los mismos, sino con relación al ejercicio de la autoridad o del poder. Por el contrario, la práctica de los derechos humanos asumidos como derechos prepositivos tiende a una protección global de los intereses fundamentales de los seres humanos, a una protección *pleromática* (pretenden la máxima protección posible para cada ser humano). La práctica de los derechos humanos, aquella que parte por afirmar su carácter prepositivo, "...implica reconocer que el sujeto cuya acción se quiere guiar es un agente razonable, libre y responsable, que quiere actuar según el derecho siguiendo reglas, y que en caso de no hacerlo asume su propia responsabilidad. Desde este punto de vista, el Estado de derecho también [podría estar] potentemente conectado con la dignidad humana".³⁸

Partiendo de dicha premisa, resulta inútil —y hasta peligrosa— la pretensión de elaborar una nómina de derechos humanos, ya que cualquier listado, sea cual fuere el ámbito en el que se desarrolle, siempre será finito, imperfecto e inacabado. No se pierda de vista que "...el término «derechos fundamentales» aparece en Francia (*droits fondamentaux*) a finales del siglo XVIII, dentro del movimiento que culmina con la expedición de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789",³⁹ es decir, surge en el contexto de la tradición jurídica del *civil law*, que, acompañada del mecanismo constitucional propio del Estado legislativo de derecho que pretendió concretar el constitucionalismo, es decir, limitar al poder exclusivamente a través de las leyes y normas escritas, termina por generar una clara tendencia a la codificación en todos los ámbitos, no siendo la excepción el terreno de los —hasta ese momento— denominados *derechos del hombre*.

³⁸ Trujillo, Isabel, *op. cit.*, pp. 165 y 169.

³⁹ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 8.

De ahí que se afirme en términos generales que “...el modelo positivista trasforma los derechos humanos en derechos fundamentales”.⁴⁰ Así, bien puede afirmarse que los derechos fundamentales son los derechos humanos que han sido *positivizados* en los tratados internacionales y en los textos constitucionales, es decir, los derechos fundamentales son —en el mejor de los casos— derechos humanos *constitucionalizados*. Pero resulta evidente que la relación no es directamente proporcional, ni están todos los que son, ni son todos los que están.

Para entender claramente la diferencia —afirma Pérez Luño— entre ambos conceptos

Habría un amplio consenso en considerar que en el régimen del apartheid en Sudáfrica o en la dictadura de Pinochet en Chile se violaban «derechos humanos»; sin embargo, de acuerdo con el sistema jurídico de esos países, la detención sin causa o la segregación racial no eran actos violatorios de «derechos fundamentales». Estos dos regímenes... podrían ser denunciados como «violadores de derechos humanos», pero no como violadores de «derechos fundamentales» en tanto que sus ordenamientos jurídicos internos no reconocían como tales una serie de derechos que a nosotros nos pueden parecer esenciales desde cualquier punto de vista.⁴¹

Por ello es que Francisco Laporta, al hacer referencia a otra de las características de los derechos humanos, es decir, a su carácter absoluto, señale que, efectivamente, los derechos humanos pretenden obtener su fuerza característica de que son la expresión de bienes de particular relevancia para los seres humanos.⁴² En palabras de Benn, los derechos humanos son afirmaciones de intereses o necesidades básicas, o bien, afirmaría Kleinig que los derechos humanos representan esas mínimas condiciones bajo las cuales los seres humanos pueden prosperar (*flourish*), y que deben ser asegurados, si es necesario, con la fuerza.⁴³ Se trata, por tanto, de advertir que “...el núcleo ético fundamental de los derechos humanos se conforma por la idea del reconocimiento de un conjunto mínimo de exigencias y valores que hacen de la existencia humana una existencia digna de ser vivida”.⁴⁴

⁴⁰ Bastida Freijedo, Francisco J., “El fundamento de los derechos fundamentales”, *Redur-Universidad de La Rioja*, España, núm. 3, diciembre de 2005, p. 42, disponible en: www.unirioja.es/redur

⁴¹ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 8.

⁴² Laporta, Francisco, *op. cit.*, p. 37.

⁴³ Citados por Laporta, Francisco, *op. cit.*, p. 37

⁴⁴ Madrazo, Jorge y Beller, Walter, “Los valores éticos y los derechos humanos”, en García Ramírez, Sergio (coord.), *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*, México,

Ahora bien, si la cuestión consiste en determinar cuáles son esos intereses, necesidades, condiciones mínimas, mínimo de exigencias o valores vitales, en palabras de John Finnis es posible identificar siete *bienes humanos básicos*,⁴⁵ a partir de los cuales sería también posible identificar los derechos humanos. En otras palabras, atendiendo a que desde el punto de vista del *realismo jurídico clásico* el derecho es la ciencia que tiene como objeto de estudio las *deudas*, al identificar qué bienes son aquellos sin los cuales el ser humano no puede vivir como tal, es decir, aquellas realidades que le son debidas a la persona de la naturaleza humana por el hecho de ser persona, será posible identificar aquellos derechos que sean correlativos a esas deudas. Tales entidades serán los derechos humanos. Hacerlo de otra forma nos puede llevar, sin la mayor dificultad, a postular la existencia de prerrogativas, que en muchas ocasiones ni siquiera llegan a poseer esencia jurídica o a ser exigencias de justicia debido a que frente a ellos no existe una obligación que cumplir o una deuda que cubrir.

Estos *bienes humanos básicos* —afirma Finnis— son conocidos por todo el mundo a través de la evidencia y sin la necesidad de razones ni discursos. Luego, al analizar aquellas circunstancias en las que se encuentre en riesgo alguno de dichos bienes, el filósofo del derecho estará en la posibilidad de ir deduciendo los derechos que les sirvan de tutela, pero, en todo caso, su enunciación y su conceptualización deriva de un proceso que parte del análisis de la realidad, asegurando así su desarrollo dentro de la práctica de los derechos humanos, al margen de lo que el Estado y *su* derecho pretendan. Es por ello que estoy convencido, desde este modelo de entendimiento, que los derechos humanos no se inventan, existen desde siempre y afloran de un proceso de reflexión filosófica generalmente frente al sufrimiento y a la injusticia. En todo caso, lo que resulta evidente es que asumir *la existencia de derechos prepositivos que, por lo mismo, reclaman su más pleno reconocimiento por parte del legislador*, nos permite señalar que si el derecho (el *ius*) es en la realidad un *algo* que se le *debe a alguien*, ese derecho existirá haya o no norma positiva que le reconozca.

2. *El fundamento de la prepositividad de los derechos humanos*

Líneas arriba me adscribí a la postura de Laporta en el sentido de afirmar que debido a la prepositividad de los derechos humanos parece menos

UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 241 y 242, disponible en: <http://www.biblio-juridica.org/libros/3/1374/16.pdf>

⁴⁵ Finnis, John, *Natural Law & Natural Rights*, 2a. ed., Oxford University Press, 2011, pp. 86-90.

controvertible ubicarlos en el ámbito de la ética como derechos morales, y no en el ámbito del sistema jurídico como derechos legales. También se afirmó que la práctica de los derechos humanos consiste en ubicar la naturaleza y dignidad humanas como el fundamento ontológico de tales derechos. Pero ¿cómo podemos entender tal prepositividad?, ¿de dónde deriva?, ¿qué significa ubicar los derechos humanos en el ámbito de la ética?

Las preguntas anteriores pueden empezar a responderse a partir de identificar la distinción entre valores y derechos. Desde el punto de vista del profesor español Pereira Menaut, existen ciertas realidades, que lejos de ser derechos, les sirven de fundamento a todos los derechos humanos. Son realidades prejurídicas por ser anteriores a la existencia del Estado mismo, y por ello, aún más respetables que los mismos derechos. Así, bien podría afirmarse que “...ni la vida, ni la dignidad, ni la igualdad humana básica, ni la libertad general inherente a la persona son derechos, aunque den lugar a derechos concretos al protegerlas de los ataques que puedan sufrir”.⁴⁶ Tal prejuridicidad se explica con sencillez en palabras de Lucas Verdú, quien al hacer referencia a los valores constitucionales afirma que “...la Constitución pues, no crea los valores [en todo caso] los descubre y promueve...”,⁴⁷ de ahí que sean realidades anteriores al propio Estado. En definitiva, los derechos a los que me refiero son, en palabras de Ronald Dworkin, *derechos en sentido fuerte*,⁴⁸ es decir, aquellos que hunden sus raíces, más o menos directamente, en los valores de la vida, la dignidad, la igualdad y la libertad.

No por nada —enfatisa Pereira Menaut— los valores de la *vida*, la *dignidad*, la *igualdad* y la *libertad*, deberían estar colocados en todas las Consti-

⁴⁶ Pereira Menaut, Carlos-Antonio, *op. cit.*, p. 329.

⁴⁷ Lucas Verdú, Pablo, “Sobre los valores”, *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, núm. 23, 2009, p. 119, disponible en: <http://0-dialnet.unirioja.es.diana.uca.es/>

⁴⁸ Sobre el particular, el profesor de la Universidad de Harvard ha señalado: “Not all legal rights, or even Constitutional rights, represent moral rights against the Government. I now have the legal right to drive either way on Fifty-seventh Street, but the Government would do no wrong to make that street one-way if it thought it in the general interest to do so. I have a Constitutional right to vote for a congressman every two years, but the national and state governments would do no wrong if, following the amendment procedure, they made a congressman’s term four years instead of two, again on the basis of a judgment that this would be for the general good. But those Constitutional rights that we call fundamental like the right of free speech, are supposed to represent rights against the Government in the strong sense; that is the point of the boast that our legal system respects the fundamental rights of the citizen. If citizens have a moral right of free speech, then governments would do wrong to repeal the First Amendment that guarantees it, even if they were persuaded that the majority would be better off if speech were curtailed”. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. 191, disponible en: <http://books.google.com.mx/>.

tuciones, antes y fuera del listado o nómina de derechos humanos, toda vez que se instituyen en esas realidades que sirven de fundamento a los derechos todos.⁴⁹ Lo anterior resulta del todo lógico, ya que la *vida* no es un derecho. Nadie tiene derecho a la vida, todo ser humano está vivo. Otra cosa muy diferente es que, derivado de esa realidad prejurídica, los sistemas jurídicos protejan el derecho a la protección de la salud, el derecho a la protección de nuestra integridad física, el derecho a un medio ambiente adecuado, el derecho a la alimentación, la proscripción de la pena de muerte, etcétera. Por ello, la vida, sostiene Joseph Raz, es un presupuesto para que podamos acceder a todas las cosas que tienen valor y ejercer todos nuestros derechos.⁵⁰

De igual manera, nadie tiene derecho a la *dignidad*, todo ser humano es digno. Otra cosa es que, derivado de esa realidad prejurídica, los sistemas jurídicos protejan el derecho a una vivienda digna, el derecho a la educación, el derecho a la intimidad, o bien que las penas de mutilación, los azotes, la marca, la infamia y cualquier otra pena degradante se encuentren proscritas.

Asimismo, nadie tiene derecho a la *igualdad*, todos somos iguales por tener la misma dignidad, por ser todos miembros de la especie humana. Otra cosa es que, derivado de esa realidad prejurídica, los sistemas jurídicos protejan que hombres y mujeres tienen derechos por igual, o bien que se prohíba toda clase de discriminación, que no se pueda juzgar mediante leyes privativas o tribunales especiales, que no tengan efecto jurídico los títulos nobiliarios, etcétera.

Y, por último, quién podría afirmar que tiene derecho a la *libertad*. Todos somos libres, y, derivado de esta otra realidad, también prejurídica, es que los sistemas jurídicos prohíban la esclavitud, la servidumbre, la trata

⁴⁹ Por ello, Lucas Verdú diría, con relación a la Constitución española de 1978, que los valores constitucionales se ven proclamados "...en el Preámbulo, al afirmar los fines perseguidos por sus autores: establecer la justicia, la libertad, la seguridad y el bien de todos; garantizar la convivencia democrática conforme a un orden económico y social justo; consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular; proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones; promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida; establecer una sociedad democrática avanzada; y colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra". Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, p. 119.

⁵⁰ El profesor Raz sostiene que "One thing is clear. If people's continued life is not intrinsically and unconditionally good for them then the value of continued life to the people whose life it is cannot underpin the requirement to respect the life of others. The fact that life is a precondition of value which the content of that life may have is neither here nor there. The requirement to respect the life of others is not subject to the variations which affect the value of the contents of the life of people". Raz, Joseph, *Value, Respect, and Attachment*, Cambridge University Press, 2001, p. 124, disponible en: <http://books.google.com.mx/>.

de personas, o bien que protejan los derechos a la libertad personal, a la libertad de pensamiento, a la libertad de manifestar las ideas, a la libertad de trabajo, a la libertad de imprenta, a la libertad de asociación, a la libertad de conciencia y de religión, a la objeción de conciencia, a la libertad de tránsito, etcétera.

En suma, todas estas realidades prejurídicas, al ser fundamento de los derechos, deben ser consideradas límites exógenos a los actos de todo legislador o juez. “Éste, al sentenciar, puede elegir entre dos derechos [a través de la ponderación], pero no entre un derecho y algo que, por fundamentar los derechos todos, está en un nivel anterior, superior [y] diferente”,⁵¹ por pertenecer a la nómina de los valores. Y hablar de valores nos remite a la *axiología*, disciplina que al estudiar los valores o *axiomas* (proposiciones tan claras y evidentes que se admiten sin demostración) se desarrollan en el ámbito de la ética filosófica, no del derecho.

Y es que

La concepción formalista del estado de derecho no quiere aceptar que también la práctica del estado de derecho dependa de los sujetos que participan en ella. Y, sin embargo, esto es inevitable. Desde este punto de vista es muy acertado presentar —como ha hecho recientemente Waldron, pero como Fuller había ya sugerido— el estado de derecho como el contenido de la ética profesional del abogado, aunque yo diría más bien del jurista. [Así, el] estado de derecho es por tanto algo más que una lista de características del derecho producido por el estado.⁵²

Ese riesgo tiene una implicación inmediata: la necesidad de que los sujetos que operan las prácticas (tanto la del Estado de derecho como la de los derechos humanos) se esfuercen por interpretarlas e implementarlas según su tenor.⁵³

De esta forma, la ética filosófica es la disciplina de carácter eminentemente teórico que busca, a partir del análisis de las experiencias morales, objetivar científicamente la concepción que se tenga del bien (o de lo bueno) o del mal (o de lo malo), es decir, explicar por sus primeras y últimas causas la conducta moral humana.⁵⁴ Así, la ética filosófica se distingue de la moral en que ésta, a diferencia de aquélla, es una disciplina de carácter eminen-

⁵¹ Pereira Menaut, Carlos-Antonio, *op. cit.*, p. 329.

⁵² Trujillo, Isabel, *op. cit.*, p. 168.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ Spaemann, Robert, *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Madrid, EUNSA, 2003, p. 19.

temente práctico, por lo que la ética filosófica no tiene como misión dirigir directamente la conducta, porque esta tarea compete propiamente a la moral, a la religión, y precisamente, al derecho.⁵⁵ Luego, la ética filosófica llega a dirigir la conducta, pero de manera indirecta, al aportar los argumentos y razonamientos que justifiquen el contenido de las normas morales, religiosas o jurídicas. De aquí la importancia de vincular nuevamente los saberes jurídicos con los saberes ético-filosóficos.

Por tanto, al advertir la existencia de tales *axiomas* (vida, libertad, igualdad y dignidad) como realidades prejurídicas, es que puede asumirse con integralidad la prepositividad de los derechos humanos, y se hace posible una práctica de los mismos como entidades jurídicas anteriores, superiores y exteriores al Estado mismo. No por nada, uno de los primeros instrumentos que dieron pie a la internacionalización de los derechos humanos, como lo fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, señala en su primer artículo que todos *los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad*, dejando en claro que la vida, la libertad, la igualdad y la dignidad son cualidades inherentes⁵⁶ a la existencia de todo ser humano, lo que posteriormente sirve de fundamento para que en dicha declaración, a partir del artículo segundo, se haga un esfuerzo por identificar una nómina de derechos fundamentales, al decir que *toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esa Declaración*.

Llegado a este punto, resulta necesario —como tercer elemento del presente análisis— identificar algunas de las transformaciones objetivas —aquellas que deben redundar en el sistema jurídico— y subjetivas —aquellas que deben redundar en los operadores jurídicos—, que nos permitan (re)pensar al Estado mexicano a diez años de la reforma de junio de 2011, y darle así viabilidad a una práctica de los derechos humanos.

IV. LAS TRANSFORMACIONES NECESARIAS. HACIA UNA PRÁCTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Lo que he pretendido a través de los apartados precedentes es muy simple: sentar las bases a partir de las cuales podamos (re)pensar al Estado mexicano. Ello implica necesariamente operar algunas transformaciones que impacta-

⁵⁵ Cortina, Adela, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 44.

⁵⁶ *Inherente*. Del lat. *inhaerens, -entis*, part. act. de *inhaerēre*, estar unido. Que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello. *Diccionario de la Lengua Española*, cit.

rán no sólo a ese Estado, sino a los juristas que lo operamos. Al primer tipo de *transformaciones* las he denominado *objetivas*, por referirse al Estado de derecho y su sistema jurídico; al segundo tipo las he denominado *subjetivas*, por referirse a los juristas. En pocas palabras, lo que pretendo es responder, al menos, las siguientes interrogantes: ¿de qué manera se transforma un sistema de fuentes de derecho positivo una vez que se han reconocido los derechos humanos?, ¿de qué manera se espera que se transforme el jurista para operar la práctica de los derechos humanos?

1. *El reconocimiento de un núcleo intangible en la Constitución*

La *primera transformación objetiva* que debe operarse en el plano del sistema jurídico positivo, una vez que éste ha *reconocido* los *derechos humanos*, lo es, sin duda, admitir la existencia de un núcleo intangible en la Constitución, o, si se prefiere, aceptar la existencia en la Constitución de una *hiperconstitucionalidad*. El planteamiento es sencillo: ¿será acorde con la práctica de los derechos humanos consentir que el poder de reforma constitucional pueda alterar aquellas cláusulas que son continente de los derechos humanos?

No hay duda de que en

...la etapa del mayor formalismo jurídico, la diferencia entre ley y Constitución se diluyó considerablemente, precisamente porque desde el punto de vista formal, la distinción entre ambos ordenamientos es meramente accidental. En cambio, al entrar en la etapa del neoconstitucionalismo, son los aspectos materiales (sociales, históricos, políticos) los que más destacan...⁵⁷

por lo que hoy claramente se puede afirmar que dentro de la Constitución existe algo que es especialmente constitucional, es decir, hay una *constitucionalidad de la Constitución*. Ello es así porque el neoconstitucionalismo consiste en dejar atrás el positivismo jurídico a partir de la idea de que el derecho no se distingue necesariamente o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos,⁵⁸ principios, los cuales, como ya se afirmó, derivan de la reflexión ético-filosófica.

⁵⁷ Sepúlveda Iguiniz, Ricardo, “Una propuesta para el establecimiento de las leyes orgánicas constitucionales en México”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 15, julio-diciembre de 2006, p. 227.

⁵⁸ Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2006, p. 260.

De esta forma,

la constitucionalidad debe entenderse como la esencia de la Constitución. Definir qué es la constitucionalidad significa preguntarse por lo más profundo y propio de la Constitución, su parte viva, palpitante. Aquello que hace de la Constitución un instrumento social útil e irremplazable. Cuando la Constitución pierde este carácter se traduce en un discurso formal o en un instrumento utilitarista al servicio del poder estatal y no importa nada para la vida social...”.⁵⁹

es decir, la constitucionalidad de la Constitución es ese contenido que hace que la Constitución sea de todos y de nadie al mismo tiempo, lo cual no es irrelevante. No por nada

El camino que ha seguido la evolución constitucional conforme al cual se percibe un apartamiento del formalismo jurídico cada vez más patente —insiste Sepúlveda— ha permitido que surja una doctrina a favor del reconocimiento de la constitucionalidad de la Constitución, es decir de la existencia de un núcleo permanente y propio de todo ordenamiento constitucional, sin el cual no habría posibilidad de encontrar un hilo conductor en la vida constitucional de un Estado...⁶⁰

Es por lo antes descrito, que autores como Néstor Pedro Sagüés, postulan teorías como la *tesis del orden jerárquico de las normas constitucionales*,⁶¹ según la cual no todas las normas constitucionales tienen la misma jerarquía, ya que las hay superiores e inferiores, por lo que en caso de que haya oposición entre ellas deberán prevalecer las primeras. De conformidad con la práctica de los derechos humanos, entendidos como derechos prepositivos, dicha tesis debe ser objeto de un miramiento profundo y sosegado, sobre todo cuando en el derecho comparado ya existen textos que han reconocido explícitamente la superioridad de algunas normas constitucionales sobre otras (*normas hiperconstitucionales*), debido a que poseen —como dijera Sánchez Agesta— una superfundamentalidad.⁶²

⁵⁹ Sepúlveda Iguiniz, Ricardo, “Una propuesta...”, *cit.*, pp. 226 y 227.

⁶⁰ Sepúlveda Iguiniz, Ricardo, *Leyes orgánicas constitucionales. Hacia una nueva constitucionalidad para México*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

⁶¹ Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006, p. 150.

⁶² Sánchez Agesta, al analizar la Ley Orgánica de 1967 que estableciera, dentro del Estado español, el *recurso de contrafuero*, refiere que dicho recurso implicaba la protección o defensa de ciertos principios fundamentales declarados permanentes e inalterables, debido a su *superfundamentalidad*. De ahí que afirmara que “...la acción del poder constituyente establecido por las propias leyes fundamentales para derogarlas o modificarlas, tiene, pues, un

De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, el prefijo *hiper* significa “exceso”, por lo que entiendo la *hiperconstitucionalidad* como la característica de aquellas normas constitucionales que son continente de una carga axiológica importante y significativa. De lo anterior se puede advertir una conclusión que parece inobjetable, por derivar del sentido común: en el texto constitucional hay diferentes contenidos, o si se prefiere, en la Constitución no todo es igual. No es lo mismo el contenido del artículo 1o. de la Constitución mexicana (reconocimiento de los derechos humanos, principio de igualdad, principio de libertad, principio pro persona y principio de no discriminación), que el contenido del artículo 65 (fechas en que inician las sesiones del Congreso de la Unión).

Hablar, por tanto, del *núcleo intangible de la Constitución* es hacer referencia al *elemento primordial o parte central e inalterable de la Constitución, a la que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional*. La premisa se fundamenta en que existe una diferencia entre *Constitución* (no escrita necesariamente) y *leyes constitucionales* (las normas que positivizan la Constitución). De todo lo anterior, y partiendo de tal distinción —entre *Constitución* y *leyes constitucionales*—, afirmo, por ejemplo, que el órgano revisor de la Constitución sólo tiene competencia para reformar las leyes constitucionales, no así la Constitución, ya que no puede ni debe alterar las decisiones axiológicas fundamentales (léase derechos humanos).

Lo anterior se fortalece cuando se advierte en la Constitución mexicana el *principio de no suspensión* de ciertos derechos en el contexto del artículo 29 constitucional. De acuerdo con esa cláusula, también incorporada en la reforma de junio de 2011, se han establecido algunos derechos que no son susceptibles de suspensión ni siquiera en los estados de excepción;⁶³ esto basta para reconocerles *hiperconstitucionalidad* respecto de las demás normas constitucionales, ya que no pueden ser objeto de limitación en ninguna época, razón por lo cual, ante el choque normativo entre alguno de los preceptos que reconocen tales derechos y otras normas constitucionales, lo lógico sería

límite último en estos principios selectivos”. Sánchez Agesta, “El recurso de contrafuero y la protección del orden constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 181, enero-febrero de 1972, pp. 20 y 21, disponible en: <http://www.cepc.es/>

⁶³ Son los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

concluir que deben prevalecer los primeros, al tiempo que se configuran en un componente esencial del núcleo intangible de la Constitución y, con ello, en un límite exógeno a todos los poderes y autoridades, incluido el poder de reforma constitucional.

2. *La aceptación de la doctrina del bloque de constitucionalidad*

La *segunda transformación objetiva* que debe operarse en el plano del sistema jurídico positivo consiste en la asimilación de la doctrina del bloque de constitucionalidad.⁶⁴ Como es sabido, la Suprema Corte de Justicia mexicana, a través de la resolución a la contradicción de tesis 293/2011, no sólo desperdició la oportunidad de interiorizar dicha doctrina, que ha adquirido carta de naturalización en el derecho comparado, sino que estableció otra en su lugar, que contradice frontalmente la práctica de los derechos humanos que aquí he defendido. El precedente es relevante, debido a que ha sido, hasta ahora, la única y última interpretación existente sobre el contenido del artículo 1o. constitucional, que a través de estas líneas he analizado: el reconocimiento de los derechos humanos de tratados internacionales y su posición frente a la Constitución mexicana.

La Corte mexicana ha sostenido desde aquella ocasión, que

Cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas —incluidos los derechos humanos de los tratados internacionales— deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado...⁶⁵

⁶⁴ Sobre este concepto, el jurista español Rubio Llorente advierte que después de arraigarse en Francia pasó a otros países europeos, como España en donde el Tribunal Constitucional español hizo uso por primera vez de la expresión en el fallo STC 10/82, y recuerda que dicho tribunal se refirió al bloque como “...a un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen”, de ahí que sea fundamental hablar del mismo para la práctica de los derechos humanos que he sostenido a lo largo del presente análisis.

⁶⁵ Registro núm. 2 006 224. DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. P./J. 20/2014 (10a.), Décima Época, abril de 2014, t. I, p. 202.

Nuevamente se opta no sólo por la ruptura de la práctica del Estado de derecho y la práctica de los derechos humanos, sino que se da prevalencia a la primera sobre la segunda, ignorando así su complementariedad. De esta forma, los derechos positivizados en la Constitución prevalecerán respecto del material normativo que pudiera encontrarse en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), independientemente de que resultara éste más garantista para la persona y sus derechos. Pero el desdén a esta doctrina no es lo más relevante. Lo verdaderamente importante es que sigue apostando por la jerarquización formal de los derechos humanos, lo que genera consecuencias y efectos sobre los cuales ya he planteado algunas ideas en otros trabajos.⁶⁶ Aquí deseo sólo hacer referencia a dos de tales consecuencias, que resultan catastróficas para la práctica de los derechos humanos.

Primera consecuencia. De la consciente o inconsciente jerarquización que se hace entre los derechos humanos de fuente nacional y los derechos humanos de fuente internacional, termina por no tener aplicación otra cláusula constitucional: el segundo párrafo del artículo 1o. de nuestra ley fundamental, el cual mandata que “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”.

Lo anterior es así, debido a que al hacer referencia a la jerarquía, al momento en que deba preferirse entre un derecho humano de fuente nacional y otro de fuente internacional, no podremos elegir la norma o la interpretación más garantista, independientemente de la fuente de la que provenga; por el contrario, deberemos elegir la norma de fuente nacional bajo la premisa de que esa norma sí es Constitución, mientras que la norma de fuente internacional termina por no serlo. Nótese, por ejemplo, lo afirmado por el ministro Pérez Dayán:

Me permito disentir también del tratamiento que el proyecto da a la interpretación sistemática del artículo 1 constitucional, primero en relación al artículo 133, y después con los artículos 15 y 105, fracción II, inciso g), de la propia Carta Suprema, para llegar a la conclusión en el sentido de que ésta y los tratados internacionales que reconocen derechos humanos no se vinculan en función de una relación jerárquica... y que por el mismo nivel en que se hayan, sus eventuales antinomias han de ser subsanadas a través de juicios de ponderación, bajo la aplicación del principio pro persona.

⁶⁶ Vázquez Gómez B., Francisco, *El control de convencionalidad. Hacia una teoría de la argumentación convencional*, México, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 277 y ss.

Ello, fundamentalmente porque tal ejercicio intelectual no incluye un segmento del texto constitucional precisamente redactado para regular y definir el tópicó en cuestión. Me refiero en concreto a la última parte del multicitado artículo 1o. constitucional, en su primer párrafo, que luego de referirse a derechos humanos reconocidos en la Constitución misma y en los tratados internacionales, categóricamente expresa que el ejercicio de aquéllos, no podrá restringirse ni suspenderse, salvo los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece, lo cual incluye por lógica evidente las fuentes del orden externo.⁶⁷

No perdamos de vista que, atendiendo al mencionado segundo párrafo del artículo 1o. constitucional, las *normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales*, cobra aplicabilidad, por ejemplo, lo señalado por el artículo 29, inciso b de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, según el cual “ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de: limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. Es por ello que la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó desde hace ya varias décadas que

...si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.⁶⁸

No hay duda que con el criterio asumido por la mayoría de la Suprema Corte, tal principio no sería predicable de la Constitución mexicana, por lo que queda aún más claro que el primero de los errores advertidos —la no asimilación de la doctrina del bloque de constitucionalidad— conduce a nefastas consecuencias, que resultan poco sensibles a la nueva ideología constitucional que debió deducirse de la reforma de junio de 2011.

Segunda consecuencia. Derivado de la inaplicación del *principio pro persona*, se genera una respuesta contraria a uno de los principios básicos de la in-

⁶⁷ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 27 de agosto de 2013, pp. 5 y 6.

⁶⁸ Opinión consultiva OC-05/85 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la “Colegiación obligatoria de los periodistas”, párr. 52.

interpretación y argumentación constitucional. Me refiero al *principio favor libertatis*, que “...presenta dos facetas de interpretación: la primera, que debe hacerse extensiva en relación con aspectos que favorezcan la libertad; y la segunda, restrictiva en todo lo que la limite”.⁶⁹ Así las cosas, y partiendo de que en materia de derechos humanos debemos estar a la argumentación más amplia por lo que toca a su protección, y, por el contrario, en materia de limitaciones a los derechos debemos estar a la interpretación más restrictiva, si releemos la parte final del párrafo primero del artículo 1o. constitucional, cuando señala que el ejercicio de los derechos humanos —sean de fuente nacional o internacional— “...no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”, no hay duda de que podríamos arribar a dos conclusiones interpretativas contrapuestas, a saber: *i*) que los casos y las condiciones en que pueden suspenderse y restringirse los derechos humanos pueden estar dispersos en toda la Constitución, lo que implicaría aceptar que los operadores jurídicos pueden entender el ámbito de los derechos humanos en una lógica de reglas generales y excepciones, es decir, con el suficiente margen para establecer y deducir las restricciones que deseen, o bien, *ii*) que tales casos y condiciones a que alude el artículo 1o. constitucional se limitan a los supuestos del estado de excepción establecido en el artículo 29 constitucional y la consecuente suspensión en el ejercicio de algunos de los derechos positivizados, con objeto de hacer frente a la situación de emergencia respectiva.

No es difícil advertir que mientras la segunda de las conclusiones argumentativas respeta el *principio favor libertatis*, la primera lo niega rotundamente, ya que lejos de entrever en la Constitución una ideología de corte garantista, le reconoce a los jueces y al poder de reforma constitucional la facultad para —si así lo desean— fagocitar los derechos humanos reconocidos en la Constitución, ya que de tal reconocimiento puede seguirse una lista interminable de restricciones a su ejercicio. Lo anterior genera un argumento circular, ya que bajo el pretexto de respetar las restricciones que al ejercicio de los derechos pueda establecer el poder de reforma constitucional, es decir, bajo el pretexto de aplicar las normas constitucionales que contengan excepciones a los derechos humanos, se deja de aplicar otra norma de la misma categoría. Me refiero al segundo párrafo del artículo 1o. constitucional, que, como ya se vio, mandata la aplicación del *principio pro persona*. El argumento planteado lo hizo patente la ministra Luna Ramos de la siguiente manera:

⁶⁹ Allier Campuzano, Jaime, *Introducción a la interpretación constitucional mexicana*, México, Porrúa, 2013, p. 8.

Si nosotros a través de la aplicación *pro homine* dejamos de aplicar artículos constitucionales para aplicar un tratado internacional, estamos sustituyéndonos en la facultad del Constituyente permanente, porque implícitamente al inaplicar la Constitución, la estamos derogando, estamos diciendo este artículo no aplica y aplica éste, nos estamos sustituyendo en el Constituyente permanente, y a mí me parece que esto sí es una violación al principio de división de poderes.⁷⁰

Nuevamente se advierte que el problema de fondo es la elección de la premisa mayor —no asimilar la doctrina del bloque de constitucionalidad— la que llevó a estas conclusiones. En suma, se desconoce así que en el ámbito de la globalización, el derecho tiende, lógicamente, a verse menos como el producto de una voluntad política y, por el contrario, adquiere más importancia una visión del derecho como un medio para obtener ciertos fines, como un mecanismo que facilita una práctica social, es decir, una práctica de los derechos humanos.⁷¹

3. *El tránsito hacia el Estado de derechos y justicia a partir del derecho internacional de los derechos humanos*

La *tercera transformación objetiva* que debe operarse en el plano del sistema jurídico positivo consiste en transitar a lo que en otros momentos he denominado “el Estado de derechos y justicia”. Esta transformación la postulo, ante todo, debido a que la parte del artículo 1o. constitucional que me ha tocado analizar señala que sean *reconocidos* los *derechos humanos* de los *tratados internacionales*. Debemos tener en cuenta, por tanto, que el desarrollo del DIDH no puede obedecer a la manera en que el paradigma del iuspositivismo formalista se desarrolló durante el siglo XIX y primera mitad del XX, es decir, debemos tener en cuenta que al analizar el DIDH nos percataremos de que no se trata de un modelo jurídico sistémico, perfectamente ordenado y codificado como lo pretendió ser ese sistema jurídico “fuerte” de construcción kelseniana que era visto como un producto que poseía unidad, jerarquía, completitud y coherencia.⁷²

Por el contrario, si el DIDH pretende ser la antítesis de aquel sistema jurídico fuerte, es evidente que nos enfrentaremos a un —así entre comillas—

⁷⁰ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 29 de agosto de 2013, p. 39.

⁷¹ Aienza, Manuel, *op. cit.*, p. 276.

⁷² Para conocer más sobre el concepto de *sistema jurídico fuerte* puede consultarse Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, pp. 40 y ss.

“sistema” complejo, flexible y poroso, con una diversidad muy importante de fuentes, y en el cual no existe una jerarquía definitiva que pueda ser previamente advertida. Así las cosas, resulta fundamental abandonar los pretéritos postulados decimonónicos del iuspositivismo para que, en todo caso, comencemos a asimilar una postura iusfilosófica no positivista. En palabras de Alexy, se trata de apostar por la “tesis de la conexión, según la cual existe una conexión necesaria entre la validez jurídica o corrección jurídica, de un lado, y los méritos o deméritos moral o la corrección o incorrección moral, del otro...”⁷³

En esta lógica, si se espera del DIDH las mismas o similares respuestas que hemos venido obteniendo del sistema jurídico fuerte de corte kelseniano, sin duda alguna terminaremos por no entender el cambio que significó arribar a una nueva filosofía del derecho que nos permita anteponer el valor de la justicia y el respeto de los derechos humanos a la seguridad jurídica y al respeto irrestricto al Estado y *su* derecho. Nótese que no se trata de sacrificar por completo la seguridad jurídica bajo el pretexto de luchar por la justicia, ya que no hay nada más alejado de la realidad que aquellas posturas que plantean una disputa maniquea entre tales valores. En el fondo, si se mira con detenimiento el tema, ambos valores buscan lo mismo: dar a cada uno lo suyo, con la diferencia de que la justicia lo hace atendiendo a parámetros sustanciales, y la seguridad jurídica lo lleva a cabo atendiendo a elementos formales. Luego, de lo que se trata es, en todo caso, que ese cambio de paradigma que nos exige el DIDH consista en abandonar los razonamientos del formalismo jurídico según los cuales está justificado sacrificar la justicia por salvar algún requisito insustancial de carácter formal.

Para estos efectos, resulta ilustrativa la manera en que ha sido desarrollado el principio de *fin útil de la nulidad*, según el cual

No puede pronunciarse la nulidad por inobservancia de formas de ningún acto del proceso [salvo que] el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su finalidad. La nulidad en definitiva, no puede pronunciársela nunca si el acto ha alcanzado la finalidad a que está destinado [o dicho de otra forma, que] los órganos jurisdiccionales están constitucionalmente obligados a interpretar las normas con los requisitos procesales y respetando a su vez las Garantías Jurisdiccionales, teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos, evitando cualquier exceso formalista que convierta a tales artículos en mero obstáculos procesales impositivos de la Tutela Judicial efectiva...⁷⁴

⁷³ Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008, p.78.

⁷⁴ Sentencia sobre el expediente 6.132-07, Acción de amparo constitucional, 13 de febrero de 2007, y sentencia sobre el expediente 6.105-06, Nulidad de matrimonio, 14 de

Para entender con precisión las características que —así entre comillas— de “sistema” complejo, flexible y poroso hemos señalado posee el DIDH, resulta sumamente útil apelar a lo que hoy en la *teoría constitucional* se identifica con el nombre de *Estado de derechos y justicia*. Este nuevo paradigma comenzó a construirse a partir de la aprobación de la Constitución ecuatoriana de 2008, en la cual se señaló que el Ecuador se instituía en un Estado constitucional de derechos y justicia.⁷⁵

El cambio de *Estado de derecho* a *Estado de derechos* va más allá del simple cambio en las palabras. Se trata, pues, de una completa transformación, de una mutación profunda del sistema jurídico del Estado y *su* derecho. En términos estrictamente científicos, propios de la teoría de la interpretación constitucional, no se trata de cambios meramente lingüísticos. Esa primera mención constitucional implica toda una revolución conceptual y doctrinaria. Rectamente entendido, el Estado constitucional de *derechos* implica una reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes de lo *qué* es el derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpretación del orden jurídico con el internacional y otros vectores de semejante importancia.

De ese nuevo paradigma es elemento sustancial *la mayor independencia de los derechos con respecto al Estado, a la ley y a la soberanía*. Ésta es la única manera de hacer prevalecer la justicia, postulado que debe regir en el orden normativo interno, y también en el ámbito internacional. Así entendido, el Estado constitucional de derechos supone la aproximación máxima a la que se ha llegado en la materialización del ideal jurídico de la civilización occidental; esto es, que el ejercicio de los derechos se imponga a la voluntad de quienes tienen el poder.⁷⁶

Es decir, este pequeño cambio de palabras implica, en mi consideración, lo siguiente: *i*) no debemos hacer énfasis en el *derecho* (entendido éste como derecho objetivo o conjunto de normas positivas), sino que ahora el énfasis debe estar en los *derechos* (entendidos como derechos subjetivos, es decir, ese conjunto de pretensiones que habrá que reconocerle a los sujetos y frente

febrero de 2007, ambas del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Guarico, Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, disponible en: <http://guarico.tsj.gov.ve/>

⁷⁵ Artículo 1o. de la Constitución del Ecuador de 2008.

⁷⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 479, 2-XII-2008 del 2 de diciembre de 2008.

a las cuales siempre existirá una deuda o una obligación correlativa),⁷⁷ y ii) se rescata la misión y fin fundamental del derecho como ciencia: la justicia.

Con ello, en primer lugar, se reafirma la nueva posición que guardan los jueces y administradores de justicia en el Estado constitucional, ya que serán ellos los encargados de proteger esos derechos resolviendo los casos concretos, y en segundo lugar, los juristas debemos cambiar nuestra visión, ya que ahora debemos centrar nuestra atención en el caso concreto para identificar, a partir de la existencia de obligaciones y deudas, los derechos subjetivos que se encuentren en juego, para luego decidir con justicia dando a cada quien lo suyo. Con los cambios señalados ya no importará tanto lo que diga o no el sistema jurídico y sus normas. Ahora importará la protección de los derechos humanos, independientemente de que sí o no haya normas que los conviertan en derecho vigente y positivo.

Se trata, pues, de abandonar aquella visión sostenida por Kelsen que identificó al *derecho objetivo* con el *derecho subjetivo* cuando afirmó que

Donde existe un derecho subjetivo debe presuponerse la existencia de una regla jurídica. Los derechos subjetivos no pueden existir antes que el derecho objetivo... Mientras un derecho subjetivo no ha sido «garantizado» por el orden jurídico... no es todavía tal derecho subjetivo. Llega a ser sólo en virtud de la garantía creada por el orden jurídico... El derecho del acreedor es, por consiguiente, la norma jurídica por la cual el deudor es obligado a devolver lo que debe; el del propietario, la norma jurídica por la cual otros individuos son obligados a no interferir con el propietario en la disposición de su derecho. El derecho subjetivo es, en resumen, el mismo derecho objetivo.⁷⁸

Así, aquella frase con la que aprendimos en las primeras cátedras en la escuela, de que *el derecho subjetivo es la facultad que emana de la norma*, es decir, que el derecho subjetivo depende de la existencia del derecho objetivo, debemos modificarla radicalmente, al punto de que ahora, en el *Estado de derechos y justicia*, podamos afirmar que *el derecho subjetivo es una facultad, lo diga o no la norma escrita*. De ahí que señale que este cambio implica mayor independencia de los derechos respecto del Estado, *su* derecho, de *su* ley y de *su* soberanía. Este paradigma es acorde con la práctica de los derechos humanos, y al mismo tiempo se complementa con la práctica propia del Estado de derecho, debido a que serán los juristas quienes a partir de su *iurisprudencia*

⁷⁷ Pozo, Enrique, “Estado constitucional de derechos y justicia”, *Apuntes Jurídicos*, disponible en: www.apuntesjuridicos.com.ec

⁷⁸ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., México, UNAM, 1995, pp. 93 y 94.

ta definan lo justo en cada caso que les sea sometido a consideración. Así, la vinculación de los *derechos* al valor de la «*justicia*» permitiría no marginar aquellos derechos humanos que no tengan como continente una norma escrita concreta.

4. *La asimilación de los derechos humanos como principios*

La *primera transformación subjetiva* que debe operarse en aquellos a los que nos corresponde impulsar la práctica de los derechos humanos consiste en retornar a la tradición de los juristas clásicos, de entender esos derechos como un conglomerado asistémico de principios y causas justas, y no a partir del método de la exégesis normativa de la modernidad jurídica que nos ha arrastrado a entenderlos como reglas generales y excepciones. No niego que hoy en día todos aquellos que nos jactamos de ser conocedores de la realidad jurídica neoconstitucional hablamos de los principios como si fueran nuestra divisa. Pero lo cierto es que, más pronto que tarde, apelamos a la norma escrita, a la ley, a efecto de dar una respuesta “jurídica” —más bien legal o normativa— a los casos concretos. Es, en este punto, donde la ausencia de las transformaciones objetivas descritas líneas arriba comienza a generar una suerte de círculo vicioso, al punto de que nos hace volver inconscientemente a la dinámica de entender los derechos humanos a partir del Estado de derecho y *su* derecho.

Asimilar los derechos humanos como principios implica despojarnos de un error que se derivó de la pretendida modernidad jurídica. Si de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, el adjetivo calificativo de *moderno* se utiliza para calificar a aquello que es “contrapuesto a lo antiguo o a lo clásico y establecido”, hablar de Estado moderno significaría que el Estado que se constituirá a partir de la aparición de los primeros actos constitucionales romperá no sólo con el abuso del poder por parte de los monarcas y príncipes del antiguo régimen absolutista, sino que se distanciará con la forma de pensar al Estado y de reflexionar los derechos.

En este sentido, el iuspositivismo —representación más acabada de esa *modernidad*⁷⁹— terminaría por generar una mutación tan honda en su desarrollo que significó transitar de una filosofía jurídica del *ser* a una filosofía

⁷⁹ Para efectos del presente análisis entenderemos por *mundo clásico* aquel universo configurado a partir del pensamiento filosófico en la época clásica y el medievo (siglo V a. C., 1453, año en que cayó Constantinopla, capital del Imperio Romano de Oriente) y por *modernidad* al pensamiento filosófico construido en la época moderna y contemporánea (siglo XV d. C. hasta nuestros días).

jurídica del *pensar*, es decir, mientras que en el mundo clásico el primer principio del que irremediamente partía todo conocimiento (cualquiera que fuera su nivel de abstracción) era la evidencia del objeto y su esencia, siendo el hombre capaz de saber lo que las cosas son y no son (*realismo filosófico clásico*), para el mundo moderno, el ser o las cosas se transformarían en objetos que son sometidos al pensar, debido a que la cosa en sí es incognoscible, por lo que el *ser* de las cosas es sólo un *ser percibido*, y así, el primer problema filosófico para los modernos sería el problema del conocimiento, ya que las cosas, más que conocidas, son pensadas (*relativismo filosófico*);⁸⁰ desde esta perspectiva, lo fundamental ya no sería *qué* se conoce, sino *cómo* pienso lo que conozco. Por ello es que Valdés Martínez afirmaría que “...quien no entiende la Modernidad, poco entiende de los modos de pensar el derecho”.⁸¹

Esta forma de entendimiento de lo jurídico llevó a que, para efecto de imprimirle la científicidad del conocimiento teórico (o exacto) al conocimiento práctico —propio del derecho—, se privilegió la certeza absoluta que generan aquéllas sobre las certezas débiles o relativas que puede generar el derecho. De esta forma, se nos enseñó que debemos operar el pensamiento jurídico a partir de reglas generales y excepciones; para ello, la codificación convirtió los *principios* en reglas generales, y las *causas justas* en excepciones. ¿Cuál fue el problema? Que los casos concretos a los que debemos dar respuesta son mucho más complejos que lo que el legislador “democrático” pueda prever. Por tanto, si el caso frente a nosotros actualiza la hipótesis de una excepción a la regla, no tendremos problema, debido a que aplicaremos ésta para desatender aquélla.

Pero en materia de derechos humanos no ocurre así. Hay cientos de hechos que pueden actualizar la limitación o restricción legítima al ejercicio de un derecho humano o, si se prefiere, habrá muchas circunstancias en las que *aparentemente* se alegue el ejercicio a un derecho humano sin que esto sea realidad. Ahí es cuando nos encontramos con el paradójico concepto del *ejercicio abusivo de un derecho*.⁸² Este tipo de casos los pretende resolver el Estado y *su* derecho a partir de las reglas generales y sus excepciones. Pensemos

⁸⁰ Vigo, Rodolfo Luis, “Derecho y moral en el Estado de derecho constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico”, *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, núm. 74, 2012, p. 76.

⁸¹ Vázquez Gómez, B. Francisco, *El decálogo del jurista contemporáneo. Memorias del pensamiento ius-filosófico de Jacinto Valdés Martínez*, México, Tirant lo Blanch, 2018, p. 14.

⁸² Si el ejercicio de un derecho es abusivo, entonces ya no estamos en presencia del ejercicio de tal derecho; estamos fuera del ámbito protector de ese derecho. Los derechos se ejercen o no se ejercen, lo que no niega la posibilidad de que se actualicen los denominados *casos límite*, aquellos en los que sea complejo determinar qué derecho es el que debe protegerse.

rápidamente en el siguiente ejemplo: supongamos que la regla es que no se puede salir del salón de clases hasta que no suene la campana. No hay manera de cumplir a medias con esta regla, no hay manera de mejorar o empeorar en su cumplimiento; se puede obedecer y no salir o desobedecerla y salirse. Luego, en el sistema jurídico hay otra regla. En caso de incendio, hay que salir de los salones. Esta nueva regla entra en franca contradicción con la primera; si hay un incendio antes de que suene la campana habrá que salir del salón. La única manera de salvar este conflicto es insertando a la regla originaria de permanecer en el salón una excepción para el caso de que se produzca un incendio. ¿Será un incendio la única circunstancia en la que debemos “romper” la regla general?, ¿en realidad estamos rompiendo la regla?

Aquí es donde me parece conveniente retornar al pensamiento clásico. A pensar los derechos humanos como principios. Ello nos permitirá, atendiendo a las circunstancias reales de los casos concretos, advertir cuándo debe respetarse el principio y cuándo existirá una causa justa que nos obligue, según justicia, a darle paso a otra respuesta jurídica. Un ejemplo sencillo nos lo acerca el Aquinate. En la *Suma Teológica* plantea un caso por demás ilustrativo, que nos permite advertir esa forma diferente de operar lo jurídico. Entender que la práctica de los derechos es encontrar la mejor respuesta jurídica atendiendo a sus circunstancias y sin la predisposición hacia lo que digan las reglas. Veamos:

1. Lo que es natural al ser que tiene naturaleza inmutable es necesario que sea tal siempre y en todas partes. Mas la naturaleza del hombre es mutable. Y, por esto, lo que es natural al hombre puede fallar a veces. Por ejemplo, tiene igualdad natural el hecho de que se devuelva lo depositado al depositante; y, por consiguiente, si la naturaleza humana fuera siempre recta, ésta debería siempre observarse. Pero, debido a que la voluntad del hombre se pervierte a veces, hay algunos casos en los que lo depositado no debe ser devuelto, a fin de que un hombre con voluntad perversa no lo utilice mal; como, por ejemplo, si un loco o un enemigo del Reino exige las armas depositadas.⁸³

Introducirnos a una práctica de los derechos humanos bajo el modelo jurídico moderno no hará más allá que, ante casos como lo narrados, i) busquemos en el sistema jurídico alguna excepción, y si ésta no existe, ii) impulsemos a que se introduzca normativamente, o bien, si esto no es posible, iii) aleguemos un conflicto de reglas, lo que implicaría la declaración de

⁸³ II, II (*Secunda secundae*), q 57, art. 2, ob. 1.

invalidez jurídica de alguna de ellas por razonable y justa que parezca, pues la validez en la modernidad jurídica no es graduable, se tiene o no se tiene.

Pensemos sólo un momento que la respuesta justa, en el ámbito de la práctica de los derechos humanos, no está necesariamente en la ley. Ante todo está en la realidad del caso concreto. Por ello,

Lo que debe orientar el trabajo del jurista que pretenda operar con sentido en el marco de los Estados constitucionales no es, desde luego, el desprecio de las autoridades, de las reglas o de la subsunción, sino el propósito (quizá no siempre realizable y, desde luego, no realizable de una vez y por todas) de lograr algún tipo de ajuste que integre en un todo coherente la dimensión autoritativa del derecho con el orden de valores expresado en los principios.⁸⁴

5. *La admisión de una objetividad ética (o una moral universal)*

La *segunda transformación subjetiva* que debe operarse en aquellos a los que nos corresponde impulsar la práctica de los derechos humanos consiste en perder el miedo a admitir que si deseamos de verdad ejercer nuestra *praxis* desde el neoconstitucionalismo, debemos partir por aceptar principios universales que deriven de la reflexión éticofilosófica.⁸⁵ No sólo son necesarios, muchos de ellos son evidentes (*v. gr.* la proscripción de la esclavitud). Una práctica de los derechos humanos no puede estar sustentada en el relativismo filosófico o jurídico. La defensa de los derechos humanos “implica un cierto objetivismo valorativo; por ejemplo, asumir que [tales derechos] no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral (en una moral universal). Y atribuir una especial importancia a la interpretación guiada por los fines y valores que dan sentido a la práctica”.⁸⁶

En pocas palabras, es impensable una práctica de los derechos humanos que implique su reconocimiento como prepositivos derivado de que hunden sus raíces en valores superiores derivados de la reflexión ético-filosófica (*v. gr.* vida, dignidad, igualdad y libertad), y, al mismo tiempo, defender el relativismo (filosofía del *pensar*, no del *ser*) que la modernidad jurídica nos impone para pensar que los derechos humanos se sustentan en meras convenciones humanas. Al final, “...la verdad no es un producto de la política (de la ma-

⁸⁴ Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 269.

⁸⁵ Líneas arriba diferencié la ética filosófica de la moral. No obstante, no se olvide que en un contexto laxo pueden asumirse como sinónimos.

⁸⁶ Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 268.

oría), sino que la precede e ilumina. No es la praxis la que crea la verdad, sino la verdad la que hace posible la praxis correcta...”⁸⁷

Si, como se ha dicho, es la pertenencia a la especie humana, son la naturaleza y dignidad humanas los elementos determinantes para ser titular de los derechos humanos, no debe haber tregua en cuanto a que sean las reflexiones ético-filosóficas las que guíen una práctica de los derechos humanos. De otra forma, la *universalidad* de los derechos humanos es impensable. Ahí es cuando resurge el concepto de *derecho natural* que la modernidad tanto ha pretendido que olvidemos, arguyendo que es imposible identificar los principios ético-filosóficos universales que, después, puedan nutrir al Estado, *su* derecho y a la *praxis* de los juristas contemporáneos.

El problema original es que ese concepto de derecho natural, así como la determinación de su contenido, ha sido considerado como una relación indisoluble con la *democracia* y con el *relativismo*. Resulta paradójico que en tiempos modernos se defiendan los derechos humanos sobre la base de que la dignidad humana, predicando por ello su universalidad, pero al mismo tiempo, cuando de responsabilidades u obligaciones se trata, surja inmediatamente el *relativismo* que diluye los conceptos de justicia o injusticia a cuestiones meramente particulares, circunstanciales o culturales. Todos tenemos claro que nuestra vida es un valor que merece toda la tutela jurídica posible, pero comienza a no ser tan claro cuando de lo que se habla es de la vida de los demás. Por eso es que se afirme que “...el relativismo es el problema más hondo de nuestro tiempo...”⁸⁸

¿Cómo afrontar esta problemática?, ¿es posible identificar principios universales que nutran el ámbito de la normatividad? Sinceramente, si hacemos a un lado la formación que de la modernidad hemos recibido, podríamos llegar a otros derroteros. Véase:

Sencillamente, estamos sometidos de modo habitual a un error de óptica. Las diferencias nos llaman más la atención porque las coincidencias son evidentes. En todas las culturas existen deberes de los padres hacia los hijos y de los hijos hacia los padres. Por doquier se ve la gratitud como un valor, se aprecia la magnanimidad y se desprecia al avaro; casi universalmente rige la imparcialidad como una virtud del juez, y el valor como una virtud del guerrero. La objeción que se hace de que se trata de normas triviales, que además se deducen fácilmente por su utilidad biológica y social, no es ninguna objeción.

⁸⁷ Ratzinger, Joseph, *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, 4a. ed., trad. de José Luis del Barco, Madrid, Rialp, 2005, p. 86.

⁸⁸ Ratzinger, Joseph, *Fe, verdad y tolerancia: el cristianismo y las religiones del mundo*, trad. de Ruiz Garrido, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2005, p. 65.

Para quien tiene una idea de lo que es el hombre, las leyes morales generales que pertenecen al hombre serán naturalmente algo trivial; y lo mismo decir que sus consecuencias son útiles para el género humano ¿Cómo podría resultar razonable para el hombre una norma cuyas consecuencias produjeran daños generales? Lo decisivo es que el fundamento para nuestra valoración no es la utilidad social o biológica; lo decisivo es que la moralidad, es decir, lo bueno moralmente, no se define así. Daríamos también valor al proceder del P. Kolbe⁸⁹ aunque el padre de familia hubiera perdido la vida al día siguiente; y un gesto de amistad, de agradecimiento, sería algo bueno aunque mañana el mundo se fuera a pique. La experiencia de estas coincidencias morales dominantes en las diversas culturas, de una parte, y el carácter inmediato con que se produce nuestra valoración absoluta de algunos comportamientos de otra, justifican el esfuerzo teórico de dar razón de la norma común, absoluta, de una vida recta.⁹⁰

¡Es posible! La práctica de los derechos humanos es posible desde el paradigma del realismo jurídico clásico, ese que hace de los derechos lo que son, si y sólo si existe una deuda correlativa. Pretensiones que le son debidas a alguien por el simple hecho de pertenecer a la especie humana.

V. CONCLUSIÓN

Después de este recorrido por algunas reflexiones en torno a lo que dice la Constitución mexicana acerca de *reconocer los derechos humanos*, hemos podido advertir, en primer lugar, que el Estado de derecho y los derechos humanos

⁸⁹ En Auschwitz, el régimen nazi buscaba despojar a los prisioneros de toda huella de personalidad tratándolos de manera inhumana e impersonal, como un simple número: a San Maximiliano le asignaron el 16670. A pesar de todo, durante su estancia en el campo nunca le abandonaron su generosidad y su preocupación por los demás, así como su deseo de mantener la dignidad de sus compañeros. La noche del 3 de agosto de 1941, un prisionero de la misma sección a la que estaba asignado San Maximiliano escapa; en represalia, el comandante del campo ordena escoger a diez prisioneros al azar para ser ejecutados. Entre los hombres escogidos estaba el sargento Franciszek Gajowniczek, polaco como San Maximiliano, casado y con hijos. San Maximiliano, que no se encontraba entre los diez prisioneros escogidos, se ofrece a morir en su lugar. El comandante del campo acepta el cambio, y San Maximiliano es condenado a morir de hambre junto con los otros nueve prisioneros. Diez días después de su condena y al encontrarlo todavía vivo, los nazis le administran una inyección letal el 14 de agosto de 1941. Es así como San Maximiliano María Kolbe, en medio de la más terrible adversidad, dio testimonio y ejemplo de dignidad. En 1973, Pablo VI lo beatifica, y en 1982 Juan Pablo II lo canoniza como Mártir de la Caridad, disponible en: <https://es.catholic.net/op/articulos/31958/maximiliano-kolbe-santo.html#modal>

⁹⁰ Spaemann, Robert, *Ética: cuestiones fundamentales*, trad. de J. Yanguas, Pamplona, EUNSA, 2001 (¿Son relativos el bien y el mal?).

son dos prácticas diferentes que deben complementarse en su justa dimensión, y, en segundo lugar, que para asumir con profundidad dicho reconocimiento es necesario impulsar diversas transformaciones al sistema jurídico y al entendimiento con el que los juristas operamos el mismo.

No perdamos de vista que la práctica de los derechos humanos implica asumir que en el fondo tales derechos son libertades, y la libertad implica responsabilidad. Es por ello que debemos cuestionarnos, juristas del siglo XXI, qué entendimiento tenemos de la libertad. Quizá ahí es donde podemos rescatar lo que nos queda de humanos. ¿La libertad la entendemos como *autarquía*⁹¹ o como *autonomía*?⁹²

La libertad entendida como *autonomía* se concibe, en primer lugar, como una condición del individuo, es decir, se trata de un individuo que se encuentra en una situación determinada, lo que significa que la autonomía no es necesariamente intrínseca a todo individuo, sino sólo al que se encuentra en una determinada condición (*v. gr.* “el carácter de cualquier acto depende de las circunstancias dentro de las cuales es realizado. La más estricta protección de la libertad de expresión no protegería a una persona que gritara falsamente «¡fuego!» en un teatro, causando pánico”),⁹³ y, en segundo lugar, que el individuo no depende de nadie en ciertos aspectos, en ciertos conceptos, lo que quiere decir que por ciertos aspectos es independiente de cualquier sujeto u objeto, pero no por otros o por todos los aspectos; se trata, por tanto, de una independencia parcial y relativa, y no total ni absoluta. Así, esta concepción de libertad mira a la persona como “capaz de autogobierno biológico, psicológico y espiritual; pero su autonomía es relativa”.⁹⁴

Por el contrario, la libertad entendida como *autarquía* se concibe como la capacidad o poder de gobernarse a sí mismo, o bien de acuerdo con el segundo de sus significados, como autosuficiencia, es decir, un sujeto que se basta a sí mismo. De esta forma, la autarquía va más allá de la autonomía, y se impone o se afirma contra cualquier otra voluntad de modo absoluto e

⁹¹ (Del gr. ἀυτάρχια, poder absoluto). Dominio de sí mismo. (Del gr. ἀυτάρκεια, autosuficiencia). Autosuficiencia. (*Diccionario de la Lengua Española, cit.*).

⁹² (Del gr. ἀυτονομία). Condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie. (*Diccionario de la Lengua Española, cit.*).

⁹³ Al respecto, el *justice* Holmes señaló que “But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done. The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force”. Véase *Schenk vs. United States*, 1919.

⁹⁴ Lucas Lucas, Ramón, *Horizonte vertical. Sentido y significado de la persona humana*, Madrid, BAC, 2010, pp. 68 y 69.

indiscutible.⁹⁵ La visión de los derechos humanos entendidos como libertad autárquica genera la consecuencia lógica de pensar que el bienestar del ser humano consiste en satisfacer todas sus necesidades dándole una respuesta exhaustiva a todas sus aspiraciones, lo que a su vez provoca un permisivismo que está destruyendo a la sociedad occidental debido a que ésta se construye a partir de una moral libertaria. En palabras de Ramón Lucas, lo anterior ha generado un *absolutismo del libertinaje*, el cual provoca que

La sociedad no [respete] las leyes de un desarrollo armonioso y, por esto, las partes actúan sin respeto a los derechos de los demás. Así, por ejemplo, quien considera que la forma para realizarse a sí mismo sea seguir las tendencias de la propia «libido reprimida», juzgará lícito y derecho suyo orientar la libertad individual en este sentido. La sociedad permisiva es una sociedad falsamente libre, y esto por un motivo fundamental: por querer permitir todo no garantiza ya nada.⁹⁶

Éste es el principal riesgo de la práctica de los derechos humanos sustentados en la concepción de la libertad como autarquía: que “en estas sociedades, prospera la delincuencia organizada, avanza la droga y se desencadenan los más bajos instintos del hombre”.⁹⁷ Cualquier parecido con la realidad mexicana, créame, querido lector, es pura coincidencia.

Estoy convencido de que una correcta práctica de los derechos humanos, el reconocerlos como dice la Constitución mexicana, simplemente consiste en que asumamos el reto de buscar lo que es justo a partir de las circunstancias del caso. Considero que ésa es la mejor práctica de los derechos humanos.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 69.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 59 y 60.

⁹⁷ *Idem*.

*...cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos
y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

RESTRICCIÓN Y LIMITACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Octavio RODRÍGUEZ FERREIRA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Conflictivismo, límites y restricciones a derechos humanos.* III. *Restricción y suspensión de derechos en la Constitución mexicana.* IV. *Interpretación constitucional de las restricciones a derechos humanos.* V. *Supremacía constitucional y derechos humanos.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde su consolidación como nación independiente y hasta la fecha, México ha sido un participante ávido en la consolidación del orden internacionalista, al apoyar la creación de diversos organismos y firmar, proactivamente, copiosos instrumentos internacionales, entre ellos los documentos más importantes en materia de derechos humanos. Dentro de su orden jurídico, el país ha hecho suyo el lenguaje iushumanista, y en la actualidad ninguna decisión, ninguna política pública está exenta de ser analizada y discutida bajo este contexto. Así, México ha buscado posicionarse a la vanguardia institucional y jurídica, trazada por y para los derechos humanos.

La primera década del siglo XXI, en particular, trajo consigo una serie de reformas constitucionales, algunos criterios de interpretación de los tribunales federales y cambios profundos al sistema de justicia, que mostraban un avance del sistema jurídico mexicano en dirección hacia un nuevo paradigma dentro de un entorno pluralista o “supraestatalista”, como plan-

* Profesor, investigador y director ejecutivo del programa Justice in Mexico de la Universidad de San Diego.

tean Ferrajoli,¹ Habermas² o Zagrebelsky.³ En concreto, me refiero a cuatro hechos determinados: la reforma al sistema de justicia penal, los cambios generados en relación con el caso *Radilla*,⁴ las reformas a la Ley de Amparo, y la reforma al artículo 1o. constitucional, la cual me corresponde analizar en esta ocasión.

El 10 de junio de 2011 fue publicada una reforma, que modificó el artículo 1o. de la Constitución, en la cual se incluye, por primera vez, el término “derechos humanos”, modificando el capítulo primero de la carta magna de su denominación original “De las garantías individuales” a “De los derechos humanos y sus garantías”. La enmienda al artículo 1o. constitucional formó parte de este proceso reformatorio que representó un cambio estructural significativo en la historia del derecho mexicano.

El artículo 1o. de la Constitución, después de la reforma de 2011, establece que todos los individuos deben gozar de los derechos humanos que otorgan la Constitución y los tratados internacionales, además de imponer la condición de que los derechos humanos sean interpretados de acuerdo con la ley fundamental, así como con los ordenamientos supranacionales. Además de reconocer jerarquía constitucional a los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales, obliga a la protección más amplia de las personas, es decir, eleva a rango constitucional el principio pro persona.⁵

La disposición que me corresponde analizar en este trabajo es también una de las más importantes, ya que refiere al goce y ejercicio de los derechos humanos, y es la incluida en la última parte del párrafo primero del referido artículo; es decir, la determinación de que el ejercicio de los derechos humanos y sus garantías no puedan restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la misma Constitución establece.

¹ Ferrajoli, Luigi. “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Carbonell, Miguel, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2000, p. 397.

² Habermas, Jürgen, “Plea for a Constitutionalization of International Law”, *Philosophy and Social Criticism*, 40, núm. 1, 2014.

³ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1999.

⁴ Caso *Radilla Pacheco vs. México*, 2010, Corte IDH, serie C, 215.

⁵ La reforma además contiene estipulaciones importantes en materia de protección de derechos humanos, ya que otorga a la Comisión Nacional de Derechos Humanos el poder para investigar violaciones graves de derechos humanos y llevarlos a juicio ante la Suprema Corte, y le da la facultad de impugnar la constitucionalidad de leyes federales y locales en violación de derechos humanos, además de aumentar y fortalecer su autonomía; todo esto a fin de “ciudadanizar” la elección de los titulares no sólo de la Comisión, sino de todas de las comisiones de derechos humanos en el país. Además, obliga a todas las autoridades a prevenir, investigar, sancionar y reparar violaciones de derechos humanos, y se crea un catálogo de derechos que no pueden ser suspendidos en ningún caso, incluidos los derechos a la vida, la integridad personal de los niños, y el principio de legalidad y de retroactividad.

Esta disposición, si bien no es nueva al texto constitucional, previo a la reforma el artículo 1o. ya contenía el precepto de que “todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”. No obstante, aunque la redacción del artículo es la misma en lo que respecta a la restricción y suspensión de derechos—y garantías—, su contenido sí se presume distinto en el nuevo contexto jurídico que trajo la reforma del artículo 1o.

Aún así, a pesar de los cambios jurídico-institucionales que he descrito anteriormente, y en mayor medida a pesar de la reforma de 2011, con disposiciones mayormente garantistas, interpretaciones judiciales recientes parecen, por el contrario, reivindicar una potestad más amplia para restringir y limitar derechos, lo que parecería no sólo colocarnos en afrenta a instrumentos internacionales obligatorios para México, sino que incluso podría ir en contra del contenido mismo de la Constitución.

En tanto que el artículo 1o. no ofrece mayor especificidad en cuanto al contexto general de restricción y limitación a derechos, sus alcances y límites tanto teóricos como en el contexto jurídico mexicano, me corresponde, entonces, desarrollar a continuación dicho análisis.

II. CONFLICTIVISMO, LÍMITES Y RESTRICCIONES A DERECHOS HUMANOS

La limitación a los derechos es un tema común en el derecho. Textos constitucionales en todo el mundo son explícitos en cuanto a la potestad del poder público de imponer límites y restricciones a derechos constitucionalmente establecidos.

Por ejemplo, Alemania reconoce que un derecho puede ser restringido por ley o en virtud de una ley general, pero sin afectar su contenido esencial.⁶ España, a su vez, establece que podrá regularse el ejercicio de derechos y libertades, también sólo por ley y respetando su contenido esencial.⁷

A su vez, la Convención Americana en su artículo 29 no permite la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades ni su limitación en mayor medida que lo que la misma Convención prevé, ni tampoco limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido

⁶ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, *Boletín Oficial Federal*, 1949, p. 1.

⁷ Constitución española, 1978.

de acuerdo con las leyes de los Estados parte o de acuerdo con otro instrumento internacional.⁸

Mas allá del contenido normativo, la posibilidad de que los derechos, o su ejercicio, sean restringidos o limitados, está estrictamente relacionada con la interpretación del concepto de “derecho” en sí, y de su posibilidad de conflicto con otros derechos o bienes públicos.

Como veremos a continuación, en general, distintas posturas iusfilosóficas han abordado este tema desde la óptica de colisión de derechos con otros derechos.

1. *Conflictivismo y restricción de derechos humanos*

Las diferentes formas de concebir derechos trae como consecuencia diferentes nociones sobre los conflictos entre los derechos mismos, y entre derechos y otros bienes públicos. Así, concepciones distintas de “derecho” o de “derechos” llevan a conclusiones divergentes sobre la posibilidad de que éstos entren o no en conflicto.⁹

Una noción general y dominante entre diferentes posturas teóricas es que sí es posible y, de hecho, existe el “conflictivismo”,¹⁰ es decir, los conflictos entre derechos, y entre derechos y otros bienes, y por ello es fundamental saber los límites claros de su ejercicio, así como su posibilidad de ser restringidos. En este sentido, el tema central es analizar la posibilidad de limitación y restricción de derechos fundamentales y/o derechos humanos, y, por consiguiente, sus razones y justificaciones.

A. *Posibilidad de conflictivismo*

La postura más robusta entre distintas posiciones jurídico-filosóficas afirma la susceptibilidad de los derechos de entrar en conflicto entre ellos y con otros bienes públicos, y, por consiguiente, la posibilidad de ser limitados o restringidos. Esta postura es compartida por gran parte de los juristas con-

⁸ Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Organización de los Estados Americanos (OEA), 1969.

⁹ Waldron, Jeremy, “Rights in Conflict,” *Ethics*, 99, núm. 3, 1989.

¹⁰ Siguiendo a Cianciardo, en lo sucesivo me referiré a la posibilidad de que los derechos fundamentales choquen entre sí, o choquen con bienes públicos, como “conflictivismo”. Cianciardo, Juan, *El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2007, p. 41.

temporáneos más influyentes, como Raz,¹¹ Dworkin,¹² Rawls,¹³ y muchos otros.

Uno de los juristas más prominentes de la segunda mitad del siglo XX, Alexy, de igual forma coincide con que ningún derecho fundamental está garantizado de manera ilimitada, y, más aún, que dicho derecho depende de una restricción propia de su calidad de derecho. Entonces, ya que pertenecen a un orden jurídico constitucional, es imposible que los derechos sean ilimitados. Lo anterior significa que los derechos fundamentales, en tanto constitucionales, son susceptibles de ser restringidos, pero sólo por normas del mismo rango, y en tanto que las normas sólo pueden restringir derechos fundamentales únicamente si son constitucionales, cualquier limitación proveniente de norma diversa se entendería como una intervención, por lo que sólo se considerarían restricciones válidas aquellas que fueran constitucionales.¹⁴

B. *Nociones contrarias al conflictivismo*

A menudo se presupone que el “conflictivismo” es común, y si no, de alguna forma, inevitable, y por ello la posibilidad de su ocurrencia no es generalmente cuestionada.¹⁵ Sin embargo, existen posturas que de entrada consideran la imposibilidad de conflictivismo de derechos entre sí o con otros bienes.

Preda sostiene que el hecho de que puedan existir conflictos entre derechos resulta muy problemático para una teoría de la justicia, debido a que si los derechos entraran en conflicto entre ellos, uno debería ser anulado por el otro, y esto debilitaría el papel que guardan todos los derechos dentro de esta teoría. Incluso, si fuera posible dicho conflicto, esto ocurriría de manera menos frecuente de lo que podría pensarse, debido a que muchos de estos aparentes conflictos no ocurrirían entre derechos “genuinos”.¹⁶

¹¹ Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

¹² Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

¹³ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

¹⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* [Theorie Der Grundrechte], trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 272-301.

¹⁵ Preda, Adina, “Are There Any Conflicts of Rights?,” *Ethical Theory and Moral Practice*, 18, núm. 4, 2015.

¹⁶ *Ibidem*, p. 678.

Por su parte, Nozick considera que el conflictivismo no existe, o que sería casi imposible, dado que los derechos son en sí restricciones colaterales, límites a las acciones de otros, y, por lo tanto, son esencialmente negativos, en tanto que requieren primordialmente de una abstención u omisión. El carácter negativo de los derechos requeriría de la abstención de realizar determinado tipo de acciones pero nunca algo más, y entonces cada derecho se presenta como un límite a la propia conducta, y por ello no sería necesario limitar de manera adicional la conducta de otros para que los derechos fueran respetados. Por eso, no cabría la cuestión de si se deben restringir algunos derechos para, por ejemplo, evitar que otros derechos se menoscaben.¹⁷

Autores como Cianciardo y Toller consideran que no existen los conflictos entre derechos como tal, sino que existen conflictos entre normas, pues los derechos se interrelacionan de manera armónica.

Toller considera que el punto de vista conflictivista es equivocado. Para el autor argentino, los derechos pueden ser expresados de manera lógica usando proposiciones categóricas de carácter universal, y por ello la posibilidad de conflictivismo llevaría a invalidar el principio de “no contradicción”, es decir, que no se puede ser y no ser en el mismo momento.¹⁸

Por su parte, Cianciardo considera que es necesario diferenciar entre normas iusfundamentales, cuyo contenido es limitado y regulable, y derechos fundamentales, que son limitados, pero ilimitables. Así, los derechos fundamentales no son limitables, pues protegen sólo aquello que están destinados a proteger, y no otra cosa, y si bien tienen un contenido limitado, es decir, lo que protegen en específico, su contenido, como tal, es ilimitable. Por lo tanto, es posible que existan conflictos entre normas iusfundamentales, mas nunca conflictos de derechos fundamentales.¹⁹

Lo anterior me lleva a una nueva cuestión: determinar si un derecho es susceptible de entrar en conflicto con otro derecho o bien público, entonces depende en gran parte de si los derechos fundamentales y/o derechos humanos son absolutos o no.

De acuerdo con Cianciardo, como vimos anteriormente, las normas que contienen un derecho fundamental son limitadas en cuanto a su contenido, también son regulables y limitables en cuanto a su alcance; es decir,

¹⁷ Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Nueva York, Basic Books, 1974, p. 238.

¹⁸ Toller, Fernando, “Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derecho”, en Cianciardo, Juan, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo de Palma, 2006, 138-181, p. 155.

¹⁹ Cianciardo, Juan, *op. cit.*, p. 254.

no son absolutas. Sin embargo, en los derechos fundamentales en sí, aunque limitados en tanto que sólo protegen algo específico, su contenido es ilimitable: el contenido de lo que protegen no puede ser limitado. Entonces, podrían entenderse como absolutos.

Por su parte, Gewirth concibe ciertos derechos “absolutos” cuando sirven al principio válido de moralidad en su igual aplicación a las personas, pero esto en función a un principio de universalismo concreto, por lo que algunos derechos serían, en efecto, universales, pero debido a que deben tener especificaciones pueden incluso ser anulados.²⁰ De tal manera, y en cierto paralelismo con Alexy, cuando un derecho humano es anulado, debe ser por otro de la misma naturaleza, en atención a la necesidad del objeto,²¹ incluso en casos de bienestar público, pues aquí se entiende que este bienestar se compone de los derechos de otros individuos.²²

2. Solución de conflictos entre derechos

Más allá del debate teórico, en la práctica es reconocida la posibilidad de “conflictivismo”, y entonces estos conflictos normativos deben ser solucionados por el juzgador a través de herramientas hermenéuticas que permitan determinar el alcance de la limitación a un derecho o bien decidir cuál de dos derechos, o derechos y bienes públicos deben prevalecer en una situación de conflicto.

Estas herramientas hermenéuticas, como son la ponderación, la proporcionalidad, y otras, en su mayoría parecerían reducir la solución del conflicto a un balanceo entre ventajas y desventajas, o bien a un análisis de costos

²⁰ Gewirth, Alan, *Human Rights: Essays on Justifications and Applications*, Chicago, The University of Chicago Press, 1982, p. 6.

²¹ Recordemos que Alexy sugiere que la limitación a derechos fundamentales se puede dar sólo por normas del mismo rango o jerarquía, mientras que Gewirth apela a la naturaleza y objeto de la norma restrictiva: “Una norma puede ser una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional. Si no lo es, su imposición puede, por cierto, tener el carácter de una intervención pero no de una restricción [...] [L]as normas son restricciones de derechos fundamentales sólo si son *constitucionales* [sic]”. Alexy, Robert, *cit.*, p. 272. Por su parte, Gewirth expone que “el carácter central y fundamental de los derechos humanos no significa que todos esos derechos sean absolutos. Pero cuando un derecho humano es anulado, debe ser por otro derecho humano, especialmente cuando el Objeto de este último es más necesario para la acción que el anterior. Incluso cuando un derecho es anulado por consideraciones de bienestar general, el último criterio que debe prevalecer genuinamente, debe estar compuesto por los derechos de individuos” (traducción personal), Gewirth, Alan, *op. cit.*, p. 6.

²² Gewirth, Alan, *op. cit.*, p. 6.

y beneficios. A continuación, analizaré algunas de estas herramientas, así como otras posturas que apelan a un criterio más amplio al momento de la solución de un conflicto.

A. Ponderación y proporcionalidad

Cuando los derechos fundamentales, “no de un modo estructural, sino cuando en su aplicación entran en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales, o cuando son objeto de limitación por el legislador”, se debe aceptar, según Prieto Sanchís, que “entre el derecho y su límite constitucional se entabla un verdadero conflicto”, en tanto que “una misma conducta o situación fáctica presenta propiedades adscribibles a ambos principios, al derecho y a su límite”. El modo de resolver estos conflictos, según el autor español, es la ponderación, “aunque a veces se habla también de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad”.²³

Para Prieto Sanchís, la mejor forma de entender la ponderación en su sentido jurídico es “la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas”.²⁴

La ponderación, para Alexy, es una operación fundamental de aplicación jurídica cuyo núcleo consiste en una relación que se denomina *ley de la ponderación*, entendida como cuanto mayor sea “el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”. Así, la ponderación se divide en tres pasos: a) “definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios”; b) definir “la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario”, y c) definir “si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro”.²⁵

Esta postura, no obstante, ha sido ampliamente criticada. Quizá uno de los críticos más importantes de esta técnica hermenéutica, fuertemente defendida por Alexy, es Habermas. Para Habermas, la ponderación orilla a una especie de negociación irracional y arbitraria de valores, pues al momento de una colisión, los derechos son transformados en bienes y valores,

²³ Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Carbonell, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, 85-125, p. 99.

²⁴ *Ibidem*, p. 100.

²⁵ Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, en Carbonell, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, 13-42, p. 99.

con el mismo nivel de prioridad que el argumento contrario, incluso aquellos funcionalistas y de carácter político, y, de tal forma, la protección que el discurso jurídico ha erigido tras el entendimiento deontológico de las normas y principios se viene abajo.²⁶

Alexy defiende la ponderación ante las acusaciones de irracionalidad expresadas por Habermas y otros pensadores, afirmando que la ponderación establece un resultado de forma racional para todos los casos, o, incluso, de no ser así, con la ponderación puede, al menos, obtenerse un resultado de manera racional en algunos casos.²⁷

La ponderación, tal y como la plantea Alexy, al tratar de buscar una técnica para solucionar el conflicto entre derechos, pareciera convertir a los derechos en constantes aplicables a una operación cuasi matemática, despojándoles de todas sus diferentes capas y de su posible mutabilidad contextual. Habermas afirma que cuando el carácter deontológico de los derechos es tomado en serio, éstos se alejan del análisis de costo/beneficio, y así, en caso de colisión, no se debe decidir respecto a la optimización de valores en competencia, sino, simplemente, examinar *prima facie* las normas aplicables para determinar, entonces, cuál es la mejor aplicable al caso. En este sentido, es necesario establecer la conexión plausible entre la norma pertinente y la norma que no prevalece, sin la disminución de su validez general, de forma que la coherencia general del sistema normativo permanezca sin afectación.²⁸

Ahora bien, por lo regular, paralelamente a la ponderación, se habla del principio de proporcionalidad. Este principio plantea que la intervención pública sobre un derecho debe ser “susceptible” de alcanzar su finalidad, debe ser “necesaria” o imprescindible, que no exista otra medida menos restrictiva (o “ley del mínimo intervencionismo”), y “proporcional” o “ponderada”, en favor de aquella que representa mayores beneficios que perjuicios para el interés general, “en particular sobre los derechos y libertades”.²⁹

Para Alexy, la ponderación, en efecto, parte del principio más amplio de proporcionalidad, que constituye una alternativa al problema de los conflictos entre derechos, y entre derechos y bienes públicos, y representa “una técnica idónea para dar con el derecho fundamental o con el bien público

²⁶ Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, Cambridge, The MIT Press, 1996, pp. 258 y 259.

²⁷ Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, pp. 49 y 50.

²⁸ Habermas, *Between Facts and Norms...*, *cit.*, p. 260.

²⁹ Barnés, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, 135, 1994, p. 500.

postergable en el caso, con referencia a una idea de justicia, aunque manteniendo estrictamente una aproximación avalorativa del derecho”.

Cuando se parte de la premisa de que “no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado”, entonces el principio de proporcionalidad se convierte en un tema relevante, en tanto que entonces se debe determinar la “manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos”.³⁰ Así, quienes comparten esta postura y favorecen el principio de proporcionalidad lo consideran una como una “técnica de interpretación” que tiene como propósito tutelar de mayor manera los derechos fundamentales, “expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible”. De tal forma, entre sus partidarios el principio de proporcionalidad es “el más conocido y el más recurrente «límite de los límites»”, que “supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los... derechos”.³¹

Para Alexy, el principio de proporcionalidad, en sentido amplio, debe ser idóneo, necesario y proporcional, en sentido estricto.³² Así, la idoneidad se entiende de manera negativa como el detectar los medios adecuados, mientras que la necesidad implica escoger de entre dos medios igualmente idóneos el más benigno con el derecho afectado.³³ La proporcionalidad en sentido estricto se entiende, a su vez, como la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, mientras que la idoneidad y necesidad, a las posibilidades fácticas.³⁴

Sin embargo, si este principio de proporcionalidad es reducido a mera ponderación, es decir, si el análisis entre un derecho y su limitación fuera sólo un equilibrio entre el “peso” del derecho y el de los motivos que han llevado al legislador a restringir ese derecho, entonces, en última instancia, el derecho humano podría perder su característica de barrera infranqueable para el Estado. En este sentido, Habermas, en una abierta crítica a Alexy, alerta respecto a la ponderación irracional y arbitraria de valores como una afrenta directa al discurso deontológico del derecho.³⁵

³⁰ Carbonell, Miguel, “Introducción. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, en Carbonell, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, 10-13, p. 10.

³¹ *Idem*.

³² Alexy, “La fórmula del peso”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, cit., p. 15.

³³ Alexy, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales...*, cit., 41.

³⁴ *Ibidem*, p. 39. Alexy, “La fórmula del peso”..., cit., p. 15.

³⁵ Habermas, *Between Facts and Norms...*, cit., pp. 258-260.

De hecho, la invocación de una *raison d'état* más o menos convincente podría justificar el sacrificio de algunos derechos humanos. Las consecuencias de este punto de vista no podrían ser más “nefastas” para la teoría general de los derechos humanos, ya que, en el mejor de los casos, los derechos dependerán del consenso, pero en todos los casos no podrán ser “victorias frente a las mayorías”.³⁶

Así, sería suficiente encontrar un fin que sea lo suficientemente importante y un medio que pueda ser justificado por ese fin para transformar el principio de proporcionalidad en un mero criterio formal, es decir, sin la capacidad de garantizar la supremacía de los derechos humanos.

B. *Fuerza de los derechos*

Al contrario de lo que es comúnmente afirmado, la resolución de conflictos entre derechos no es únicamente una función de ponderación de intereses.³⁷

Según Kamm, a veces se dice que hay conflicto entre derechos; sin embargo, esto puede ser un pseudoconflicto, ya que en ocasiones alguno de los derechos en conflicto puede estar de alguna manera debilitado. Existen derechos positivos que protegen intereses menores que pueden combinarse con derechos más importantes, pero también existen derechos positivos que protegen intereses menores que pueden entrar en conflicto con derechos positivos que protegen intereses más importantes; entonces surge el problema de dar preferencia a uno u otro.³⁸

En este sentido, para resolver un conflicto —o pseudoconflicto— de esta naturaleza habrá que atender a la diferencia entre el “interés” de proteger algo —la vida, la integridad personal—, y el derecho a esto. Aunque un interés pueda ser más fuerte que otro interés, dado el contexto y las circunstancias, el menoscabo a estos intereses nos ayuda a determinar la “fuerza”, e incluso la “existencia” del respectivo derecho. Consecuentemente, lo importante es poder determinar o medir la “fuerza de los derechos”, más allá de ponderar el “peso de los intereses”.³⁹

³⁶ Cianciardo..., *cit.*, p. 286. Cianciardo, Juan, “The Principle of Proportionality: the Challenges of Human Rights”, *Journal of Civil Law Studies*, 3, núm. 1, 2010, p. 182.

³⁷ Kamm, F. M., “Conflicts of Rights: Typology, Methodology, and Nonconsequentialism”, *Legal Theory*, 7, núm. 3, 2001, p. 239.

³⁸ *Ibidem*, *passim*.

³⁹ *Idem*.

C. *Contenido esencial*

Cianciardo considera que la aplicación del principio de proporcionalidad no impide, siempre y en cada caso, que se violen derechos fundamentales, y, por consiguiente, debe salvársele de una pérdida de sentido.⁴⁰

Para ello, propone añadir al principio de proporcionalidad una máxima de razonabilidad. De acuerdo con el autor argentino, el principio, como tal, es insuficiente, y debe ampliarse hasta encontrar el contenido esencial del derecho como control de constitucionalidad de las medidas proporcionadas, que ya han superado el test de la razonabilidad que exige la proporcionalidad, por lo que una medida restrictiva o de limitación sería inconstitucional cuando afecte el contenido esencial del derecho fundamental.⁴¹

En este sentido, el contenido esencial se muestra como uno de los principales criterios para determinar límites en la limitación de derechos fundamentales. Cianciardo propone dejar claro que el contenido esencial es el fondo del derecho fundamental, y no de la norma iusfundamental, como propone Alexy,⁴² en tanto que el “sujeto, el destinatario y el objeto del derecho fundamental *prima facie* no pueden ser alterados... inconstitucionalmente por la ley limitadora de la norma iusfundamental”, y por ello la pauta “para distinguir las modificaciones constitucionales de las inconstitucionales es el fundamento del derecho”. De tal forma, habrá una modificación legal, pero inconstitucional cuando la ley en cuestión impida el cumplimiento del fin del derecho fundamental.⁴³

En general, se tiende a percibir a las técnicas interpretativas como meras herramientas hermenéuticas, y se olvida que estos mecanismos más bien constituyen imperativos que, alejados de las fórmulas, traten de escudriñar el objeto y contenido de los derechos, en sus distintas dimensiones y capas, que no necesariamente se circunscriben a lo jurídico.

D. *Principio pro persona*⁴⁴

De entre las técnicas hermenéuticas usadas en la solución de conflictos entre derechos, quizá la más importante es aquella nacida en el seno del

⁴⁰ Cianciardo, Juan, “Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales”, *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 41, núm. 1999, p. 50.

⁴¹ Cianciardo, Juan, *El ejercicio regular...*, cit., pp. 285 y 286.

⁴² Alexy, *Teoría de...*, cit., pp. 286-288.

⁴³ Cianciardo, *El ejercicio regular...*, cit., p. 276.

⁴⁴ Aunque el principio pro persona es una institución ampliamente aceptada en la actualidad, aún no es muy claro de dónde surge originalmente. Las primeras referencias que encon-

sistema interamericano de derechos humanos—y de rango constitucional a través del artículo 10.—, conocida como principio pro persona, que, en términos generales, se entiende como la aplicación de la norma más beneficiosa a la persona, o bien la preferencia de la norma menos restrictiva.

En términos teóricos, el principio pro persona consiste en un criterio hermenéutico mediante el cual “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”.⁴⁵

El principio pro persona consiste en una expresión del principio de proporcionalidad aplicado a los derechos humanos, en tanto que, en casos de conflictos normativos, esta práctica interpretativa busca la aplicación de una norma que sea: a) adecuada al fin; b) menos restrictiva entre todas las opciones adecuadas que podrían ser aplicadas, y, finalmente, c) que sea proporcional *stricto sensu*, es decir, debe mantener el equilibrio entre los costos y sus beneficios.⁴⁶

O sea, se trata de que la norma de derechos humanos que mejor proteja a la persona prevalezca sobre otra de inferior, igual, o incluso de superior rango, mientras su aplicación obedezca a una mayor protección de la persona. Ello significa que la tradicional regla de la jerarquía cede frente a la conveniencia de otra norma sin importar su jerarquía, en caso que ofrezca

tramos se encuentran en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera mención de la cual existe evidencia se encuentra en una opinión separada de Rodolfo Piza Escalante a propósito de la opinión consultiva “La colegiación obligatoria de periodistas” en donde el juez afirmó que si la Convención prohíbe restricciones indirectas a un derecho, no es posible entender que permita las directas. Así, con las restricciones directas pueden y deben considerarse implícitamente contempladas las indirectas “en virtud del principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones (principio pro homine), y del criterio universal de hermenéutica de que «donde hay la misma razón hay la misma disposición»”. “La colegiación obligatoria de periodistas”, artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1985, Corte IDH, serie A, 5. Sin embargo, la conformación formal del principio ocurriría el año siguiente donde el mismo Piza en la opinión consultiva “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta” considerara que el criterio fundamental que impone la naturaleza de los *Dh* “obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen”. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 1986, Corte IDH, serie A, 7.

⁴⁵ Pinto, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 163.

⁴⁶ Cianciardo, “The Principle of Proportionality”..., *cit.*, p. 181.

una mayor protección.⁴⁷ Así, no se plantea un problema de “ilegalidad” al aplicar una norma inferior, dado que es la misma norma de rango superior la que expresamente permite la aplicación de otra norma más protectora, tratándose de dos normas de fuente internacional o, incluso, de una norma internacional y una nacional. El principio pro persona no trae consigo declaraciones de inconstitucionalidad, es decir, es un principio interpretativo que debe ser utilizado por tribunales locales, y que permite aplicar una solución normativa más favorable a un caso sin impugnar otras normas de posible aplicación, aun cuando éstas sean de mayor jerarquía normativa.⁴⁸

Por consiguiente, el principio establece tres reglas interpretativas: a) que las normas de derechos humanos sean ampliamente interpretadas cuando se trate de aplicar dichos derechos, e interpretadas restrictivamente cuando se trate de limitarlos; b) que en caso de duda o conflicto entre diferentes normas, se debe adoptar la más protectora, y c) que los conflictos entre ordenamientos jurídicos no se guíen por reglas de jerarquía o de especialidad, sino por la mayor protección de la persona en una situación específica.⁴⁹

Si bien la esencia del principio es ser una regla general, subyacente a todo el derecho de los derechos humanos, no se concibe como principio absoluto, sino relativo, que no admite una aplicación estandarizada en sentido lineal.⁵⁰

E. *Exterioridad de los derechos: los derechos salvajes*⁵¹

Aquellas teorías que consideran plausible la colisión entre derechos fundamentales, así como su posible limitación, y que en consecuencia plantean mecanismos para solucionar dichos conflictos, parten de la identificación

⁴⁷ Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, *Revista IIDH*, 39, 2004, p. 93.

⁴⁸ Bigliani, Paola y Bovino, Alberto, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, *passim*.

⁴⁹ De Oliveira Mazzuoli, Valerio y Ribeiro, Dilton, “The Japanese Legal System and the Pro Homine Principle in Human Rights Treaties”, *Journal of Civil & Legal Sciences*, 3, núm. 3, 2014.

⁵⁰ Drnas de Clément, Zlata, “La complejidad del principio pro homine”, *Jurisprudencia Argentina*, 12, núm. 1, 25 de marzo 2015, p. 104.

⁵¹ Un análisis más profundo del concepto de derechos salvajes puede encontrarse en mi tesis doctoral. Rodríguez Ferreira, Octavio, *Primacía y exterioridad: análisis crítico de los derechos humanos aplicado a los conflictos normativos y al arraigo en México* (doctorado en derecho), Ciudad de México, Universidad Panamericana, 2019, disponible en: <http://biblio.upmx.mx/tesis/199546.pdf>.

entre “derecho” y “norma”.⁵² Aún más, estos mecanismos—sobre todo el principio pro persona—, si bien son fundamentales para destruir las formas jurídicas nocivas y anquilosadas del derecho al permitir inducir interpretaciones que den nueva forma a viejos derechos,⁵³ corren el riesgo de volverse un mero formalismo estricto de aplicación de fórmulas preestablecidas, supeditado a meros tecnicismos jurídicos.

Por ello, es fundamental un redimensionamiento de los derechos humanos que nos requiere pensar en los distintos momentos de cada “derecho”, y, por lo tanto, entender que la “norma” positiva no comprende en su totalidad al derecho; antes bien, el derecho fundamental cuenta con un núcleo, en el que se encuentra su “formulación jurídica” más completa, y fuera de este núcleo, en su corteza, se encuentran las normas positivas que enuncian dicho derecho. No obstante, el derecho fundamental parte de una dimensión más radical, que permanece, incluso, fuera de aquel núcleo jurídico.

En ese sentido, la norma que enuncia el “derecho”, en tanto elemento eminentemente normativo y positivo, de manera natural puede entrar en conflicto e, incluso, ser restringida o limitada por otras normas, aunque el núcleo del derecho permanezca sin afectación. No obstante, más allá de una situación natural de colisión de normas de derecho, y ante la posibilidad de una afectación normativa al núcleo mismo del derecho, es necesario ir más allá, y buscar en esa dimensión más radical del derecho —que no entra en conflicto con ningún otro derecho y que por su naturaleza no es susceptible de limitación— cuál norma prevalece antes que la otra, más allá del otorgamiento de pesos y valores formales.

a. Derechos exteriores

Kennedy plantea que la Constitución y las leyes “positivizan” algunos derechos altamente abstractos, o derechos exteriores, que una vez incluidos dentro del orden jurídico se convierten en derechos interiores. Los derechos exteriores, como son concebidos por Kennedy, equivalen a lo que los distintos proyectos jurídicos conocen como “derechos naturales”, que el Estado es responsable de incorporar al ordenamiento jurídico y transformar en derecho positivo. Estos derechos exteriores, una vez positivizados, adquieren una doble existencia, en tanto que siguen siendo naturales e independientes de cualquier régimen jurídico, a la vez que son positivos, al

⁵² Cianciardo, *El ejercicio regular de los derechos...*, cit., pp. 250 y 251.

⁵³ Wall, Illan Rua, “On Radical Politics for Human Rights”, en Douzinas, Costas y Gearty, Conor, *The Meanings of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 106.

ser, también, parte de un régimen jurídico específico. Para que ello ocurra, el Estado está encargado de hacer una traducción judicial, legislativa y/o administrativa de aquellos derechos exteriores, para entonces transformarlos en normas jurídicas concretas, por medio del análisis de sus implicaciones prácticas.⁵⁴

Entonces, una norma concreta es expresión formal de la razón de ser o del motivo de la misma, es decir, su fundamento. Así, el motivo o el fundamento es algo exterior y preexistente a la norma, antecede al razonamiento jurídico concreto de la norma.

Así, partiendo de la noción de ambigüedad de los derechos de Kennedy,⁵⁵ planteo, inicialmente, la distinción de los dos momentos o estadios de los derechos humanos, que si bien comparten la misma raíz, tienen características muy diferentes. Primero, los derechos exteriores como fundamentos de derechos, altamente abstractos, y, posteriormente, la traducción de los derechos exteriores en clave jurídica y su transformación en normas positivas concretas, que genera el segundo estadio de los derechos humanos, o los derechos interiores.

b. Derecho natural radical

Douzinas propone una interpretación de un derecho natural radical, en donde los derechos humanos operan en la brecha entre la naturaleza ideal y el derecho o entre lo existente y su trascendencia.⁵⁶ Esta visión alternativa se contrapone al discurso actual de los derechos humanos que ha sido arrogado por el discurso político. Por lo tanto, el autor griego afirma que se requieren distintos acercamientos teóricos y multidisciplinarios para lograr que el fin de los derechos humanos sea la resistencia a la dominación y la opresión, pues van perdiendo ese fin cuando se convierten en “ideología política” o en la “idolatría del capitalismo neoliberal”, mutando de una relativa defensa contra el poder, a una modalidad de su operación.⁵⁷

Partiendo de la idea de que los derechos naturales y su fundamento en el iusnaturalismo clásico son radicalmente antihistoricistas, y con una objetividad distinta a la que plantea el modernismo, entonces el derecho no

⁵⁴ Kennedy, Duncan, “The Critique of Rights in Critical Legal Studies”, en Halley, Janet y Brown, Wendy, *Left Legalism/Left Critique*, Durham, Duke University Press 2002, p. 186.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 186.

⁵⁶ Douzinas, Costas, *Human Rights and Empire*, Nueva York, Routledge-Cavendish, 2007, p. 13.

⁵⁷ Douzinas, Costas, *The End of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2000, *passim*.

resulta algo estático ni “cierto”, ni refleja una naturaleza inerte. Por el contrario, mantiene de alguna forma su fuerza de resistencia en los derechos humanos. Partiendo de lo anterior, sigo la propuesta de Douzinas de buscar una vinculación de los derechos humanos con su tradición clásica —aunque no un retorno a su concepción clásica—, para dotarles de una perspectiva crítica y redentora combinada con una idea de utopía social, logrando así una idea radical de los derechos humanos.⁵⁸

c. Derechos salvajes⁵⁹

Elaborando en la exterioridad de los derechos de Kennedy, en la radicalidad del derecho natural que plantea Douzinas acuño el concepto de los derechos salvajes, como fundamentos abstractos de derechos, que provienen de realidades concretas y de acontecimientos aleatorios, los cuales tienen un forma protojurídica, y existen en una exterioridad salvaje, es decir, que son o devienen en una especie de estado salvaje, y en esa naturaleza salvaje llevan su potencialidad radical, ya que expresan las posibilidades últimas de su propia existencia.

Por su parte, los derechos que se han interiorizado, como imágenes del derecho salvaje, han sido codificados en el discurso racional del derecho y han adquirido una nueva forma. Estos derechos tienen un núcleo, en el que existe el principio que les da fundamento, y se encuentran, a su vez, cubiertos por una capa o *cortex*, que está constituida por las normas jurídicas positivas que, como tales, enuncian esos principios nucleares. Por lo tanto, en su estado interior —o positivo—, los derechos a su vez se componen de un núcleo y de un *cortex*.

De tal forma, partiendo del caso concreto, tratándose de un conflicto entre derechos, o entre derechos y otros bienes jurídicos, un juzgador po-

⁵⁸ *Idem*, Douzinas, *Human Rights and Empire*, *cit. passim*.

⁵⁹ Para acuñar el término “derechos salvajes” he partido del concepto de “exterioridad salvaje” de Foucault al plantear que la importancia de la veracidad de un discurso no recae en que éste sea verdadero en sí, sino en que se encuentre “en la verdad”: “Siempre puede decirse la verdad en el espacio de una exterioridad salvaje; pero no se está en la verdad más que obedeciendo a las reglas de una «policía» discursiva que se debe reactivar en cada uno de sus discursos”. Foucault, Michel, *El orden del discurso*, Barcelona, Tusquets Editores, 2008, p. 38. En este sentido, el concepto de Foucault representaría exactamente la idea de la exterioridad salvaje del derecho, en la cual existe un derecho—en el sentido de que puede decirse una verdad—, pero sólo se estaría dentro del derecho —o del derecho— hasta obedecer las reglas de esta «policía» jurídica, que no sería otra cosa que la serie de reglas y procedimientos que transforman el derecho salvaje en un derecho interior, que se vuelve la verdad para el sistema.

dría, a través de un proceso más fenomenológico que técnico-jurídico, buscar y desvelar la exterioridad del o los derechos en cuestión, buscando así la imagen de un derecho salvaje, en atención a la necesidad generada por una transgresión, la aspiración de solución de la misma, la existencia y capacidad de solución empírica; todo, sobre la base de un *ethos* crítico.

Sin embargo, la exterioridad de los derechos, o el derecho salvaje en sí, es una naturaleza inacabada y utópica; no existe jurídica e institucionalmente, pero está ahí, siempre como posibilidad empírica, abriendo la puerta a la lucha y a la resistencia; y su transmutación en derechos positivos nos deja con una imagen de un derecho siempre incompleto, influenciado y propenso a la arrogación y al manejo por intereses ajenos al derecho. Toda vez que la realización absoluta del derecho salvaje no es alcanzable, su búsqueda se debe convertir en una tarea constante, un ideal motivacional que nos permita cuestionar, constantemente, nuestro entendimiento de la realidad, siempre distorsionada e influenciada por intereses externos.

III. RESTRICCIÓN Y SUSPENSIÓN DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Retomando el tema de la restricción y limitación a derechos contenida en el artículo 1o. constitucional, primero debemos determinar el contenido y alcance de esta disposición en la misma Constitución, lo que no puede entenderse, de entrada, sin referir a su vez al artículo 29 de la misma Constitución.

El artículo 29 constitucional determina que cualquier “restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación”.

1. *Umbral de restricción y limitación de derechos humanos*

El artículo 29 de la Constitución reconoce las facultades de restricción a los derechos humanos, bajo el requisito de “casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto”. El artículo especifica que se podrá “restringir o suspender... el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación... por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que... se contraiga a deter-

minada persona”. El artículo establece aquellos derechos que nunca podrán restringirse,⁶⁰ y los requisitos para su procedencia, es decir, estar fundada y motivada, ser proporcional al peligro, y obedecer los “principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación”.

Para ampliar el contexto de las limitaciones de determinados derechos podemos remitirnos también al artículo 27 del Pacto de San José, que reconoce la suspensión de garantías, siempre y cuando no se afecte el ejercicio de otros derechos, y que nunca se suspendan derechos como el de personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad y de retroactividad, la libertad de conciencia y de religión, la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos, ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.⁶¹

Entonces, para determinar el umbral de las limitaciones y restricciones a derechos humanos, debemos entender que existen limitaciones legítimas a su ejercicio —aunque no al goce—, que pueden existir en situaciones de “normalidad institucional” por razones de orden público, y en situaciones de “anormalidad institucional”, esto es, “estados de excepción”, en donde se puede restringir o suspender de manera temporal —y por el periodo más breve posible— el ejercicio de determinados derechos.⁶²

2. *Limitaciones legítimas directas*

La forma en que en la práctica se efectúa la limitación o restricción al ejercicio de derechos en situaciones de “normalidad institucional” —como oposición a aquellos donde existe una catástrofe o una amenaza mayor que se consideran de “anormalidad institucional”— debe superar, por un lado, un requisito material; esto es, que las limitaciones obedezcan a razones de orden público, y por otro, uno formal; o sea, que se establezcan

⁶⁰ A saber: la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

⁶¹ Convención Americana de Derechos Humanos, *cit.*

⁶² Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, *passim*.

sólo a través de leyes y no a partir de actos del Ejecutivo o resoluciones judiciales.⁶³

El problema radica en que “las limitaciones ordinarias a los derechos se basan en conceptos jurídicos indeterminados”, es decir, conceptos que “no se encuentran conceptualmente delimitados con precisión siendo susceptibles de interpretaciones”, como lo son aquellos de “«bien común», «orden público», «moral pública», «utilidad» o «salubridad pública», «seguridad pública», «interés nacional», entre otros”.⁶⁴

Entonces, “aquellos valores y principios se encuentran vinculados con el estándar o parámetros de una sociedad democrática y no pueden afectar el contenido o núcleo esencial del derecho asegurado y protegido”.⁶⁵ De tal forma, el “bien común o el orden público no pueden invocarse como medios para suprimir un derecho... además de que deben interpretarse de acuerdo a las justas exigencias de una sociedad democrática”.⁶⁶

Normalmente se habla de una serie de condiciones esenciales que deben cumplirse antes de que se pueda decir que la restricción tiene el carácter jurídico necesario, como su accesibilidad —que sea adecuado en las circunstancias de las normas jurídicas aplicables a un caso—; la previsibilidad —que sea formulado con suficiente precisión para que el ciudadano pueda regular su conducta— y, finalmente, que existan salvaguardias contra el abuso de la ley.⁶⁷

⁶³ *Ibidem*, pp. 141 y 142.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 141.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 142.

⁶⁶ *Idem*. En este sentido, la Corte Interamericana intentó delimitar el concepto de “orden público” en el análisis del caso *Colegiación obligatoria de periodistas*: “En efecto, una acepción posible del orden público... hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público”. Al respecto del bien común, la Corte IDH, en el mismo caso, estableció lo siguiente: “Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana”. OC-5/85, *cit*.

⁶⁷ Ross reconoce que no es posible tener una certeza absoluta, y que a menudo es necesaria cierta flexibilidad, de modo que las leyes pueden expresarse en términos relativamente vagos; pero deben ser previsible a través de su interpretación y aplicación en la práctica. Sin embargo, una ‘ley’ que permite el ejercicio de una discreción sin restricción en casos individuales, no puede tener la característica esencial de previsibilidad y, por lo tanto, no puede ser

Sin embargo, además existen una serie de “valores y principios”⁶⁸ que requieren que cualquier limitación a derechos humanos sea razonable y justificada.⁶⁹ Si bien las limitaciones a derechos humanos se ven con mayor evidencia en situaciones de emergencia —o de anormalidad institucional—, donde es, quizá, más fácil demostrar la necesidad y razonabilidad de dichas limitaciones, en un contexto de normalidad institucional la norma debe ser singularmente precisa y concreta al establecer la “necesidad” de las limitaciones, permitiendo entonces la posibilidad de un análisis e, incluso, ponderación de las circunstancias de la limitación del derecho con los alcances del derecho mismo.⁷⁰

Estas posturas se circunscriben en la máxima de razonabilidad o principio de proporcionalidad, es decir, que la limitación o restricción sea razonable o proporcionada. Este principio, como lo mencioné anteriormente, prescribe que la regulación o limitación debe ser razonable, con base en una serie de requisitos o de subprincipios: a) adecuación —que la norma que regula o limita un derecho sea adecuada o idónea para la consecución del fin deseado—; b) necesidad —que se escoja el medio que resulte menos restrictivo de los derechos involucrados—, y c) razonabilidad, que la medida guarde una relación razonable con el fin que se busca.

Asimismo, la limitación al ejercicio de derechos en situaciones de normalidad institucional debe cumplir con un requisito material y uno formal: el material, siendo que las limitaciones obedezcan a razones de orden público; y el formal, que dichas limitaciones deben obedecer al principio de reserva legal, es decir, como vimos anteriormente, sólo a través de leyes y no a partir de actos del Ejecutivo o resoluciones judiciales.⁷¹

3. *Limitaciones legítimas indirectas*

Además de las limitaciones comprendidas en el artículo 29, la Constitución de manera indirecta restringe o limita ciertos derechos. El caso más paradigmático es, quizá, el arraigo y otras medidas restrictivas incluidas en

legal. Así, el alcance de la discrecionalidad debe indicarse con una certeza razonable, en este caso, en la ley misma. Ross, June M., “Limitations on Human Rights in International Law: their Relevance to the Canadian Charter of Rights and Freedoms”, *Human Rights Quarterly*, 6, núm. 2, 1984, pp. 199 y 200.

⁶⁸ Nogueira Alcalá, *cit. passim*.

⁶⁹ Ross, *cit.* pp. 199 y 200.

⁷⁰ Nogueira Alcalá, *cit. passim*.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 141 y 142.

la reforma constitucional de 2008 que crearon el sistema de justicia penal acusatorio. En el artículo 16 la Constitución se establece:

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

El arraigo es una medida que permite a las fuerzas del orden público un tiempo extraordinario para realizar investigaciones, manipulando los alcances del debido proceso. Es decir, sirve como una especie de “atajo” para coleccionar pruebas en contra de un arraigado antes de ser vinculado a proceso. Si bien la delincuencia organizada plantea un enorme problema y amenaza a la seguridad pública, la seguridad ciudadana se ve sacrificada en favor del control social.

Ante las demandas de amparo por violaciones al debido proceso relacionadas con la práctica del arraigo, previo a su inclusión en la Constitución, la Suprema Corte había determinado en 2006 que la práctica era inconstitucional, y que violaba los derechos fundamentales, como el de libertad personal⁷² y libertad de tránsito.⁷³ Al ser incluido en la Constitución en 2008, el arraigo pudo circunvenir su problema formal más importante: la inconstitucionalidad.

Disposiciones como el arraigo parecieran permitir a la autoridad, excepcionarse ante obligaciones de garantizar, mayormente, derechos de debido proceso, incluidos en la misma Constitución, así como en instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano.

En efecto, aunque no se expresa literalmente en la Constitución, por medio del arraigo se genera una limitación de la libertad personal. Esta

⁷² SCJN, “Arraigo penal. El artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua que lo establece, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Federal”. *S.J.F. y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006.

⁷³ SCJN, “Arraigo penal. El artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua que lo establece, viola la libertad de tránsito consagrada en el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. *S.J.F. y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006.

naturaleza restrictiva fue determinada por la misma Suprema Corte, que reconoció que “la figura del arraigo... permite limitar la libertad personal bajo ciertos requisitos que la propia Constitución señala”.⁷⁴

Ahora bien, además de la libertad personal, en la ejecución del arraigo se limitan o restringen otros derechos importantes, siendo el principal, el de garantías judiciales, regulado en la Constitución por el artículo 20, apartado B, así como en el artículo 8o. del Pacto de San José, que en términos generales reconocen los derechos de toda persona a tener acceso judicial en un plazo razonable en la sustanciación de cualquier acusación penal, a conocer la acusación en su contra, a contar con asistencia jurídica, a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, a la no coacción para la confesión, a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, así como el reconocimiento del principio *non bis in idem*, del principio de publicidad del proceso, de la presunción de que nadie es culpable hasta que no se demuestre la culpabilidad, y de que cualquier acusado tiene el derecho a una defensa jurídica.⁷⁵

4. Alcance del arraigo como limitación indirecta

Habiendo determinado las dimensiones restrictivas de la norma constitucional en concreto, debo ahora tratar de determinar si la restricción opera sólo sobre la dimensión normativa de los derechos, reglamentándolos o en su caso acotándolos, o bien va más allá, y realmente está aplicando una restricción real al ejercicio del derecho.

Ya que el arraigo dentro de la Constitución está incluido en el mismo artículo que el derecho a la libertad personal, podría interpretarse que la medida tiende únicamente a acotar el mismo derecho sin que éste resulte en la afectación del núcleo del derecho. Sin embargo, de la lectura y análisis del artículo 16 constitucional se desprende que el arraigo no sólo acota el derecho a la libertad personal, sino pretende suspender varios de sus elementos, y que su radio de expansión alcanza a lesionar, además, otros derechos reconocidos tanto en la Constitución como en instrumentos internacionales obligatorios para México, como el de seguridad jurídica y el de integridad.

⁷⁴ SCJN, “Arraigo local. La medida emitida por el juez es inconstitucional”. Tesis 1a./J. 4/2015, *Gaceta S.J.F.*, Décima Época, t. II, febrero de 2015.

⁷⁵ Para mayor información sobre la vulneración de otros derechos, por virtud del arraigo se puede consultar mi trabajo de investigación doctoral. Rodríguez Ferreira, *cit.*

Por ello, concluyo que la norma o normas restrictivas que establecen y sustentan el arraigo en la legislación mexicana van más allá de un simple acotamiento o regulación de la dimensión normativa de derechos como el de libertad personal, el de seguridad jurídica, e incluso el de integridad, y, en efecto, vulneran su goce y ejercicio.

El arraigo entonces se vuelve una herramienta de investigación, y a la vez una restricción indirecta al ejercicio de algunos derechos humanos, dotada de “jerarquía” constitucional.

IV. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS RESTRICCIONES A DERECHOS HUMANOS

El artículo 1o. de la Constitución, después de la reforma de 2011, volvió a dejar en abstracto la relación que guardan el derecho internacional, el derecho interno y los derechos humanos en sus relaciones mutuas en México, ya que la disposición de reconocer jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos no fue acompañada de otra reforma paralela que determinara la jerarquía normativa dentro del orden jurídico mexicano posterior a la reforma.

Así, se revivió la disyuntiva de que el mismo texto fundamental reconoce derechos provenientes de ordenamientos jurídicos internacionales —tradicionalmente considerados como jerárquicamente inferiores—, que tienen el mismo valor que aquellos contenidos en la Constitución. Aún más, contempla la posibilidad de que se dé primacía a protecciones que provengan de estos ordenamientos por encima de aquellas que la misma Constitución establece.

En este contexto, la Suprema Corte tuvo que analizar —como muchas veces antes— estos puntos de conflicto y refrendar la posición tradicional de supremacía de la Constitución sobre cualquier otro tipo de ordenamiento jurídico en la sentencia C.T. 293/11.⁷⁶ Sin embargo, la resolución C.T. 293/11 fue aún más allá, al reconocer la validez de disposiciones que limiten el goce y ejercicio de los derechos humanos, cuando aquellas limitaciones estén establecidas explícitamente en la Constitución federal.⁷⁷

⁷⁶ Contradicción de tesis 293/2011, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. I, abril de 2014, p. 96.

⁷⁷ Lo anterior, no obstante haber estipulado en la misma resolución y de manera paradójica, que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales deben ser considerados de igual jerarquía a aquellos establecidos en la Constitución, y que, incluso, los tribunales mexicanos puedan dar primacía a aquellos que ofrezcan mayores protecciones. En

Los conflictos relacionados con la interpretación de derechos humanos deben, según la Corte, cumplir con “las interpretaciones que resulten más amplias o menos restrictivas para los derechos de las personas”, favoreciendo “la mejor protección de los derechos humanos de las personas”, y que los “operadores jurídicos internos” deben “observar en sus resoluciones un estándar mínimo... dependiendo cuál sea el más favorable a las personas”.⁷⁸ A pesar de ello, la jurisprudencia de la Corte establece que ante una “restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”.⁷⁹

El principio *pro persona*, como he mencionado, establece que incluso tratándose de límites al ejercicio de los derechos se debe dar prioridad a la norma o interpretación que menos limite y/o dificulte el goce del derecho. Sin embargo, al decir que ante una restricción expresa se deberá estar *prima facie* a lo que indica la norma constitucional, parece no reconocer que la

este sentido, la figura del arraigo parece haber sido la causa subyacente de dicha resolución y la materialización concreta de una interpretación vacía de los derechos humanos, y su susceptibilidad a la restricción por criterios meramente formales. En efecto, la razón de la C.T. 293/11 era confirmar el carácter supremo de la Constitución frente a tratados internacionales, pero otra razón de fondo fue reconocer la capacidad del Estado de establecer los límites del goce de derechos, precisamente ante un cuerpo de normatividad supranacional, pero al mismo tiempo extendió su cobertura a los derechos humanos ya reconocidos en la constitución. Todo esto fue expresado en términos muy abstractos, como una limitación de tratados internacionales, sin embargo, detrás de esta situación de manera abstracta y no expresamente determinada, subyacía un tema con nombre específico, el régimen de detención preventiva de arraigo y, en última instancia, lo que se pretendió fue defender, de manera “indirecta”, y como fin último o mayor, la posibilidad de restringir derechos humanos buscando reivindicar un discurso opresivo, justificado en una situación extrema de inseguridad en la que se encontraba —y se encuentra— inmerso el Estado mexicano. De los debates en torno al caso se percibe que un asunto muy presente en la mente de los ministros a la hora de su discusión, fue, en efecto el arraigo. Las posturas de varios ministros advertían que la resolución podría poner en peligro ciertas figuras constitucionales que se concebían “necesarias” en el combate a la delincuencia organizada. Al respecto, se pueden consultar las versiones taquigráficas de las sesiones de debates del caso: versiones taquigráficas de las sesiones públicas ordinarias del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), México, 26 de agosto de 2013, 130826; 27 de agosto de 2013, 130827; 29 de agosto de 2013, 130829; 2 de septiembre de 2013, 130902; y 3 de septiembre de 2013, 130903.

⁷⁸ C.T. 293/11, *cit.*

⁷⁹ SCJN, DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. P./J. 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2014.

Constitución misma puede ser más restrictiva, y con ello, dismantela por completo el alcance crítico del principio pro persona.

Consecuentemente, se despoja a los derechos humanos de su capacidad de resistir disposiciones legales —incluso constitucionales— que puedan contravenir su ejercicio, le quita la posibilidad a los juzgadores de entrar al análisis e interpretación constitucional y convencional de los derechos y sus limitaciones, hace prácticamente obsoleta la disposición que permite interpretar la ley a favor de la persona, y, finalmente, abre la puerta a la posibilidad de limitar constitucionalmente el ejercicio de ciertos derechos humanos, en caso de así convenir a los intereses de la autoridad.

1. *Restricción a derechos después de la C.T. 293/11*

La decisión de la Corte, por un lado, parece permitir al constituyente una regulación laxa de derechos humanos, es decir, permitir la restricción al ejercicio de derechos sin establecer claramente sus requisitos y límites, e incluso coarta la posibilidad real del juzgador de hacer un control crítico de las limitaciones al ejercicio *vis-á-vis* el derecho humano en sí.

A raíz de la C.T. 293/11 podemos concluir que la Corte decidió el problema planteado por la nueva redacción del artículo 1o. y las consecuencias para el marco jurídico mexicano, por un lado, considerando las normas desde el punto de vista de sus fuentes, y aplicando la jerarquía normativa y el principio tradicionalista de supremacía constitucional frente a tratados internacionales como instrumentos jurídicos, separándoles, como analizaré posteriormente, de los derechos humanos que contengan.

Lo anterior genera una problemática con relación a los conflictos normativos en materia de derechos humanos, que se presenta con una doble arista. La primera, que a pesar de reconocer *statu* constitucional a los derechos humanos incluidos en tratados internacionales y de reconocer la protección más amplia de la persona, la resolución vuelve a someter el análisis de las normas internacionales a criterios de jerarquía normativa, al confirmar la hegemonía de la Constitución y reafirmar el principio de supremacía constitucional. La segunda, que la misma resolución, al despojar a los derechos de su fuente, los somete a un segundo nivel de análisis de validez material, que no es necesariamente claro, apelando a una mera dimensión formal, y, por consiguiente, anula la capacidad de resistencia a la restricción propia de los derechos humanos, y además limita la operatividad crítica del principio pro persona.

Seguido de esto, cualquier restricción expresa al ejercicio de derechos humanos dentro de la Constitución prevalecería —obviamente— sobre el tratado internacional que contenga la norma restringida y sobre la norma en sí. Más aún, cualquier derecho incluido *a priori* en la Constitución seguiría la misma suerte y sucumbiría ante una restricción cuya única limitación sería el requisito formal de estar contenido en el texto constitucional.

2. *Validez material y criterio formal de las restricciones a derechos humanos*

Tratándose de derechos humanos incluidos en tratados internacionales, la Corte estableció que, para efectos de su incorporación al ordenamiento jurídico, éstos deben cumplir con “el requisito de validez material de naturaleza especial” previsto en el artículo 15 constitucional—, exigido únicamente respecto a tratados que contengan normas de derechos humanos—, de que su contenido no menoscabe el catálogo constitucional de derechos.⁸⁰ Así, sólo los derechos específicos contenidos en un tratado internacional que cumplan con el requisito material entran al catálogo constitucional, desvinculándose de su fuente y de su jerarquía normativa para gozar de supremacía constitucional.

Según la Corte, su interpretación de la dimensión de validez material coincide plenamente con el principio de progresividad de los derechos humanos, ya que su incorporación se debe analizar conforme a los principios de interpretación conforme y de progresividad, así como con el principio pro persona.⁸¹

Sin embargo, lo anterior no queda claro, ya que la Corte estaría sugiriendo que dentro de un análisis sobre la dimensión de validez material de una norma de fuente internacional, en última instancia, ésta se debe someter a un análisis de proporcionalidad o a una máxima de racionalidad, como lo sería el principio pro persona. Lo anterior nos permitiría asumir que, en última instancia, si una norma de fuente internacional ofrece mayor protección o restringe en menor medida un derecho humano, entonces podría prevalecer por encima, incluso, de la norma constitucional. No obstante, la conclusión de la Corte en este punto sugiere, según se desprende

⁸⁰ El artículo 15 constitucional estipula lo siguiente: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

⁸¹ C.T. 293/11, *cit.*

textualmente de la sentencia y de la jurisprudencia vigente, precisamente lo contrario.

Seguido de lo anterior, cualquier otro derecho contenido *a priori* en la Constitución seguiría la misma suerte, toda vez que su incorporación en un “bloque de supremacía constitucional” hace obvio que siga las mismas reglas que aquellos provenientes de fuente internacional.⁸²

En este último punto la Corte no es tan clara como lo es al reafirmar la jerarquía constitucional, ya que no establece criterios claros para la procedencia de restricciones de derechos humanos, y parece que el análisis de su validez material se limita a un criterio meramente formal, o sea, que la limitación a un derecho cuenta con rango constitucional.⁸³ Esto, no obstante lo establecido en el artículo 15 constitucional, donde claramente se establece que para regular el ejercicio de derechos y libertades se deberá respetar el contenido esencial de los mismos.

La Corte parece proponer una solución estándar al tema de limitación constitucional de derechos sin permitir un análisis de proporcionalidad y razonabilidad en donde se especifique que no se atente contra el contenido esencial de los derechos afectados. Es decir, en el caso de la limitación o restricción a un derecho, la Corte emite una fórmula que elimina la posibilidad de un análisis crítico al dictar que todo juzgador deberá otorgar preferencia a una limitación constitucional de un derecho, por encima del derecho mismo.

Así, con la estructuración del bloque de supremacía constitucional se genera una problemática esencial, ya que somete a un nivel de análisis de

⁸² Al respecto, la Corte refiere a un “bloque de derechos” o “bloque de constitucionalidad”, *idem*.

⁸³ Vale la pena aquí reflexionar sobre la experiencia de otros regímenes constitucionales en materia de restricción de derechos fundamentales. En el caso alemán, por ejemplo, la Ley Fundamental establece todo un artículo sobre la limitación de derechos: “Artículo 19. Restricción de los derechos fundamentales. (1) Cuando de acuerdo con la... Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial...”. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, *cit*. En el caso español el artículo 53.1 de la Constitución establece: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a) *Constitución Española*, *cit*. En ambos casos, la regulación o limitación de derechos fundamentales depende del requisito material de contenido esencial, el cual abordo de manera más abundante en otra sección de la presente investigación.

validez material cuando existan restricciones a derechos que no es necesariamente claro, pero que parece apelar a una simple dimensión formal, que, al final anula la capacidad de resistencia a la restricción propia de los derechos humanos, y, con ello, además, limita su naturaleza operativa crítica.

V. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

La Suprema Corte volvió a dejar en claro que más allá de la dinámica del orden cosmopolita del siglo XXI, la visión tradicional de la supremacía constitucional sigue siendo —desde el siglo XIX, y quizá desde antes— un basamento incuestionable en el derecho mexicano, a pesar de que en el nuevo contexto esto derive en posibles conflictos a nivel internacional, producto de la contravención de obligaciones adquiridas por el mismo Estado mexicano.

A pesar de su apertura ante la aceptación y adopción del marco jurídico e institucional internacional, no obstante, México sigue interpretando los derechos humanos desde una óptica tradicional y originalista del Estado soberano, incumpliendo, en muchas ocasiones, sus obligaciones internacionales, y en muchas otras, directamente transgrediendo y violando los derechos humanos. Siguiendo la historia jurisprudencial mexicana, nos podemos dar cuenta de que la defensa de la supremacía constitucional a veces supera los límites de lo jurídicamente lógico y pone en evidencia una dialéctica no resuelta entre el discurso de los derechos humanos y una concepción originalista del Estado moderno, que defiende una racionalidad jurídica basada en principios anquilosados de soberanía y supremacía. Una racionalidad jurídica cimentada exclusivamente en una visión tradicionalista de la supremacía constitucional es incompatible con la lógica y racionalidad práctica basada en los derechos humanos.

Cabe preguntarse, entonces, si es necesario alejarse de la visión tradicionalista de la supremacía constitucional, y si realmente debe sacrificarse tal postura en el contexto del orden universal de los derechos humanos. En caso opuesto, tendríamos que hablar, entonces, de un fracaso del derecho y la política internacionales y de su estandarte —los derechos humanos—, ante la imposibilidad de hacer enteramente operativos los principios que enarbolan.⁸⁴ ¿Es acaso la pérdida de la supremacía constitucional el precio que debe pagarse para la consolidación del orden universal de los derechos humanos?, o bien ¿quizá el alcance de los derechos humanos está acotado

⁸⁴ Douzinas, *The End of Human Rights*, cit. *passim*; Douzinas, *Human Rights and Empire*, cit. *passim*.

y es el Estado, en ejercicio de su supremacía normativa, el encargado de establecer sus límites?

En este sentido, deberíamos preguntarnos también si es el sino de los derechos humanos el ser sacrificados para permitir al Estado cumplir con sus funciones, y si, además, es el Estado en última instancia el encargado de trazar los límites de los derechos humanos. Nos enfrentamos, de tal manera, a la disyuntiva sobre si la falta de operatividad plena de los derechos humanos ante el resurgimiento del Estado en los albores del siglo XXI,⁸⁵ y su discurso de soberanía y supremacía constitucional, representa un fracaso para la historia e ideología iushumanista, o bien si esta situación ha sido, siempre, la condición *sine qua non* para su consolidación “universal”. ¿Nos hemos topado con una barrera infranqueable en la historia de los derechos humanos? ¿Es, acaso, momento de replantearnos su concepción desde el núcleo?

1. Limitación de la operatividad y alcance de los derechos humanos

De la resolución de la Corte y de la jurisprudencia vigente se desprende, entonces, que los derechos humanos provenientes de fuente internacional se fusionan de manera total a la constitucional, es decir, que el derecho de fuente internacional se convierte automáticamente en un derecho constitucional. Hasta ahí, el panorama parecería óptimo, ya que el derecho de fuente internacional adquiriría la aplicabilidad que sólo el carácter constitucional le puede dar.⁸⁶

La Corte especifica la operatividad del derecho de fuente internacional y, en suma, a cualquier derecho humano en el artículo 15 de la Constitución, a través del “requisito de validez material de naturaleza especial”, que prevé que el contenido de las normas de derechos humanos provenientes de fuente internacional no menoscabe el catálogo constitucional de derechos. Es decir, que las nuevas normas que adquieran parámetro constitucional no deberán ir en contra o limitar otras normas ya existentes.⁸⁷

Lo anterior resulta lógico en tanto que es consistente con la imposibilidad de disminuir los alcances de derechos previamente reconocidos, con la progresividad de los derechos humanos⁸⁸ y con otros principios, como los de indivisibilidad e interdependencia.

⁸⁵ Douzinas, *Human Rights and Empire*, *cit. passim*.

⁸⁶ C.T. 293/11, *cit.* SCJN, “Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales,” *cit.*

⁸⁷ C.T. 293/11, *cit.*

⁸⁸ Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas, 1987, *passim*.

Sin embargo, a raíz de la C.T. 293/11, la Corte dio lugar a que, en vez de adquirir aplicabilidad constitucional, los derechos de fuente internacional —y en general cualquier derecho fundamental— pierdan operatividad y alcance.

Lo que la Corte explica es que al referirse al no menoscabo de otros derechos, no sólo se está refiriendo a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, sino también a otras normas incluso restrictivas que contenga el texto constitucional. La Corte afirma que el principio que brinda supremacía al derecho de fuente internacional al mismo tiempo encumbra a la Constitución como “norma fundamental del orden jurídico mexicano”, lo que a su vez implica “que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material”.⁸⁹

¿Es posible, entonces, que el constituyente haya adquirido un poder inagotable de restricción de derechos humanos? A simple vista parece que la Corte reconociera el poder irrestricto del constituyente de limitar el ejercicio de los derechos, ya que al permitir la incorporación en el texto constitucional de este tipo de limitaciones o restricciones no establece otro criterio más que la formalidad misma de estar en la Constitución. Es decir, no existen otros criterios que puedan ser usados por el juzgador para determinar la procedencia o no de una restricción de derechos una vez que ésta adquiere el carácter de constitucional.

En efecto, existen limitaciones necesarias al ejercicio de ciertos derechos dadas determinadas circunstancias. Pero ¿cuáles son las restricciones razonables? Evidentemente, existe un umbral de restricción al ejercicio de derechos humanos, que si bien puede no estar expresamente establecido en la legislación, debe ser determinado, en el caso concreto, por el juzgador.

No obstante, la permisibilidad de las restricciones al ejercicio de los derechos humanos mediante disposiciones cuyo único requisito es estar contempladas en la Constitución genera una incapacidad de realizar un análisis crítico en el foro local. Aunque por un lado se haya reconocido la facultad de los jueces de hacer control de constitucionalidad y de convencionalidad, la realidad es que, en el caso de limitaciones constitucionales expresas a derechos humanos, no existe una posibilidad real de un juzgador de efectuar un análisis crítico de los alcances de un determinado derecho ante una limitación específica.

En casos concretos como el arraigo, una estipulación expresa de la Constitución contraviene derechos no sólo reconocidos en tratados interna-

⁸⁹ SCJN, “Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales”, *cit.*

cionales, sino también en la misma Constitución. A pesar de ello, la operatividad de dichos derechos se encuentra limitada de manera expresa en el texto constitucional, y obliga al juzgador a otorgar un arraigo simplemente ante el cumplimiento de una serie de requisitos formales. Así, a pesar de que el juzgador puede perfectamente saber que dicha disposición constitucional es contraria a derechos humanos, no puede hacer un control convencional ni ejercitar el principio pro persona, pues en virtud de la C.T. 293/11 y de la jurisprudencia vigente, debe someterse a otras disposiciones de la misma Constitución, y reduce el análisis a un tema de ponderación de normas y de jerarquías normativas. En suma, se ha coartado la capacidad de cuestionar la voluntad de la autoridad plasmada en la legislación.

2. *Confrontando restricciones a los derechos humanos*

La C.T. 293/11 y su jurisprudencia han eliminado la posibilidad de cuestionar la limitación de derechos humanos, y han hecho casi imposible realizar un análisis crítico en el foco micropolítico, es decir, en el caso concreto. La única solución, en este sentido, sería la posibilidad del juez, de ir más allá de la norma formal, y tratar de encontrar la raíz del derecho que la norma protege. Es decir, el juzgador debería buscar y aplicar un criterio que se encuentre por encima de la norma constitucional, y mediante un análisis hermenéutico buscar un criterio alternativo respecto del derecho que se pretende proteger, ante la restricción que hace la misma norma del derecho reconocido en la legislación mexicana y en el derecho internacional.

Esto, no obstante, no es posible si consideramos que dentro del derecho mexicano la jurisprudencia es una fuente de derecho, y en este caso debe ser obedecida por los jueces inferiores, y no puede ser impugnada o modificada una vez que se declara firme. Por ello, la única opción viable sería, quizá, combatir dicho criterio en jurisdicción internacional.⁹⁰

⁹⁰ Llevar este debate a la jurisdicción internacional permitiría analizar limitaciones constitucionales específicas a la luz del principio pro persona. En específico, una figura como el arraigo, que transgrede principios nucleares de varios derechos —libertad personal, seguridad jurídica, e integridad—, que abre las puertas a muchas otras violaciones, y que es incompatible con disposiciones convencionales, sería quizá una alternativa viable para desatar el nudo jurídico que la C.T. 293/11 generó al tratarse de limitaciones y restricciones a derechos humanos en particular. Ferrer Mac-Gregor reconoce que si bien la Corte Interamericana “no tiene competencia para convertirse en una «nueva y última instancia» para resolver los planteamientos originales de las partes en un proceso nacional”, si el Estado ha violado sus obligaciones internacionales a través de sus órganos judiciales, dicho tribunal puede examinar la compatibilidad de los procesos internos con el Pacto de San José, incluso la de los

Sin embargo, la cuestión central no es pugnar por una acción en contra del arraigo, sino recalcar la necesidad de una noción crítica que confronte cualquier afrenta directa a los derechos humanos, y en concreto de la interpretación de los alcances de sus limitaciones y restricciones en el texto constitucional. Aún más, es fundamental elevar la interpretación de los derechos humanos más allá de los alcances actuales, y permitir que su análisis no sólo se enfoque en la interpretación más favorable, es decir, un mero test de proporcionalidad y razonabilidad, sino desarrollar un análisis que acerque a una dimensión más allá de la norma específica tratando de desvelar la mayor potencialidad de los derechos en sí.

tribunales superiores. Voto razonado en *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 2010, Corte IDH, serie C, 220. Véase también el voto razonado de García Ramírez en *Vargas Areco vs. Paraguay*, 2006, Corte IDH, serie C, 155.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia...

LA INTERPRETACIÓN CONFORME

Christian Omar GONZÁLEZ SEGOVIA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Interpretación conforme a la Constitución y hacia los tratados de la materia. Coincidencias y singularidades.* III. *Interpretación conforme y la corrección moral del derecho positivo.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

La conjugación de la interpretación conforme a la Constitución y de interpretación conforme hacia los tratados, que normativamente se incorporaron en México con rango constitucional a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, trajo consigo efectos conjugados más allá de las singularidades que cada una de esas directivas interpretativas proyectan.¹

La adición íntegra del segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante constitucional), fue el corazón de esa reforma constitucional, pues no sólo trajo consigo la constitucionalización de esas directivas interpretativas,² sino que permitió

* Juez de distrito. Doctor en derecho por la Universidad Panamericana.

¹ Sin duda que sobre ellas tuvo especial relevancia la también incorporación normativa de la diversa directiva de interpretación a favor de la persona, que configuraron una tríada emblemática como parámetro de interpretación y validez jurídica sobre los productos infraconstitucionales. Sin embargo, me limitaré en analizar los efectos que llevó consigo la formulación de esa dualidad normativa, especialmente el impacto axiológico que derivó de la disposición constitucional de que las normas relativas a los derechos humanos se interpreten de manera conforme a los textos supremos de nuestro sistema jurídico.

² En cualquier parte del mundo en que exista un Estado constitucional del derecho, el principio de interpretación conforme a la Constitución por lo menos en su faceta correctiva por vía de interpretación, al ser inherente y propio del control constitucional normativo, existe con independencia de que explícitamente se reconozca su existencia en un texto normativo constitucional o secundario, al ser una consecuencia de la previsión y existencia de

dotar axiológicamente de preeminencia al discurso jurídico de que se garanticen óptima y preferentemente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.³

En ese sentido, ambas interpretaciones conformes (a la Constitución y a los tratados internacionales de la materia) constituyen más que simples directivas interpretativas. El género conjugado que de ellas deriva (“interpretación conforme”) constituye un principio jurídico formal que en México optimiza y estructura nuestro Estado constitucional de derecho.

De ahí que su implementación trajo consigo uno de los más importantes cambios de paradigma en nuestra teoría constitucional doméstica e implicó institucionalmente concebir que el derecho positivo es derrotable y, por ende, perfectible a través de su corrección moral mediante el razonamiento jurídico, con especial énfasis en los principios jurídicos.

II. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y HACIA LOS TRATADOS DE LA MATERIA. COINCIDENCIAS Y SINGULARIDADES

Me interesa precisar algo que afirmé anteriormente: la interpretación conforme instrumentalmente constituye una directiva interpretativa.⁴ Las modalidades de interpretación conforme a la Constitución y la diversa hacia los

garantías constitucionales, del principio de supremacía constitucional y especialmente del juicio de regularidad constitucional que se practica sobre productos normativos secundarios. En México, por ejemplo, previo a su incorporación explícita en el referido segundo párrafo del artículo 1o. constitucional, estaba implícito en el diverso artículo 133 constitucional, por lo que atañe al principio de supremacía constitucional, dado que la lectura de normas secundarias en relación con el texto constitucional no es más que la vigencia de su prevalencia y fuerza normativa. Lo que igualmente se podía desprender respecto al principio de interpretación conforme hacia los tratados, en tanto que ese propio artículo 133 constitucional a su literalidad establecía a esa normativa como integrante de la “ley suprema de la unión”, siendo que por virtud de esa directiva interpretativa debían armonizarse las normas de fuente internacional con las domésticas, con objeto de que al introducirse al sistema jurídico nacional se interpretaran en el sentido de que no cayeran en contradicciones, especialmente con el postulado constitucional. En ese sentido, si bien ambas directivas se encontraban presentes en nuestro sistema jurídico, su incorporación en el texto constitucional llevó un efecto axiológico de especial relevancia que será tratado en este artículo.

³ El texto de esa porción normativa, a su literalidad señala: “Art. 1o. ...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...”.

⁴ La interpretación conforme dentro del proceso de interpretación del derecho se constituye en una directiva interpretativa, al participar como un razonamiento interpretativo y

tratados constituyen dos modalidades distintas que participan nuclearmente del mismo género argumentativo.

Instrumentalmente, en el *proceso de interpretación por armonización* o en el *proceso de interpretación por corrección*, que derivan de la interpretación conforme,⁵ participa en ambas la misma acción procedimental de que la Constitución o los tratados se constituyan en parámetro de regularidad, ya sea como parámetro de interpretación o validez jurídica. La diferencia formal en términos muy generales estriba en el documento normativo que sirve de referencia al ejercer el control constitucional o convencional normativo.

En ese sentido, se puede efectuar la siguiente distinción: si el saneamiento viene de la Constitución, habrá de estarse técnicamente a la modalidad de interpretación a favor de la Constitución, mientras que si acontece respecto a los tratados, se estará a la acción de la interpretación conforme a favor de éstos. En ambas modalidades lo que acontece es la acción llana de saneamiento por vía de interpretación conforme, por lo que la distinción de esas modalidades sirve esquemáticamente para identificar la fuente formal que sirve de parámetro de control.

Esa distinción es meramente didáctica, pues ambos ordenamientos (Constitución y tratados) constituyen el mismo parámetro de regularidad. Ambos en nuestro sistema jurídico doméstico son Constitución, por ser conformantes de un “bloque de constitucionalidad”.⁶ Desde la óptica de

como un razonamiento de corrección por vía de interpretación y de regla de preferencias de los resultados interpretativos constitucionalmente correctos.

⁵ El pilar esencial de acción de la interpretación conforme estriba en ser un instrumento formal con capacidad de saneamiento constitucional, que acontece por vía interpretativa, dentro de dos procesos distintos, un *proceso de interpretación por armonización de disposiciones normativas* y otro *proceso de interpretación de corrección de normas jurídicas prima facie inconstitucionales*. En esa primera acción de armonización, la interpretación se despliega procedimentalmente como directiva interpretativa primaria que dispone la regla de reorientar toda interpretación hacia los cauces constitucionales o convencionales. La segunda acción de corrección se despliega procedimentalmente como directiva interpretativa secundaria preferencial (directivas que en términos de Wróblewski establecen “criterios para escoger entre los eventuales resultados discordantes de la aplicación de las directivas primarias, cuál de ellos debe ser considerado el significado correcto de la disposición interpretada, a los efectos de la resolución de una determinada controversia”, en Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Kluwer, 1992, p. 124, y se realiza mediante dos parámetros; el primero atañe a una acción correctiva de saneamiento constitucional, y el segundo, en disponer la regla de solución de la controversia, en cuanto optar por el resultado interpretativo más conforme a la Constitución o tratados. En esta última acción, la Constitución y los tratados se erigen esencialmente como parámetro de validez jurídica, mientras que en la primera acción esos documentos atañen a un parámetro de interpretación.

⁶ Cruz señala que ese “bloque está integrado por la constitución y por algunos documentos internacionales”. Cruz, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa-

fuentes normativas en el sistema jurídico mexicano, hablar de tratados internacionales que reconozcan derechos humanos es lo mismo que hablar de Constitución. Por ende, debe estimarse que la supremacía constitucional también se predica sobre esas fuentes de derecho internacional, por constituir también un “parámetro de regularidad constitucional”.⁷ Es de destacar que en términos generales el tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia en México concibió que esos ordenamientos compartían con la Constitución esa máxima jerarquía normativa, tal como se desprende de la emblemática jurisprudencia P./J. 20/2014⁸ (10a.).⁹

Las anteriores precisiones pareciesen de la mayor obviedad, pero vale la pena tenerlas presentes, pues de ellas obtengo las coincidencias instrumentales que proyectan ambas interpretaciones conformes. Desde el punto de vista estructural, constituyen directivas interpretativas (en sus dobles modalidades, primaria y secundaria). Ambas ejercen acciones procedimentales de armonización de disposiciones normativas o corrección de normas jurídicas *prima facie* defectuosas. Por lo que al pertenecer ambas al género directiva

Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, p. 13. En esencia, el “bloque de constitucionalidad” hace referencia a la existencia de normas de rango constitucional. Favoreu, Louis *et al.*, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991, p. 187, en el caso de México, acontece por remisión de una cláusula interpretativa hacia otros documentos normativos internacionales, que lo es a través de la interpretación conforme hacia los tratados.

⁷ La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en México, destacadamente lo ha sostenido así. Para citar un ejemplo, véase el contenido de la tesis CCCXLIV/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 24, t. I, noviembre de 2015, p. 986, de rubro: “Parámetro de regularidad constitucional. Se extiende a la interpretación de la norma nacional o internacional”. Esa concepción incluso fue recogida también por el propio Pleno de esa Suprema Corte; basta advertir para simple referencia el contenido de la jurisprudencia P./J. 1/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 50, t. I, enero de 2018, p. 5.

⁸ La distinción que efectuó sobre disposición normativa y norma jurídica no es gratuita, pues tal como lo sostiene Alexy, esa distinción tiene sumo relevancia, pues permite distinguir entre el concepto de norma y el concepto de validez, “si el concepto de validez fuese incorporado al de norma, no se podría afirmar que una norma es válida” o en sus palabras, “moralmente defectuosa”. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 50 y ss. La noción de validez es altamente controvertida. Lo que me interesa enfatizar es que la invalidez es predicable formalmente sobre la disposición normativa, mientras que materialmente los defectos morales sobre la norma jurídica resultado. Lo anterior tiene sus implicaciones técnicas tratándose de la interpretación conforme, pues mientras el saneamiento constitucional por vía de armonización acontecerá sobre la disposición normativa, el saneamiento constitucional por vía de corrección acontecerá sobre la norma jurídica resultado que derivará del primer proceso de interpretación por armonización.

⁹ Jurisprudencia P./J. 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202.

interpretativa de interpretación conforme, es por lo que sus efectos *intrasistémicos* y *extrasistémicos* son perfectamente aplicables hacia una y otra.¹⁰

Ahora, existen efectos peculiares y autónomos que cada una de esas modalidades guardan con relación al sistema jurídico constitucionalizado. Me interesa centrarme especialmente en los efectos autónomos que singularmente trajo consigo la interpretación conforme hacia los tratados, que dada su calidad de cláusula interpretativa de remisión hizo permisible la conformación del mencionado “bloque de constitucionalidad”.¹¹ Esto último fue de la mayor relevancia, pues mucho del contenido normativo en materia de derechos humanos que se jerarquizó y positivizó a través de esa reforma constitucional derivó precisamente de esa cláusula.

La interpretación conforme hacia los tratados trajo consigo por lo menos tres efectos en nuestro sistema jurídico. El primero, en que esos tratados se constituyeron materialmente en Constitución, se “constitucionalizó el derecho internacional de los derechos humanos”.¹² El segundo, vinculado con la aplicación del derecho en general y el enjuiciamiento constitucional/convencionalidad, en cuanto a ser una directiva interpretativa de armonización y corrección del derecho positivo defectuoso.

¹⁰ La interpretación conforme tiene una *capacidad extrasistémica de saneamiento constitucional*, cuando la Constitución se coloca como referente normativo de interpretación y de validez jurídica del sistema jurídico en su conjunto. La Constitución participa hacia el exterior de consigo misma, interactúa sobre las conductas infraconstitucionales, llámense actos, normas u omisiones. Es un proceso de interpretación constitucional de carácter extrasistémico, dado que la Constitución interactúa como marco referencial de saneamiento por vía de interpretación, y lo hace no hacia el interior de ella misma, sino en relación con los productos normativos y actos jurídicos del sistema jurídico, que bajo el sistema de fuentes y jerarquías normativas, se encuentran subordinados y supeditados a ella. Por su parte, tiene una *capacidad intrasistémica de saneamiento constitucional*, cuando la posibilidad de corrección acontece hacia consigo misma. Esto es, dada su calidad instrumental de garantía de preeminencia de la Constitución y su fuerza normativa, existe también la posibilidad de saneamiento constitucional hacia el interior de la Constitución (cuando menos de sus reglas jurídicas que restringen derechos), teniéndose como parámetro de corrección precisamente los contenidos constitucionales. De esa manera, en su connotación intrasistémica, se constituye en una directiva interpretativa secundaria de carácter constitucional, que permite sanear por vía de interpretación las incongruencias e incompatibilidades constitucionales/convencionales. Mientras que en su connotación extrasistémica, tendrá una capacidad dual de armonización y corrección constitucional.

¹¹ La incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de los derechos fundamentales en las Constituciones nacionales constituye un “bloque de constitucionalidad”. Favoreu, Louis *et al.*, *op. cit.*, p. 187.

¹² Se habla de la “constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, en la medida en que se interiorizan al derecho interno con especial rango normativo y axiológico esas normas internas de fuente internacional”. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El control difuso de convencionalidad*, México, Fundap, 2012, p. 121.

El tercero, que es interdependiente al primero, por ser éste su resultado, en ser una cláusula interpretativa de remisión, que permite, a partir de un diálogo constante y permanente entre las fuentes internacionales y estrictamente domésticas, que se armonicen los postulados de salvaguarda de los derechos humanos de ambas, llevó a que se “interiorice el derecho internacional de los derechos humanos en relación con el sistema jurídico doméstico”.¹³ García Ramírez resalta que a diferencia de la interpretación conforme a la Constitución, la interpretación conforme a los tratados “es una expresión de la buena fe de los Estados para recibir esas normas de fuente internacional al interior de su sistema jurídico”.¹⁴

Debe tenerse presente, además, que ese principio de interpretación conforme hacia los tratados descansa en el “principio de armonización” del derecho internacional, que obliga a que normas internacionales coincidentes sobre la misma cuestión se interpreten en “la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles”.¹⁵ Lo que implica para la interpretación conforme, que en caso de conflictos normativos, se interpreten las normas constitucionales de manera compatible con las normas internacionales; de no ser posible, prevalecerá la norma superior, en el caso, vista no desde el punto de vista jerárquico, dado que ambas normas formalmente constituyen normas superiores, sino desde el punto de vista axiológico, que hará que prevalezca aquella norma que resulte más favorable para el goce del derecho humano, con lo que entrará en acción el diverso principio a favor de la persona.

Ese principio de armonización del que participa la interpretación conforme hacia los tratados debe prevalecer también a la hora de efectuar controles constitucionales o convencionales normativos. Cuando la previsión constitucional refiere que las normas de los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales, como lo sostiene Ferrer Mac-Gregor, lleva a que esa “conjunción

¹³ Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme el modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, p. 54. A mi parecer, este autor es un referente obligado en el tema, incluso fue de los primeros autores y más emblemáticos que se han ocupado de esta modalidad de la interpretación conforme y las implicaciones que tuvo en nuestro sistema jurídico a partir de la reforma constitucional en análisis.

¹⁴ García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El control de convencionalidad*, México, Fundap, 2012, p. 214.

¹⁵ Véase, el punto cuarto de las conclusiones de los trabajos del grupo de estudio de la Comisión de Derecho Internacional, capítulo XII: “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2006, vol. II, segunda parte, p. 195.

(copulativa) sirva para unir en una sola unidad funcional a esos dos elementos homogéneos, de ahí su función de armonización”.¹⁶

Se trata entonces de realizar una interpretación no sólo armonizadora, sino de conciliación y diálogo permanente entre ambas fuentes, pues aquí no cabe la posibilidad de contrariedad o contradicción, por lo que de existir aparentemente éstas deben reorientarse las aparentes incompatibilidades o incongruencias hacia los postulados de justicia que mayor benefician al individuo. El principio de armonización parte de la idea de no “fragmentación del derecho internacional”,¹⁷ el derecho internacional es también derecho interno, y no cualquier derecho, sino uno de rango constitucional.

De esa manera, siguiendo a Hesse cuando postula el principio de interpretación constitucional de “unidad a la Constitución”,¹⁸ que lleva consigo una interpretación armónica al interior y respecto a la totalidad de sus disposiciones, adecuado sobre la interpretación conforme hacia los tratados internacionales, dispone la regla de que las disposiciones constitucionales y convencionales no deben interpretarse y aplicarse aisladamente. El proceso de interpretación debe evitar conflictos normativos a partir de superar sus incongruencias e incompatibilidades. Esta concepción se esperaba de la Suprema Corte en México, cuando dilucidó si las restricciones constitucionales debían o no prevalecer sobre los tratados internacionales.¹⁹

¹⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *El control de convencionalidad*, México, Fundap, 2012, p. 129.

¹⁷ Este concepto de “fragmentación del derecho internacional” ha sido definido por Rodiles como la “diversificación por la proliferación de instituciones y regímenes normativos que gozan de un alto grado de autonomía, así como los conflictos que surgen entre dichos regímenes e instituciones”. Rodiles, Alejandro, “La fragmentación del derecho internacional. ¿Riesgos u oportunidades para México?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, México, 2009, p. 377.

¹⁸ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional (selección)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 48.

¹⁹ La Suprema Corte en México sostuvo que las restricciones constitucionales habrían de prevalecer sobre los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tal y como se advierte de la jurisprudencia P./J. 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202, de rubro: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

III. INTERPRETACIÓN CONFORME Y LA CORRECCIÓN MORAL DEL DERECHO POSITIVO

Una vez precisado lo anterior, me interesa enfocarme ahora en la capacidad de saneamiento constitucional/convenional (en adelante saneamiento constitucional), que coincidentemente acontece por vía de interpretación en ambas directivas interpretativas hacia la Constitución y los tratados internacionales (en adelante interpretación conforme). Esa cualidad instrumental y su capacidad polifacética hacen que la interpretación conforme sea más que una directiva interpretativa: que se erija en un verdadero principio jurídico formal que tiene como fin optimizar nuestro Estado constitucional de derecho, por lo menos en cuanto a que las decisiones institucionales sean satisfechas, previa corrección de sus deficiencias.

De ahí que exista una complejidad manifiesta, que debe primar en la conceptualización de la interpretación conforme. Así, su definición debe ser configurada más allá de aquel postulado interpretativo básico que obliga a interpretar las disposiciones normativas de manera conforme al texto constitucional o convencional. Especialmente, porque su cualidad polifacética le permite no sólo estar en interacción permanente con el texto constitucional o convencional, sino porque el despliegue de sus acciones y efectos tiene un especial calado para la salvaguarda de su fuerza normativa, que en su unidad integral optimizan el Estado constitucional de derecho.

La naturaleza holística y calidad polifacética de la interpretación conforme lleva consigo que tenga diversas interacciones con el Estado constitucional de derecho, de la democracia y la moral.²⁰ Por su relevancia, trataré

²⁰ Por su relevancia, identifico cuando menos las siguientes interacciones de la interpretación conforme: (1) En relación con la teoría de los principios jurídicos, en ser un principio jurídico formal que pretende optimizar el Estado constitucional de derecho. (2) En relación con la teoría de la justicia, en ser un elemento instrumental para la corrección moral del derecho positivo. (3) En relación con la argumentación jurídica y la interpretación constitucional, en ser una directiva interpretativa de primer y segundo grado, con capacidad de saneamiento constitucional extrasistémico e intrasistémico. (4) En relación con el constitucionalismo contemporáneo, como clave relevante para la constitucionalización del sistema jurídico. (5) En relación con la teoría de los derechos fundamentales, en constituir una garantía para su ejercicio. (6) En relación con la democracia, en neutralizar la objeción contramayoritaria que se efectúa contra el control constitucional normativo. (7) En relación con la teoría constitucional, en garantizar instrumentalmente la supremacía constitucional y su fuerza normativa. (8) En relación con el sistema jurídico constitucionalizado, en ser un elemento que abona a su unidad y completitud. (9) La interpretación conforme en relación con la racionalidad jurídica en la toma de decisión, en que su ejercicio se encuentra sujeto a límites de razonabilidad. (10) En relación con la justicia constitucional, en constituir un

la relación que guarda con la teoría de la justicia, para con ello evidenciar los efectos axiológicos que trajo consigo la previsión constitucional que implementó ambas modalidades interpretativas, en concreto sobre la obligada capacidad instrumental de corrección moral del derecho positivo. Me refiero especialmente a la bondad procedimental que tiene la interpretación conforme para concretar la idealidad de la naturaleza del derecho.

1. *Interpretación conforme y su calidad de principio jurídico formal*

Primeramente, me es necesario justificar cómo es que en la teoría de los principios jurídicos puede adjetivarse a la interpretación conforme la calidad de principio jurídico formal. Me refiero a principio jurídico en calidad de norma jurídica como “mandato de optimización”,²¹ y no como argumento interpretativo, que, como se vio, por antonomasia le es predicable a la interpretación conforme a partir de su desdoble como directiva de interpretación primaria y secundaria.

Lo anterior tiene una relevancia mayúscula, pues desde la concepción misma de la naturaleza del derecho, la exigencia moral de “pretensión de corrección”²² que se finca sobre el derecho positivo requiere materializarse innegablemente a partir de un instrumento formal, que a mi parecer lo hace de manera trascendente la interpretación conforme bajo su calidad de principio jurídico formal.

Alexy sostiene destacadamente que “los principios formales son principios”.²³ Esto es, que tanto los “principios procedimentales como los sustanciales tienen la cualidad de principios jurídicos, por lo que ambos participan de los elementos estructurales que los caracterizan como mandatos de optimización”.²⁴

Ambos principios jurídicos atañen a normas jurídicas cuya posibilidad de acción y prevalencia está supeditada a las circunstancias jurídicas y fácticas del caso concreto. Se trata de mandatos que exigen la realización del

instrumento preventivo de salvaguarda constitucional y una garantía instrumental para la restitución del orden constitucional. (11) En relación con el derecho internacional de los derechos humanos, en ser un elemento armonizador de fuentes nacionales e internacionales de derechos.

²¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, cit., pp. 50 y ss.

²² *Idem*.

²³ Alexy, Robert, “Principios formales”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 2014, p. 21.

²⁴ *Ibidem*, p. 22.

contenido normativo de esos principios en la mayor medida de lo posible. Son normas jurídicas que tienen por cometido la optimización de los contenidos normativos, en la medida en que sea posible su realización.²⁵ Empero, como también lo sostiene el referido autor, su distinción estriba en el objeto de optimización de unos y otros principios (formales y sustantivos).

En los “principios jurídicos sustanciales o materiales” el objeto de optimización son ciertos contenidos fundamentales del ser humano, necesarios para que bajo esa calidad reciba un trato digno, como la vida, la salud, la libertad, la integridad personal, el ambiente, etcétera. Tratándose de los “principios formales o procedimentales”, el objeto de optimización es que prevalezcan las “decisiones legales sin tener en cuenta su contenido”.²⁶ “Los principios formales requieren que la autoridad de las normas debidamente expedidas y socialmente eficaces sean optimizadas”.²⁷ Como lo refiere Alexy, siguiendo la tesis dual del derecho, eso implica que los principios formales se refieran a la “dimensión real o fáctica del derecho”, mientras que los sustanciales se ocupan de la “dimensión ideal o crítica del derecho”.

Alexy sostiene que en la dimensión real o fáctica se hallan tres elementos centrales,²⁸ que esencialmente versan sobre la efectividad de su cumplimiento, mientras que la propiedad esencial del derecho en su “dimensión ideal o crítica” es en términos llanos la tesis que sostiene para justificar la naturaleza del derecho, a partir de la “pretensión corrección”.²⁹ Esa propiedad sobre la “pretensión de corrección” del derecho tiene que ver con “la relación entre el derecho y la moral, pues el derecho eleva una pretensión de corrección”,³⁰ que de acuerdo con la conocida fórmula de Radbruch lleva al límite de justicia, de que “la injusticia extrema no es derecho”.³¹

De esa manera, suscribo la tesis de que los “principios jurídicos formales” son normas jurídicas con calidad de “mandatos de optimización”; por ende, constituyen principios jurídicos. Por lo cual, me parece también congruente que sobre ellos puedan existir tensiones normativas en relación

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

²⁷ Alexy, Robert, *The Argument from Injustice: a Reply to Legal Positivism*, traducción al inglés de B. Litschewski Paulson y S. L. Paulson, Oxford, Clarendon Press, 2002, pp. 3-4 y 13-19.

²⁸ 1. La relación entre el “derecho y la coerción o la fuerza”. 2. La relación entre el “derecho y la institucionalización de los procedimientos de creación y aplicación de normas”. 3. La relación entre el “derecho y el asentimiento o aceptación real acerca del mismo”. Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 69.

²⁹ *Ibidem*, p. 70.

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

con otros principios jurídicos, tensión que, como lo sostiene Alexy, puede actualizarse no sólo respecto a otros principios formales, sino también sobre principios jurídicos sustantivos. Para ello me remito al ejemplo que nos brinda el autor, sobre la fórmula de Radbruch que opera bajo el apotegma “la extrema injusticia no es derecho”,³² que es el resultado de efectuar una ponderación llana entre “el principio material de justicia contra el principio formal de seguridad jurídica”.³³

De ahí lo ponderable que también resultan los principios jurídicos formales, al tratarse de normas inacabadas que estarán supeditadas a las circunstancias del caso concreto. De su calidad de “mandato de optimización” deriva su posibilidad de aplicación mediante ponderación, según las circunstancias jurídicas y fácticas.³⁴

Ahora, la calidad de principio jurídico formal de la interpretación conforme le permite participar determinantemente en la estructuración y articulación de los actuales sistemas constitucionales. La nota característica en esa interacción estriba y deriva de esa calidad, que le permite instrumentalizar la corrección moral del derecho positivo, cuyo resultado trae consigo la optimización del Estado constitucional del derecho, especialmente a partir del cometido de sanear correctivamente el derecho positivo moralmente defectuoso, con lo que se pretende que las decisiones institucionalizadas alcancen el cometido que pretendían alcanzar, pero que por negligencia o error se vieron truncas sus posibilidades. Ésa es precisamente su capacidad estructural para instrumentar la señalada “pretensión de corrección”.

En términos generales *stricto sensu*, en la interpretación conforme el objeto de optimización a partir de su instrumentalización lo constituyen las decisiones institucionalizadas. Por ejemplo, en una de sus facetas, la norma jurídica defectuosa será constitucional o convencionalmente saneada a partir de su armonización o corrección por vía de interpretación conforme. Empero, a nivel global, la interpretación conforme es un principio jurídico formal de optimización del Estado constitucional de derecho. Hablar de ello, *mutatis mutandis*, es considerarla, desde la teoría del derecho, que opera

³² Alexy, Robert, “A Defence of Radbruch’s Formula”, en Freeman, M. D. A. (ed.), *Lloyd’s Introduction to Jurisprudence*, 8a. ed., Londres, Sweet & Maxwell-Thomson Reuters, p. 428.

³³ Alexy, Robert, “The Dual Nature of Law”, *Ratio Juris*, 23, 2010, p.177.

³⁴ Esta postura se contrapone al enfoque de Sieckmann del llamado “modelo de concepciones contrapuestas de derecho” (Sieckmann, J., *Recht als Normatives System*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 200-204) y al “modelo de dos niveles” de Klatt y Schmidt (Alexy, Robert, “Principios ...”, *cit.*, p. 27), que esencialmente sostienen que la ponderación es impermissible entre principios materiales y principios formales.

a favor de la justicia, pues instrumentalmente lleva consigo el saneamiento de las deficiencias morales del derecho positivo defectuoso.

Atento a ello, las posibilidades jurídicas y fácticas de la disposición que se interpreta y norma jurídica resultado *prima facie* inconstitucional, son las que harán permisible la posibilidad de saneamiento moral del derecho positivo, las cuales se pondrán en marcha a partir de las acciones de armonización o corrección que resulten necesarias según los defectos morales que se detecten y prevalezcan para el caso concreto.

De esa manera, la interpretación conforme participa bajo la calidad de principio jurídico formal, en la medida en que interactúa sobre la “dimensión fáctica o real del derecho”,³⁵ pues precisamente lo que pretende es que la autoridad de las normas expedidas y socialmente eficaces se optimice en el quehacer cotidiano a partir del saneamiento de sus falencias morales. Máxime que la “dimensión fáctica o real del derecho”, como lo sostiene Alexy,³⁶ puede conectarse con aspectos ideales, como acontece con el caso paradigmático del ideal de justicia, al que dicho sea de paso pretende acceder y alcanzar cualquier acto normativo, pues por antonomasia los actos institucionalizados como las leyes deben pretender ser moralmente correctas y justas.

La distinción de los principios formales o procedimentales estriba en que parten de la pretensión de que se “respete lo autoritativamente expedido y que éste resulte socialmente eficaz”,³⁷ y que su objeto de optimización es que prevalezcan las “decisiones legales sin tener en cuenta su contenido”. El que no se tenga en cuenta el contenido no priva de la posibilidad de efectuar valoraciones morales sobre el derecho positivo, en especial sobre las decisiones institucionales que nos brinda; aun más, superar sus falencias constitucionales, y que ello acontezca materialmente a partir de los propios principios jurídicos formales, precisamente porque es permisible reorientar su optimización también sobre la idealidad del derecho, pues ambas dimensiones parten del presupuesto básico de las razones de justicia; esto es, que prevalezca el razonamiento moral.

³⁵ La “tesis tridimensional del derecho” concibe al fenómeno jurídico desde el punto de vista de tres dimensiones: fáctica, normativa y axiológica. “La dimensión fáctica se manifiesta como un hecho social, observa al derecho como un acontecer que se presenta de manera cotidiana en la vida de las personas, a dicho fenómeno se le conoce como la omnipresencia del derecho”. Reale, M., *Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho*, Madrid, Tecnos, 1997.

³⁶ Alexy, Robert, “Principios...”, *cit.*, p. 21.

³⁷ Alexy, Robert, *The Argument...*, *cit.*, pp. 13-19.

En ese sentido, esa optimización objeto de los principios jurídicos formales debe procurar también la prevalencia de las decisiones legalmente justas, por lo que el contenido de las decisiones legales importa, y mucho, pues los productos institucionalizados deben derivar de un procedimiento no sólo legítimo, sino también que pretende ser racional y moralmente justo, por lo que cuando ese cometido no se alcanza, es cuando el razonamiento moral debe entrar en juego para sanear sus deficiencias, lo cual lleva aún más a potenciar la eficacia de las decisiones institucionales, en la medida en que no serán invalidadas siempre que se alcance sanear sus defectos.

De ahí que si axiológicamente la norma jurídica es moralmente deficiente o defectuosa, existe también la permisibilidad de que mediante saneamiento constitucional o convencional por vía de interpretación se alcance ese ideal de justicia, que acontecerá instrumentalmente a través del principio de interpretación conforme; por medio de *acciones de armonización y correctivas* se podrá sanear lo moralmente injusto, que desde la óptica constitucional o convencional, es sanear lo incompatible o incongruente que resulte con ese bloque de constitucionalidad.

En ese sentido, la interpretación conforme tiene por cometido, a partir del saneamiento moral del derecho positivo defectuoso, que esas razones de justicia se alcancen a partir de la optimización del Estado constitucional del derecho; tiene por cometido encontrar un punto intermedio de confluencia entre los defectos morales de los actos autoritativos y la invalidez total de resultar en extremo injusto el derecho, no en permitir que subsistan sus defectos, sino en sanearlos normativamente para reincorporarse óptimamente al sistema jurídico, y así brindarles eficacia.

Esa pretensión formal de prevalencia de las normas justas y la consiguiente posibilidad de corrección de las normas moralmente defectuosas es la que permite a la interpretación conforme desdoblarse bajo una calidad de principio jurídico formal, en la medida en que no sólo optimiza las normas jurídicas institucionalizadas, sino que lo hace a partir y con preeminencia de los principios jurídicos sustantivos, que no son otra cosa que las normas constitucionales o convencionales optimizadas.

Con toda precisión lo sostiene Hesse: la interpretación conforme no sólo se proyecta “allí donde la ley, sin el recurso a puntos de vista jurídico-constitucionales, permite una interpretación compatible con la Constitución”, sino que puede tener igualmente lugar “cuando un contenido ambiguo o indeterminado por de la ley resulta precisado gracias a los contenidos de la constitución”.³⁸

³⁸ Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 54.

Así, en el marco de la interpretación conforme las normas constitucionales o convencionales no son solamente normas que sirven de parámetro para el enjuiciamiento de las leyes secundarias, sino también normas que sirven para darles contenido, e incluso concretizar normativamente los alcances de las propias leyes constitucionales, lo que se realiza sin duda en los procesos de interpretación que realiza de *armonización o corrección* constitucional o convencional.

De manera concluyente, la calidad de principio jurídico formal de la interpretación conforme estriba en constituir un elemento instrumental por el que procedimentalmente el derecho positivo se reconduce a su optimización institucional, especialmente se optimiza a partir del sistema jurídico constitucionalizado, que acontece mediante su saneamiento moral.

El ideal de la eficacia autoritativa y de regulación social del derecho positivo se encuentra satisfecho no sólo a partir de la premisa del derecho positivo, sino a partir y esencialmente del postulado de justicia, que implica la consiguiente posibilidad de efectuar valoraciones morales de armonización y corrección en el derecho defectuoso. Cuando el derecho positivo falla en su pretensión de justicia (pretensión de corrección), debe acudirse más allá de valoraciones normativas, a valoraciones morales, al constituir éstas el sustento y validez de todos los actos institucionalizados, incluyendo los constitucionales o convencionales. Esa posibilidad de corrección se instrumentaliza con especial fuerza a partir de la interpretación conforme. Veámoslo con mayor detenimiento.

2. *Interpretación conforme, medio instrumental de corrección moral del derecho positivo*

En líneas previas justifiqué la calidad de principio jurídico formal de la interpretación conforme, atento a su cualidad instrumental de optimizar la validez e institucionalidad del derecho positivo a partir de su corrección moral. La eficacia del derecho positivo está supeditada a su regularidad moral; esa regularidad institucionalmente es reconducible en términos muy generales a la regularidad constitucional o convencional. El que la Constitución o los tratados internacionales sirvan de parámetro de validez e interpretación jurídicas es no sólo por su fuerza normativa, sino por la axiológica que la compone, por ser institucionalmente en su conjunto el ordenamiento base que supedita la validez normativa y axiológica de todo el sistema jurídico.

De esa manera es como las valoraciones morales de la teoría del derecho son reconducibles a las razones constitucionales en las teorías constitu-

cional y de los derechos humanos, en la medida en que se entiende imbibida por antonomasia la justicia y valoraciones morales en los contenidos normativos constitucionales o convencionales (expresos e implícitos).

Por ahora me interesa que se tenga presente que la interpretación conforme es, *mutatis mutandis*, una interpretación conforme hacia las razones de justicia. El juicio de valor de dicha interpretación se reconduce necesariamente sobre razones morales; el saneamiento constitucional que acontece por vía de interpretación acontece por derivación y consecuencia de la concepción de la derrotabilidad de las normas, y la permisón que brindan las razones de justicia para el saneamiento moral del derecho positivo es de lo más relevante.

En ese sentido, hablar de interpretación conforme es lo mismo que hablar procedimentalmente de corrección moral del derecho positivo. Por virtud de ello, es innegable que la reforma constitucional en análisis implementó institucionalmente a partir de la previsión dual de las interpretaciones conformes, no sólo la posibilidad, sino el deber de corrección moral del derecho defectuoso en nuestro sistema jurídico. Introdujo una regla necesaria de optimización institucional de nuestro Estado constitucional de derecho a partir de valoraciones morales, especialmente las de justicia. De ahí su inevitable conexión entre el derecho y la moral.

La corrección del derecho en clave no positivista

Antes de justificar con mayor detenimiento esa incidencia de la interpretación conforme en la teoría de la justicia, especialmente sobre la posibilidad y necesaria corrección moral del derecho positivo, me gustaría destacar y acotar la referencia que hago sobre la capacidad de la interpretación conforme de estructurar los actuales sistemas constitucionales. Sobre esa locución me decanto por identificar limitativamente aquellos paradigmas constitucionales en claves no positivistas del derecho, especialmente configurados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial del siglo XX.

Especialmente parto del pensamiento filosófico de Robert Alexy, en lo que respecta a su teoría de la justicia.³⁹ Me refiero además a ese constitucionalismo principalista, por distinguirlo destacadamente del constitucionalismo garantista que postula Ferrajoli. Es superación del positivismo jurídico a partir de claves iusnaturalistas, y no como lo sostiene Ferrajoli a partir de la “expansión o el perfeccionamiento del positivismo jurídico”. A mi parecer,

³⁹ Robert Alexy, *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2010, p. 9.

aun en ese supuesto perfeccionamiento sigue estando ausente la justificación moral del derecho positivo y su posibilidad de corrección por lo menos sobre aquellos razonamientos morales no positivados. Ello es así, pues téngase presente que ese constitucionalismo positivista de Ferrajoli se sigue enmarcando con independencia de los contenidos morales del derecho y de su eventual injusticia,⁴⁰ de lo cual destacadamente difiero.

Así, el que exista posibilidad de que las normas jurídicas *prima facie* incompatibles o incongruentes hacia los valores de justicia puedan ser saneadas correctivamente por vía de interpretación conforme deriva de la posibilidad de corrección moral del derecho positivo y de la “pretensión de corrección” que postula Robert Alexy.⁴¹ Esa posibilidad requiere de un medio instrumental para materializarse, y lo hace procedimentalmente a partir de la interpretación conforme, mediante sus dos acciones emblemáticas de *armonización o corrección* (en notas al pie justificadas).

A partir de ello, la interpretación conforme como principio jurídico formal se proyecta procedimentalmente como medio instrumental para el saneamiento moral de todo acto autoritativo e institucionalizado, incluso de los productos normativos que prevé el propio texto constitucional y/o convencional, en la medida en que constituyen también actos institucionalizados, y que no por su previsión positiva alcanzarán *ipso facto* su regularidad conforme a los cánones de justicia, más cuando en determinados textos constitucionales, como el caso de México, se recogen instituciones jurídicas y reglas a efecto de que constituyan un “coto vedado”,⁴² y con ello se imposibilite su escrutinio futuro, siendo que al ser un acto institucionalizado no deben estar fuera de su valoración moral, pues precisamente esa “pretensión de corrección” de la que nos hablaba Alexy no siempre la alcanza el derecho positivo, y cuando no lo alcanza es cuando el derecho a la *natura* debe efectuar su corrección.⁴³

⁴⁰ Ferrajoli, L. *et al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 137-150.

⁴¹ Alexy, Robert, *El concepto y la... cit.*, p. 62.

⁴² Desde la teoría de la justicia ha existido el debate acerca de cómo proteger los derechos fundamentales y de cuál debe ser el rol de la justicia en el cumplimiento de esta función. Moreso sostiene que “Si se acepta una teoría de la justicia que contiene principios que establecen derechos fundamentales”; luego, tenemos la obligación de diseñar nuestras instituciones políticas de un modo tal que “aumente la probabilidad de obtener decisiones que no violen tales derechos fundamentales”, lo que lleva consigo la instauración de un “coto vedado” constitucional, destinado a proteger determinados derechos morales, que se encuentren incluso fuera del alcance de maniobra de la autoridad política reformadora. Moreso, J. J., *Derechos y justicia procesal imperfecta*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008, pp. 15-51.

⁴³ Alexy, Robert, *El concepto y la... cit.*, p. 48.

Aquí es donde cae la tesis de Ferrajoli, que parte especialmente de un positivismo ideológico; el derecho no sólo puede considerarse justo por el hecho de ser positivo, ni muchos menos por estar positivizado constitucionalmente, sino que requiere de una armonía axiológica bajo valoraciones materiales de justicia, que no es otra cosa que valoraciones morales sobre principios jurídicos.⁴⁴

El que exista esa posibilidad de corrección moral del derecho positivo nos lleva necesariamente asumir una postura teórica en clave no positivista. En principio, porque de aceptar que existe esa posibilidad de valoración moral en el derecho lleva necesariamente a aceptar consigo la tesis de la necesaria conexión entre el derecho y la moral.⁴⁵

En segundo término, porque lleva a aceptar la diversa tesis de que el derecho natural⁴⁶ es el fundamento y sustento para la validez del derecho positivo.⁴⁷ Al ser su sustento el derecho natural y tener eficacia jurídica prevalente sobre el derecho positivo, lo que permite que su fuerza normativa de carácter axiológico tenga preeminencia, con la consiguiente posibilidad de corrección mediante el saneamiento o invalidez de los defectos jurídicos.

La juridicidad del derecho positivo deriva así de su conformidad con el derecho natural.⁴⁸ Lo que es reconducible desde el punto de vista constitucional, a que la juridicidad del derecho infraconstitucional deriva de su conformidad con ese pacto fundamental, pero no sólo enclavado a su cuerpo normativo o bloque, sino también sobre aquellos derechos implícitos congruentes con ese sistema de fuentes; esto es, a las razones de justicia.

Es decir, para que el derecho positivo sea derecho es necesario que sea moralmente justo, y esa moralidad no sólo llega consigo por el hecho de haberse satisfecho un procedimiento, o bien por su sola referencia expresa y previsión en el marco constitucional, sino esencialmente a partir de la justicia de sus contenidos normativos. De no alcanzarse esa pretensión de

⁴⁴ Ferrajoli, L. *et al.*, *op. cit.*, p. 147.

⁴⁵ Alexy, Robert, *El concepto y la... cit.*, p. 78.

⁴⁶ Los iusnaturalistas llaman derecho natural a los principios y derechos morales más básicos en los que radica lo justo (entre otros: derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad, y también, para los iusnaturalistas racionalistas liberales de la Ilustración, el derecho de propiedad privada. González Lagier, Daniel y Pérez Lledo, Antonio (coords.), *La filosofía del derecho en España*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, edición digital a partir de Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 5, 2001.

⁴⁷ Vigo, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas (Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey-Alexy-Finnis)*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006, p. 48; Vigo, Rodolfo Luis, *El iusnaturalismo actual, de M. Villey a J. Finnis*, México, Fonatamara, 2008, p. 104; Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho, de Radbruch a Alexy*, México, Fonatamara, 2008, p. 187.

⁴⁸ Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema... cit.*, p. 157.

idealidad del derecho, siquiera sería calificado como derecho, como sostiene Alexy, “sería una simple apariencia de derecho o una corrupción del derecho, pero no auténtico derecho”.⁴⁹

Lo que sea derecho se determina en función del derecho natural,⁵⁰ en “función de propiedades valorativas, en función de la justificación moral de sus normas, de su adecuación a ciertos principios de justicia”.⁵¹ Con ello se supera la tesis positivista de la juridicidad del derecho positivo a partir del sistema de competencias y cumplimiento a procedimientos; para que una norma sea jurídica no basta con que sea dictada por el órgano jurídicamente competente, mediante el procedimiento jurídicamente establecido, sino que tiene que ser moralmente justa.⁵²

3. *Tesis de la corrección en la teoría del derecho*

Como argumento conceptual que Alexy invoca en su teoría del derecho es el “argumento de la corrección”.⁵³ El argumento de la corrección se efectúa en dos pasos; en uno primero se intenta mostrar que el derecho eleva necesariamente una “pretensión de corrección”, y el segundo consiste en explicar que esa pretensión implica una “conexión necesaria entre el derecho y la moral”.⁵⁴

Esa “pretensión de corrección” es la que hace permisible la posibilidad de corrección moral del derecho positivo, y por ende, la que hace permisible que la interpretación conforme actúe por vía de saneamiento constitucional en el subsane de las deficiencias morales del derecho positivo, especialmente sobre las normas jurídicas *prima facie* contradictorias, por ser incongruentes o incompatibles con el texto constitucional.

⁴⁹ Alexy, Robert, *El concepto y la... cit.*, p. 48.

⁵⁰ Para el autor inglés John Finnis, el derecho natural son los principios de la razón práctica que ordenan la vida del hombre y de la comunidad, los cuales derivan de ciertos bienes básicos que se justifican por sí mismos. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 87-110.

⁵¹ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 157-163.

⁵² Alexy, Robert, *El concepto y la... cit.*, p. 78.

⁵³ Diverso argumento que Alexy utiliza en su teoría del derecho es el argumento de la “injusticia extrema” (fórmula de Radbruch), en cuanto a que “la injusticia extrema no es derecho”, que junto con los argumentos de la corrección y de los principios (mandatos de optimización) constituyen las tres razones de mayor poder que puedan llevar a pensar que existe una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral, y que esta relación es la “propiedad esencial del derecho en su dimensión ideal o crítica”. *Ibidem*, p. 69.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 62.

De acuerdo con “uno de los presupuestos necesarios de los actos de habla mediante los cuales se desenvuelve la práctica jurídica”, cuyo objeto de esa práctica es la determinación de las normas regulativas sobre lo que está jurídicamente prohibido, permitido o es obligatorio, “es que dichos actos pretenden ser correctos, pretenden ser aceptados como correctos por parte de la comunidad jurídica y de la comunidad en general”. Ésta es la llamada “pretensión de corrección”.⁵⁵

Para Alexy, esa pretensión es lo que hace que el “discurso jurídico sea un caso especial del discurso práctico general”,⁵⁶ pues, a su parecer, quienes como participantes en las prácticas regulatorias generales nieguen esa pretensión de corrección, implica de manera necesaria en sus afirmaciones, que incurrieran en una “contradicción performativa”; esto es, “una contradicción entre una aserción explícita y una aserción implícita, pero necesaria en cuanto a su esencia”.⁵⁷ “Es una contradicción entre lo que se dice y lo que está implícito de manera necesaria en el acto de decir”.⁵⁸

Alexy sostiene que esa “pretensión implica una conexión necesaria entre derecho y moral, porque cuando las razones provenientes del derecho positivo no son suficientes para resolver los casos concretos, la pretensión de corrección permite recurrir a razones de toda laya, con prioridad a las razones de justicia”,⁵⁹ razones de justicia pertenecientes, que llevan consigo una valoración del derecho a partir del razonamiento moral. La conclusión de Alexy es perentoria: “la pretensión de corrección necesariamente se refiere al razonamiento moral cuando la decisión no puede adoptarse sólo con base en razones procedentes del derecho positivo”.⁶⁰

Esa “pretensión de corrección” es la que lleva consigo no sólo la posibilidad de efectuar valoraciones morales al analizar la juridicidad de las normas, sino que implica la necesidad de hacerlo cuando sea posible. Es de distinguirse esa posibilidad de corrección según las circunstancias del caso concreto, con el deber de acción de la interpretación conforme ante la detección de una norma moralmente defectuosa; para el primero, los límites racionales de corrección de la propia directiva son los que brindan las acciones permisibles de saneamiento a realizar, mientras que el deber de acción correctivo acontece en todos los casos en que se detecte una norma *prima*

⁵⁵ *Ibidem*, p. 67.

⁵⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, cit., pp. 50 y ss.

⁵⁷ Alexy, Robert, “Una defensa a la fórmula de Radbruch”, trad. de Seone, *J. Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, pp. 75-95.

⁵⁸ Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., pp. 35-39.

⁵⁹ Alexy, Robert, “The Especial Case Tesis”, *Ratio Juris*, núm. 12, 1999, pp. 378 y 379.

⁶⁰ Alexy, Robert, *El concepto y la...*, cit., p. 68.

facie moralmente defectuosa, concretamente *prima facie* inconstitucional o inconvencional.

La posibilidad de valoración moral del derecho a partir de esa “pretensión de corrección” está presente también en la teoría del razonamiento jurídico de Neil MacCormick. Según su teoría, “la justicia formal parte de la presunción (de validez) de la aplicación de ciertas reglas jurídicas, a partir de ellas se puede justificar una decisión jurídica, a menos de que se den buenas razones a favor de rechazar esa aplicación y aceptar entonces una interpretación o una elección diferente”,⁶¹ a lo que denomina “justicia sustantiva”. Esa posibilidad de elección atañe a la posibilidad de corrección del derecho positivo mediante razonamientos morales, y lo hace permisible a partir de la fuerza de los “argumentos justificativos de segundo orden”, de los que pueden derivarse a su vez “excepciones (axiológicas) de las reglas jurídicas”.⁶²

Como lo sostiene MacCormick, el punto de vista de la “derrotabilidad conecta con una perspectiva relacionada con un problema omnipresente que tiene que ver con la formulación o articulación del derecho”.⁶³ “El problema está en un aspecto tal de límites a la exactitud o exhaustividad en las declaraciones de derecho, y en otro aspecto tal de la confiabilidad con la cual uno puede deducir inferencias a partir de las declaraciones expresas en las cuales el derecho está formulado”.⁶⁴

Para MacCormick, el razonamiento jurídico exige no sólo estar a la lógica deductiva, sino también al razonamiento moral que opera a partir de principios jurídicos. La teoría que se necesita para interpretar el derecho exige “no sólo el reconocimiento de reglas institucionales sino también de principios jurídicos y valores morales”.⁶⁵ La positivación del derecho requiere que se tomen en cuenta exigencias mínimas de “racionalidad en el nivel justificativo”.⁶⁶

Desde el punto de vista del iusnaturalismo jurídico, ésta es una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Esta conexión necesaria tiene la

⁶¹ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 1994, p. 247.

⁶² MacCormick, Neil, “Particular and Universals”, en BanKowski, Zenon y MacLean, James (eds.), *The Universal and de Particular in Legal Reasoning*, Ashgate, 2006, pp. 3-22.

⁶³ MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, 2003, p. 243.

⁶⁴ Baker, Gordon, “Defeasibility and Meaning”, en Hacker, Peter y Raz, Joseph (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford Clarendon Press, 1977, pp. 34 y ss.

⁶⁵ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning...*, *cit.*, p. 246.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 247.

consecuencia de que las decisiones que son “moralmente defectuosas también son jurídicamente defectuosas (validez jurídica). Esto significa la inclusión de las razones morales al interior del derecho”.⁶⁷ Se presupone que todos los sistemas jurídicos elevan necesariamente esa “pretensión de corrección”, por lo que debe presumirse que los ordenamientos y las disposiciones pretenden ser justas, sino existiría una “contradicción performativa” en los términos apuntados.

En el caso de México, me parece que esa “pretensión de corrección” se encontraba presente desde antes de la reforma constitucional, pues sin duda el principio de supremacía constitucional y las garantías constitucionales que garantizan su efectividad han tenido por cometido que el juicio de valor se decante por la preeminencia axiológica de los principios jurídicos, concretamente de los derechos humanos o fundamentales que protege.

Empero, es indiscutible y de la mayor relevancia, que con motivo de la referida reforma constitucional de 2011, en México se constitucionalizó esa concepción destacadamente a partir de la implementación de la interpretación conforme. Es el propio constituyente quien dotó ese instrumento interpretativo de especial eficacia, a efecto de que fuera nuestro propio sistema jurídico constitucionalizado el que zanjara sus deficiencias morales, desde luego partiendo del presupuesto de perfectibilidad y corrección de los actos infraconstitucionales.

Lo relevante para esa posibilidad de saneamiento mediante el razonamiento moral es que el derecho positivo se reconduzca a los sentidos de justicia, especialmente a los principios jurídicos que constituyen su fundamento.

A. *La invalidez ante el umbral de la injusticia intolerable*

Ahora, no cualquier injusticia privará de validez jurídica a los actos institucionalizados, en este caso las normas jurídicas, se requiere, como lo sostiene Alexy,⁶⁸ en principio, que el conflicto entre la ley y la justicia alcance un “grado intolerable”, de tal manera que la ley, en tanto “derecho defectuoso”, tenga que ceder ante la justicia.⁶⁹ Es sólo cuando se traspasa el “umbral de la injusticia intolerable cuando las normas, que han sido expedidas de manera apropiada y que son socialmente eficaces, pierden su validez”.⁷⁰

⁶⁷ Alexy, Robert, *El concepto y la... cit.*, p. 74.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 75.

⁶⁹ Radbruch, G., “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)”, trad. de Boniee Litschewski y Paulson Stanley, *Oxford Journal of Legal Studies* (26), 2006, p. 7.

⁷⁰ Alexy, Robert, *El concepto y la... cit.* p. 75.

En ese sentido, a partir del principio de interpretación conforme se requiere que ese resultado interpretativo *prima facie* injusto no pueda ser saneado moralmente a partir de su armonización o corrección por vía de interpretación. Ésa es la relevancia de la interpretación conforme sobre la corrección moral del derecho positivo. Estriba en la posibilidad instrumental y racional de saneamiento del derecho defectuoso. La reforma constitucional en análisis se constituyó procedimentalmente en un remedio previo a la privación de validez de los actos jurídicos autoritativamente institucionalizados.

Atento a ello, para la invalidez del acto o norma, la injusticia debe alcanzar el umbral de lo intolerable. Incluso, aun alcanzando el nivel de lo intolerable, la respuesta institucional no será de manera inmediata la privación de sus efectos, sino por el contrario, habrá de optimizarse ese producto normativo a partir de su posibilidad de saneamiento constitucional o convencional.

De esa manera, existe una posibilidad intermedia, una solución que lleva consigo un diálogo permanente, en el que las valoraciones morales estarán presentes continuamente sobre la juridicidad del derecho positivo, lo que acontece procedimentalmente a través de la interpretación conforme. Las falencias morales del derecho positivo podrán ser reorientadas y reordenadas al ámbito de lo justo, sin llegar necesariamente a la fase final de la declaratoria formal sobre la nulidad del acto. El constituyente permanente en la reforma en análisis apostó a ello, a que existiera un diálogo constante y permanente sobre las razones de justicia, y que incluso prevalecieran éstas sobre las razones institucionales que brindará el derecho positivo en su formulación.

Si las decisiones jurídicas deben basarse en razones, entonces allí en donde se agotan las razones autoritativas debe acudir a razones no autoritativas, entre las más importantes, las que se refieren a las de justicia.

Por lo que

Una vez que se concibe a la moral como algo incluido en el derecho, las razones morales pueden y deben participar en la justificación de las decisiones jurídicas, cuando se agotan las razones autoritativas (pretensión de corrección), la teoría del razonamiento jurídico (argumentación jurídica), intenta explicar este fenómeno, concibiendo este último como un caso especial del razonamiento práctico general.⁷¹

⁷¹ Alexy, Robert, “The Especial...”, *cit.*, pp.157-165.

El llegar al umbral de lo intolerable hace que actúe remedialmente el derecho natural sobre el derecho positivo. Los defectos morales se confinan a atribuir al derecho un carácter defectuoso, de momento no invalidante si es que es posible sanearse interpretativamente y de manera conforme. Como señala Portocarrero, “la teoría de los principios se basa en este tipo débil de corrección moral”. Por tanto, la teoría de los principios, su test de proporcionalidad, de razonabilidad e interpretación conforme “no implican un tipo de moralidad absoluta, sino solo exigen una corrección moral mínima en tanto los deméritos morales no sobrepasen el umbral de la injusticia extrema”.⁷²

No se puede afirmar que una norma carece de validez únicamente con base en que ésta posea deméritos morales: se debe alcanzar necesariamente la injusticia extrema. Ésta es la versión incluyente del no positivismo a la cual me adhiero, que es mi sustento para el ejercicio de la interpretación conforme como medio instrumental de armonización y corrección, pues llevará a no privar de validez jurídica a las disposiciones jurídicas que se someten a escrutinio, al evitar que su resultado (norma jurídica) traspase los umbrales de la injusticia extrema. El optar por la norma jurídica que tenga coincidencia con la pretensión de justicia es llevar el razonamiento moral a la aplicación concreta en el derecho positivo.

Los anteriores constructos del derecho, sin duda, descansan en la teoría contemporánea del constitucionalismo, que intenta ir más allá de la legalidad estricta, pero no se olvida del derecho positivo. Tan no se olvida del derecho positivo, que a partir de su estructura formal se intenta efectuar una “lectura moral del derecho”.⁷³ En ese conjunto de ideas se incluye “la atribución de normatividad a los principios jurídicos y la definición de sus relaciones con los valores y las reglas, el surgimiento de la razón práctica y de la argumentación jurídica”.⁷⁴

De ahí la relevancia de la reforma constitucional en análisis, pues busca evitar no sólo la pugna con el texto fundamental, sino la arbitrariedad y la injusticia, injusticia que puede derivar de la aplicación de una ley a una situación particular, cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la disposición que se pretende aplicar (excepción axiológica).

⁷² Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Marcial Pons, 2016, p. 43.

⁷³ Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 148-189.

⁷⁴ Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 2006, pp. 21 y 35.

Así, el aforismo la “ley es dura, pero es la ley”, sólo resulta admisible contemporáneamente si la ley es compatible con la constitucional o convencionalmente, o llevada más lejos, si es que es posible el saneamiento moral de sus deficiencias. Dicha compatibilidad implica no sólo que normativamente no sea contradictoria, sino que no tenga por consecuencia el menoscabar el goce desproporcionado de los derechos fundamentales, especialmente sobre aquello que se identifica como de “contenido esencial”.⁷⁵

En ese sentido, si es posible inaplicar una norma jurídica por ser manifiestamente contraria a la Constitución o convención, por mayoría de razón, en aras de asegurar la preservación del derecho y optimizarlo, es procedente que el juez pueda hacer una interpretación conforme con la Constitución o los tratados internacionales, sin necesidad de inaplicar la norma jurídica defectuosa.

De esta manera, “se produce una especie de actualización de la norma frente a la nueva Constitución, o dicho de otro modo, una especie de incorporación de los mandatos constitucionales a dicha norma, entre los que figuran con suma relevancia los derechos fundamentales”.⁷⁶ Zagrebelzky sostiene con acierto que el “modo de argumentar en derecho constitucional se asemeja, al modo de argumentar en derecho natural”, de esta manera, “los principios morales del derecho natural se han incorporado al derecho positivo”.⁷⁷

B. Interpretación conforme en la concepción de la naturaleza del derecho

Atento a lo expuesto, la posibilidad de corrección moral del derecho positivo, a partir de valoraciones morales, especialmente las de justicia, constituye el elemento teórico nuclear de la capacidad de saneamiento de la interpretación conforme, que sin duda fue la que se acogió en la citada reforma constitucional, pues al hacer permisible la capacidad correctiva del derecho positivo hizo también permisible su posibilidad de valoración. Bajo

⁷⁵ “La idea del contenido esencial de los derechos fundamentales se incluyó en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana, y en el 53.1 de la Constitución Española, para evitar la excesiva restricción de esos derechos y que las limitaciones que se impongan vacíen sus contenidos normativos”. Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 111.

⁷⁶ Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, México, UNAM, Mínima Trotta, 2008, p. 75.

⁷⁷ Zagrebelzky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, principios, justicia*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p. 116.

esa lógica, la interpretación conforme se constituyó en el medio instrumental necesario para alcanzar la “pretensión de corrección” en nuestro sistema jurídico, así como de la necesaria vinculación que existe entre el derecho y la moral.

De ahí es por lo que considero que al participar esa “pretensión de corrección” en la concepción de la naturaleza del derecho, y ser la interpretación conforme un medio instrumental para concretizar el saneamiento moral del derecho positivo, lleva entonces a considerar que el sustento primario que fija sus fundamentos más que en los principios constitucionales de supremacía, fuerza normativa y presunción de constitucionalidad, parte del concepto del derecho y su naturaleza jurídica, por ser una propiedad esencial de éste.

Desde el punto de vista de Alexy, la corrección es una propiedad esencial del derecho en su dimensión ideal o crítica, que como vimos anteriormente, también presente en su dimensión real o fáctica, por lo que entonces lleva a considerar que la “pretensión de corrección” y la fórmula de Radbruch no son sólo las únicas propiedades que caracterizan a la corrección como propiedad esencial del derecho, sino que a ellas se suma de manera relevante la interpretación conforme, en la medida en que también constituye un principio jurídico formal, como acontece con la fórmula de Radbruch, pero especialmente por ser el medio procedimental por el cual se concretizan remedialmente las razones de justicia. Siguiendo las afirmaciones de Alexy, el principio de interpretación también deriva de una ponderación entre el principio de seguridad jurídica y el principio de justicia, tal como también deriva la citada fórmula de Radbruch.

Véase de este modo, la “pretensión de corrección”, por un lado hace permisible la corrección moral del derecho positivo, mientras que la cláusula de Radbruch eleva necesariamente una orientación jurídica y moral, especialmente dirigida al juez, para que se abstenga de aplicar y provea la invalidez de normas en extremo injustas; en palabras de Brian Bix, normas que llevan a constituir un “sistema jurídico perverso”.⁷⁸

Empero, esa posibilidad de corrección no sólo lleva consigo la invalidez jurídica del derecho positivo, sino también y de manera necesaria, atento a la cualidad de principio jurídico formal de la interpretación conforme, a la posibilidad de su corrección mediante el saneamiento por vía de interpretación, pues la optimización de las razones institucionales también son relevantes para el Estado constitucional del derecho. Esto es, debe existir

⁷⁸ Bix, B., “El Radbruch de Alexy”, en Bix B., *Lenguaje, teoría y derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 54.

la posibilidad de que las deficiencias morales sean superadas en caso de ser racionalmente permisible, lo que acontecerá a partir de la instrumentalización de la interpretación conforme. De no existir esa posibilidad racional de interpretar la norma conforme a los postulados de justicia, habrá entonces que prevalecer la invalidez jurídica que postula la referida fórmula una vez alcanzada esa injusticia extrema.

Tal y como acertadamente lo sostiene Alexy, “el derecho es, al mismo tiempo, esencialmente autoritativo y esencialmente ideal”.⁷⁹ De esa manera, si bien los defectos sobre la dimensión ideal impactan sobre la validez del acto por ser defectos jurídicos, pero ello no lleva necesariamente a menoscarla de manera definitoria, pues además de que esos defectos morales deben alcanzar los niveles extremos, debe también existir la consiguiente posibilidad de que esos defectos puedan ser saneados mediante razonamientos morales, que como acertadamente lo refiere el citado autor, constituyen también “razones normativas”.⁸⁰ La dimensión autoritativa del derecho lleva necesariamente a que se optimicen esos resultados institucionales. “Un concepto no positivista del derecho tiene necesariamente que ser aplicado para proteger los derechos fundamentales del ciudadano”.⁸¹

Expresémoslo así: la capacidad de saneamiento constitucional por vía de armonización y corrección a partir de la interpretación conforme deriva de la “pretensión de corrección” del derecho, por lo que constituye por ende su máximo fundamento. Esa “pretensión de corrección” del derecho desemboca finalmente en la Constitución y en los tratados internacionales, dado el carácter institucional y autoritativo que éstos proyectan sobre la validez de los actos infraconstitucionales dentro del sistema jurídico al que pertenecen.

La interpretación conforme así concebida constituye un elemento instrumental para la corrección moral del derecho positivo. De ahí que las virtudes instrumentales y efectos materiales de la interpretación conforme hacia el sistema jurídico derivan necesariamente de las razones de justicia, o, mejor dicho, de las razones morales imbibidas en los principios jurídicos positivados constitucional o convencionalmente, o implícitos en ese bloque por su congruencia axiológica. Esencialmente, el “derecho defectuoso”⁸² será posible ser saneado a partir de las razones de justicia, en tanto cuanto son también razones normativas, y que acontecerá procedimentalmente por saneamiento vía interpretación conforme.

⁷⁹ Alexy, Robert, *El concepto y la... cit.*, p. 94.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 95.

⁸¹ *Idem*.

⁸² *Ibidem*, p. 69.

Es oportuno efectuar especial distinción sobre esta última afirmación: mi pretensión teórica en momento alguno estriba en pasar por alto y demeritar la eficacia metodológica que para la teoría de la justicia y el constitucionalismo contemporáneo tiene por ejemplo el principio de proporcionalidad, especialmente el subprincipio de ponderación, que permite aplicar al caso concreto los principios jurídicos, sino por el contrario, mi pretensión parte incluso de la necesaria aplicación de ese test que verifica la no arbitrariedad y el exceso, pues el ejercicio de la interpretación conforme puede ser previo o concomitante a ese argumento interpretativo.

Mi distinción realmente estriba en entender que al aplicar el principio de proporcionalidad o cualquier otra herramienta argumentativa; por ejemplo, el test de igualdad, si de su resultado derivan correcciones normativas, que son saneadas constitucional y convencionalmente, es porque instrumentalmente y de manera concomitante tuvo intervención e interacción necesaria la interpretación conforme. Es concebir que la corrección moral del derecho positivo se efectúa si bien no de manera única, pero de manera relevante a partir de la interpretación conforme, se tiene entonces presente que necesariamente participa esa directiva correctiva sobre todo saneamiento realizado sobre los defectos morales de un producto normativo al que formalmente no se le privó de validez.

En ese sentido, mi tesis es categórica, la concretización de la corrección moral del derecho positivo, a partir del *saneamiento constitucional normativo por armonización o corrección por vía de interpretación*, deriva de aplicar instrumentalmente la interpretación conforme *estricto sensu*, con independencia de que concomitantemente hayan sido aplicadas diversas herramientas argumentativas, como atañe con el referido principio de proporcionalidad. Se aplica el principio de proporcionalidad, sin embargo, dentro de este test se materializa la armonización o corrección normativa a través de la interpretación conforme.

Dworkin sostiene que “el juez antes de aplicar una norma jurídica debe sopesar la conformidad de la misma con los principios”,⁸³ pues “no basta con que la decisión judicial esté fundada en la norma, sino que es necesario que sea consistente con el sistema de principios”.⁸⁴ Zagrebelsky señala que “el juez sólo está vinculado a la ley si entiende que la solución aportada para el caso concreto es la más adecuada o justa desde el punto de vista constitucional, y de no ser así puede sortearla”.⁸⁵

⁸³ Dworkin, Ronald, *La justicia con...*, *cit.*, p. 58.

⁸⁴ Hierro, L., “El imperio y la crisis de la ley”, *Doxa*, 19, Alicante, 1996, p. 303.

⁸⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho...*, *cit.*, p. 134.

De ahí que el derecho positivo no sea un producto institucionalizado final, sino que debe ser optimizado conforme a valoraciones morales y las exigencias que brinde especialmente el caso concreto, según las posibilidades jurídicas y fácticas. El derecho positivo al ser perfectible eleva no sólo su posibilidad de corrección, sino que exige por razones de justicia a que ello acontezca previo a su aplicación o bien por optimización institucional, a la declaratoria formal de su invalidez.

Hay normas formalmente válidas, pero sustancialmente inválidas. La ciencia jurídica debe agotar su entendimiento meramente descriptivo, y optar por su capacidad crítica y correctiva del derecho. No sólo debe servir para superar y corregir las lagunas y contradicciones normativas, sino entender su posibilidad de corrección constitucional para aquellas que resulten moralmente injustas. La reforma constitucional en análisis ha brindado a través de la interpretación conforme el instrumento procedimental para alcanzar esa posibilidad de corrección de nuestro sistema jurídico constitucionalizado, al ser el elemento que por vía de interpretación sana las deficiencias constitucionales o convencionales.

4. La derrotabilidad de las normas jurídicas y su posibilidad de corrección a través de la interpretación conforme

Hasta ahora he sostenido que existe a partir de la “pretensión de corrección” la posibilidad de corrección moral del derecho positivo. Esa posibilidad de corrección, como antes dije, no sólo se efectúa con un carácter invalidante de las normas jurídicas injustas, sino con la búsqueda y posibilidad de saneamiento que acontece por vía interpretación conforme a las razones de justicia. La tesis es concluyente: el derecho positivo puede corregir sus falencias morales mediante su saneamiento por vía de interpretación; de no existir posibilidad racional para que acontezca ese saneamiento, es cuando vendrá la declaratoria de invalidez (inconstitucional o inconvencional) del derecho injusto.

La precisión anterior tiene relevancia, especialmente porque esa posibilidad de corrección moral del derecho positivo parte del presupuesto necesario de que las reglas jurídicas son jurídicamente “derrotables” por razones de justicia. Esa concepción de derrotabilidad es la que hace permisible que a partir de la interpretación de las disposiciones normativas puedan derivarse reformulaciones normativas, que se reconducen necesariamente como excepciones axiológicas, no sólo por la imprevisibilidad racional del legislador, sino ante su manifiesta y deliberada arbitrariedad en algunos de sus productos normativos.

El que exista la posibilidad de invalidar normativamente el derecho positivo por razones de justicia lleva a concebir como de posibilidad necesaria la corrección del derecho injusto. De la posibilidad de invalidez y corrección del derecho positivo en extremo injusto deriva su cualidad derrotable. El derecho positivo visto como producto institucionalizado es inacabado y, por ende, perfectible. Tal como lo sostiene García Figueroa: “el argumento de la injusticia se orienta a garantizar un umbral de corrección mínima en el ordenamiento, mientras que el argumento de los principios indica un horizonte ideal a cuya aproximación óptima queda vinculado el Derecho”.⁸⁶

Esta idea por lo menos es clara desde el constitucionalismo contemporáneo en clave no positivista, en tanto como se vio su concepción del derecho parte de la necesaria conexión entre la moral y el derecho. El derecho positivo no se puede aplicar aisladamente, como lo sostiene Figueroa, “no puede fragmentarse el discurso jurídico”,⁸⁷ y mucho menos cuando su aplicación resulta injusta. El derecho debe ser aplicado a partir de su congruencia axiológica, que parte de la posibilidad de su valoración mediante razonamientos morales. Atento a ello es por lo que una regla jurídica injusta admite previo a su anulación la posibilidad de que se verifique si puede en lo racional reformularse normativamente por vía de interpretación conforme hacia los postulados de justicia que adolece.

Las decisiones en el discurso jurídico se justifican moral y jurídicamente, porque ambas se constituyen en “entidades normativas”.⁸⁸ La fuerza normativa de la Constitución implica necesariamente la no “fragmentación del derecho positivo” del que nos habla García Figueroa,⁸⁹ en tanto las reglas jurídicas deben ser reconducidas a sus principios jurídicos. Las reglas no pueden ser resultado de una interpretación aislada, sino sistémica y conforme hacia sus postulados, atento a la “tesis de la eficacia irradiante” de la Constitución, “todas las reglas del sistema jurídico se encuentran impregnadas por las normas constitucionales”.⁹⁰

En ese sentido, cuando la injusticia de una norma jurídica *prima facie* se obtiene como resultado de un proceso interpretativo que prescindió de su armonización o corrección constitucional o convencional, del que deriva

⁸⁶ García Figueroa, Alfonso, “Neoconstitucionalismo y derrotabilidad. El derecho a través de los derechos”, en Bonorio Ramírez, Pablo Raúl (ed.), *Teoría del derecho y decisión judicial*, Bubok Publishing, 2010, p. 151.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 154.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 154 y 155.

⁹⁰ *Idem.*

una interpretación asistemática a las razones de justicia, lleva necesariamente consigo a que en su formulación exista un defecto racional en su justificación que amerite la posibilidad de su saneamiento normativo por vía de interpretación. Cuando el legislador no distingue las razones de justicia, lo debe hacer el juzgador mediante la integración al sistema jurídico de reglas de excepción (axiológicas).

Esas reglas de excepción se encuentran íntimamente vinculadas a la concepción de derrotabilidad de las reglas jurídicas. Para ello, Alexy sostenía la “tesis del caso especial”, según la cual “argumentar jurídicamente es siempre argumentar moralmente con ciertos límites institucionales”,⁹¹ que a concepción de Nino “presupone asumir la unidad o no fragmentación del discurso práctico.”⁹²

El que se interpreten de manera conforme las reglas jurídicas es por consecuencia de la posibilidad de corrección moral del derecho positivo, que implica no aplicar las reglas sin distingo; la juridicidad de ellas también deriva de su congruencia y compatibilidad moral. La tesis del caso especial e irradiante de la Constitución implican que se tenga en cuenta el razonamiento moral en la aplicación del derecho positivo, incluso con la posibilidad correctiva que es consecuente a la pretensión de corrección, que se materializa a través de la interpretación conforme.

El razonamiento moral lleva a que pueda derivar de la regla jurídica vista en abstracto, una excepción en su aplicación. Esas excepciones del derecho positivo a través de la integración al sistema por vía de interpretación nos colocan necesariamente en el discurso moral, porque no se puede derivar una regla de excepción sin implicar valoraciones a partir de principios jurídicos, y por ende de derechos humanos; éstos son los que a partir de su concretización dotan de contenido normativo a la propia excepción.

Sobre las reglas de excepción, es lo que MacCormick sostiene a partir de la derrotabilidad implícita y explícita de las reglas jurídicas. A su parecer, “la primera parte del supuesto de que la generalidad de las reglas jurídicas no contempla las excepciones que por razones de justicia deben imperar en el caso concreto”. El legislador no las reconoce normativamente y de manera previa, sino que el juzgador, a partir de la pretensión de corrección, que, como se vio, parte de la posibilidad de efectuar valoraciones morales sobre el derecho positivo, desprende de un caso concreto. Por lo que hace a las segundas, “es cuando el propio legislador contempla expresamente reglas de excepción normativas”. En este último caso, “la regla jurídica es derrotada

⁹¹ “La tesis del caso especial, Lifante”, Isabel (trad.), *Isegoría*, 21, 1999, p. 25.

⁹² Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 64.

por consideraciones normativas del propio legislador, mas no del juzgador en el caso concreto”.⁹³

Es de precisar que MacCormick sostiene que la derrotabilidad no tiene que ver con las reglas jurídicas, vistas como los productos normativos positivados, sino a partir de la interpretación específica que se realiza de ellas. A su parecer, esos resultados interpretativos preliminares son derrotados cuando se alegan “excepciones jurídicamente justificadas”. Afirmación que sin duda comparto a partir de la distinción de normas jurídicas *prima facie*,⁹⁴ eso es, precisamente lo que acontece cuando opera la interpretación conforme mediante acciones correctivas en las normas, resultado de la interpretación se desprende una excepción axiológica de la norma jurídica *prima facie* que se sana no sólo a partir de los postulados constitucionales o convencionales, sino especialmente a partir de valoraciones de justicia, en concreto de los principios jurídicos.

Incluso esa derrotabilidad de las normas jurídicas *prima facie*, vistas como primeros resultados interpretativos, superables, atentos a la racionalidad que exista y sea permisible para su propia corrección, es la que permite afianzar la tesis de universalidad que el propio MacCormick postula en su teoría del razonamiento jurídico a partir de sus criterios de “corrección”, de “consistencia”, “coherencia” y “posibles consecuencias de la decisión”. Esas reglas de excepción axiológica que derivan tras derrotar las interpretaciones normativas *prima facie* inconstitucionales son “particulares dentro de las universales, pero que a su vez se convierten en universales”, dado que la norma jurídica definitiva constitucional o convencionalmente saneada se convierte en un juicio universal que permite juzgar casos futuros de manera semejante, atento a ello y como prolijamente lo sostiene ese autor “los universales derrotables también son universales”.⁹⁵

⁹³ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning...*, *cit.*, p. 252.

⁹⁴ Los resultados interpretativos que derivan del primer proceso de interpretación de armonización y del segundo proceso de interpretación de corrección en la interpretación conforme tendrán la calidad *prima facie*. Visto ello bajo una calidad provisional de productos normativos. Esa cualidad no definitiva de resultados interpretativos, hasta en tanto no sea declarada, es lo que hace que el principio aristotélico de no contradicción no se flagele. El que de una sentencia derive de una misma disposición, normas jurídicas constitucionales, constitucionalmente saneadas y normas jurídicas inconstitucionales *prima facie*, no implica una contradicción lógica, aun cuando de la misma disposición normativa deriven dos atributos contrarios e incluso contradictorios. Ya que su calidad definitiva acontecerá hasta la declaratoria final del fallo, materialmente para que se excluyan las posibilidades contrarias y contradictorias, y formalmente para privarlas de validez jurídica.

⁹⁵ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning...*, *cit.*, p. 253.

Martínez Zorrilla señala que el concepto *prima facie* deriva de Ross, quien concibe a todos los “deberes morales como sujetos a condiciones de excepción implícitas o explícitas que la desaparecen para favorecer el cumplimiento de otro deber moral”,⁹⁶ suceso que se manifiesta a la luz de un caso concreto, en el que entran en conflicto deberes, en el cual uno es vencido dada la importancia del otro.

Partiendo de la antes citada distinción entre disposición y norma, la interpretación asignada resulta válida *prima facie* para cada norma mientras no existen razones de más peso que lleven a lo contrario. Bernal Pulido sostiene que el carácter *prima facie* “consiste en un análisis interpretativo de las disposiciones constitucionales, mediante el cual se persigue establecer si la norma o posición que resulta afectada por la intervención legislativa, puede considerarse como una parte del derecho fundamental que la respectiva disposición describe”.⁹⁷

Es así como el carácter *prima facie* de una disposición normativa se relaciona con el principio de derrotabilidad, pues la premisa fundamental de éste consiste en asumir que todas las reglas jurídicas son derrotables, en tanto están siempre sujetas a condiciones y excepciones implícitas. En este sentido, “la derrotabilidad de las disposiciones es entendida como la imposibilidad de comprender todas las condiciones necesarias a las que se debe incurrir para formular una excepción”.⁹⁸

La existencia de normas derrotables “solo podría ser negada en caso de que se admitiese un sistema jurídico cuyas normas fueran, sin excepciones, capaces de regular todas las situaciones de su aplicación”.⁹⁹ Todas las excepciones a las normas jurídicas estarían contenidas en las propias normas. “El sistema jurídico sería así un sistema axiomático completo y cerrado. Admitir la derrotabilidad de las normas jurídicas significa, por lo tanto, reconocer dos circunstancias importantes”:¹⁰⁰ la imposibilidad de existencia de sistemas jurídicos perfectos y de que toda norma jurídica permite la posibilidad de obtener lagunas axiológicas, según lo exijan las razones de justicia que derivan de las circunstancias del caso concreto.

⁹⁶ Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 216.

⁹⁷ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 247.

⁹⁸ García Yzaguirre, José Víctor, “La validez *prima facie* y el principio de derrotabilidad de las normas jurídicas”, *Dikaion*, vol. 21, núm. 2, julio-diciembre de 2012, p. 471.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 472.

¹⁰⁰ *Idem*.

La derrotabilidad es una “forma compleja de vaguedad”, y, en general, se sostiene que es una “forma de indeterminación semántica”. “La idea básica es que la derrotabilidad de un concepto o de una norma depende de una indeterminación del significado del concepto o norma derrotable”.¹⁰¹

El carácter *prima facie* no sólo participa al momento de interpretar la disposición referencial que servirá de parámetro y por la que se habrá de enjuiciar la disposición secundaria, sino al momento mismo en que la disposición normativa secundaria se interpreta, por lo menos, y con especial referencia, con el primer resultado interpretativo que nos dio una lectura inconstitucional o inconvenional.

Ello deriva así para dotar de contenido definitivo a la disposición enjuiciada, en el proceso intelectual de obtención de la norma jurídica; el principio constitucional, una vez concretizado normativamente, dirigirá ese proceso de intelección, y será el parámetro no sólo para anticipar sus posibles sentidos, sino para adecuar y corregir sus falencias, momento en el que el primer significado asignado con carácter *prima facie* será derrotado por el sentido axiológico que prevalezca. De hecho, el que se permita dar una lectura distinta a la norma que *prima facie* resultó inconstitucional deriva por su carácter derrotable.

No se puede hablar de derrotabilidad sin referirse a los principios jurídicos, pues ellos sirven como razones o como fundamento para la adscripción de una norma excepcional que derrotará a la regla general establecida por la legislación positiva. Los principios son los materiales que serán empleados en la justificación de la derrotabilidad. Hay dos características altamente relevantes para la derrotabilidad. “En primer lugar, los principios, a diferencia de las reglas, constituyen una institucionalización imperfecta de la moral, ya que solo establecen un propósito o un valor que debe ser perseguido, aunque en la mayor medida posible. En segundo lugar, los principios, en vista de su carácter axiológico, constituyen el fundamento de las reglas jurídicas”.¹⁰²

De acuerdo con Atienza y Ruiz Manero, “los principios constituyen una fuente justificadora de las reglas”,¹⁰³ así como el parámetro para establecer su significado, propósito y ámbito de aplicación; es decir, “son su

¹⁰¹ Pazos, María Inés, “Derrotabilidad sin indeterminación”, *Doxa, Revista de Filosofía Jurídica*, núm. 25, Alicante, 2002, p. 441.

¹⁰² García Yzaguirre, José Victor, “La validez *prima facie*...”, *cit.*, p. 479.

¹⁰³ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Para una teoría postpositivista del derecho*, Lima, Palestra, 2009, p. 234.

fundamento”.¹⁰⁴ Así como un “principio informa el porqué de una regla, también puede informar el porqué no de ella en un caso concreto”.¹⁰⁵

En efecto, en aquellos supuestos donde “las razones que motivan un determinado mandato no son aplicables a las características del caso concreto, y, al contrario, existen otras que orientan su no aplicación, se entiende que el principio que sustenta la no aplicación de las consecuencias jurídicas sirve para derrotar la regla”.¹⁰⁶ Como bien afirman dichos autores, “el derecho no está compuesto solo por reglas, sino también por los valores y propósitos explícitos o implícitos, a los que las reglas sirven. Esas mismas razones (permiten comprender) que las reglas pueden resultar derrotadas por consideraciones derivadas de los principios”.¹⁰⁷

Así, la derrotabilidad del derecho “opera como manifestación del control jurisdiccional de los actos normativos con el propósito de generar aplicaciones normativas razonables en aras de desterrar manifestaciones desproporcionadas en casos concretos”.¹⁰⁸ “La aplicación categórica y no hipotética de las proposiciones normativas, lejos de legitimar el ordenamiento jurídico, es fuente de potenciales desgracias, las cuales la judicatura puede y debe evitar mediante la argumentación jurídica”.¹⁰⁹

De esa manera, los conflictos entre reglas pueden ser resueltos, “o bien a través de la introducción de una cláusula de excepción en el supuesto de hecho de una de las reglas en colisión o bien a través de la declaración de invalidez de por lo menos una de las reglas en conflicto”.¹¹⁰ La interpretación conforme actúa dentro del ámbito de solución de la primera regla, en tanto la derrotabilidad de la norma jurídica *prima facie* inconstitucional permite el que acontezca su saneamiento constitucional y/o convencional por vía de interpretación.

Como lo sostiene García Figueroa, “la derrotabilidad responde a una exigencia de la razón práctica, porque nuestros juicios prácticos deben ser revisables para poder enfrentarnos satisfactoriamente a las particularidades de casos que no podemos prever”.¹¹¹ “La razón práctica no sólo sirve para

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 235.

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ García Yzaguirre, José Víctor, “La validez *prima facie*...”, *cit.*, p. 484.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 485.

¹¹⁰ Robert, Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 69.

¹¹¹ García Figueroa, Alfonso, “Neoconstitucionalismo...”, *cit.*, p. 154.

fundar la derrotabilidad de las normas; también es el instrumento para administrar la derrotabilidad”.¹¹²

La capacidad intrasistémica de saneamiento constitucional

Si la derrotabilidad responde a una exigencia de razón práctica, entonces debería llevarnos a concebir que la posibilidad de corrección y derrotabilidad de las reglas jurídicas trasciende para todo producto normativo institucionalizado, incluyendo las reglas jurídicas constitucionales o convencionales, pues éstas también están sometidas a la razón práctica en general. Esto me lleva afirmar algo que no me dará oportunidad de justificar con mayor detalle en estos momentos, pero que es importante tener presente, si pueden existir normas jurídicas constitucionales o convencionales inconstitucionales o inconventionales;¹¹³ en concreto, sobre aquellas reglas jurídicas que establezcan restricciones a derechos fundamentales, pero también sobre ellas debe primar la consiguiente posibilidad de corrección vía interpretación conforme, a través de su capacidad de saneamiento intrasistémico.¹¹⁴

Aunque es de precisar que para esa posibilidad de corrección deben conjugarse no sólo las interpretaciones conformes en análisis, sino también el principio a favor de la persona previsto también en ese segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. De esas tres directivas conjugadas se obtiene

¹¹² *Ibidem*, p. 162.

¹¹³ Bachof expresamente sostiene que “una norma constitucional puede ser también inconstitucional por la infracción del derecho constitucional escrito (formal)”, y también “inconstitucional por la infracción del derecho constitucional material no escrito”. Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Palestra Editores, 2010, pp. 70 y 85.

¹¹⁴ Sobre esta capacidad intrasistémica de la interpretación conforme poco se ha explorado, incluso no sólo en concebir que las acciones de saneamiento constitucional acontecen a través de dicha directiva interpretativa, sino en contemplar la posibilidad de que correctivamente puedan ser saneadas las contradicciones internas del propio texto constitucional. Especial relevancia tiene ello, pues considerar que la interpretación conforme pueda actuar correctivamente hacia el interior de la Constitución, es asumir, como lo dije, la postura de que pueden existir ese tipo de contradicciones internas, y derivado de su existencia, que existe la posibilidad de su corrección moral por vía de interpretación.

Me refiero a una posibilidad de corrección normativa restringida, no de la totalidad de las normas jurídicas que contempla y derivan de la interpretación del texto constitucional, sino en específico de aquellas reglas constitucionales o convencionales que concretizan principios jurídicos a partir de restricciones desproporcionadas a derechos fundamentales, respecto de los cuales el principio de interpretación de unidad a la Constitución o alguna otra directiva interpretativa constitucional es insuficiente para superar sus incompatibilidades e incongruencias.

tanto la posibilidad como la obligación correctiva intrasistémica de sanear internamente los postulados constitucionales y convencionales. Esto es, su conjugación genera la máxima que posibilita la corrección moral de cualquier producto normativo que resulte contradictorio con los postulados de justicia, con independencia de su fuente y rango.

Lo relevante de esa reforma constitucional es que hoy en día el verdadero sentido y alcance que debe primar para el principio de supremacía constitucional es el que la prevalencia normativa y axiológica acontezca a partir de las normas jurídicas de derechos humanos, con independencia de la fuente normativa constitucional o convencional de la que deriven, pues ambas por su contenido material de salvaguarda son supremas. El postulado de justicia se impone como parámetro de validez e interpretación de la totalidad de las producciones normativas autoritativas, incluyendo las constitucionales, convencionales, infraconstitucionales o infraconvencionales.

De esa manera, esa conjugación de directivas interpretativas, su eficacia se proyecta sobre la totalidad de los actos institucionalizados, incluyendo los documentos normativos del mayor rango, cuando respecto a sus normas con estructura de reglas jurídicas son desproporcionadas las restricciones al goce de esos derechos.

Dicho de otro modo: intrasistémicamente, vía interpretación conforme es dable sanear correctivamente las incompatibilidades e incongruencias al interior de la propia Constitución, así como al interior de los propios tratados, sirviendo como parámetro de validez e interpretación para la Constitución, tanto ella misma como los tratados internacionales, y para los tratados, esos mismos tratados, como los contenidos constitucionales. Mientras que de manera extrasistémica, ambos documentos normativos, por su calidad y rango constitucional homogéneo, incluso ambos amigablemente se pueden constituir en parámetros de validez e interpretación según se trate del proceso interpretativo de armonización o corrección que se efectúe sobre la norma jurídica inconstitucional *prima facie*. Dicho de otro modo: ambos se constituyen en parámetro de regularidad constitucional y convencional.

Atento a lo expuesto, esa singular previsión constitucional dispone entre tantas cosas, además de una regla interna (ordenamiento jurídico) y externa (sistema jurídico) de corrección normativa por vía de interpretación, una regla de selección del parámetro de interpretación y validez (Constitución o tratados), a partir de la prevalencia del documento normativo (constitucional/convencional) que resulte más favorable para el gobernado, con independencia de su fuente.

IV. CONCLUSIONES

La interpretación conforme es más que una simple directiva interpretativa, es un principio jurídico formal que optimiza la validez e institucionalidad del derecho positivo a partir del saneamiento de sus deficiencias morales. La optimización del Estado constitucional del derecho es lo que constituye el objeto de la interpretación conforme cuando interactúa en su calidad de principio jurídico formal, que tiene como fin optimizar las decisiones institucionalizadas moralmente defectuosas, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.

La previsión constitucional de que las normas relativas a los derechos humanos se interpreten de manera conforme articuló nuestro Estado constitucional de derecho bajo clave no positivista, concibiendo la derrotabilidad del derecho positivo con la consiguiente posibilidad de corrección de sus defectos morales.

El que exista posibilidad de que sean saneadas correctivamente por vía de interpretación conforme las normas jurídicas *prima facie* moralmente defectuosas deriva de la posibilidad de corrección moral del derecho positivo y de la pretensión de corrección como propiedad esencial y valorativa de la naturaleza del derecho.

Esa pretensión de corrección imbibita en el texto constitucional llevó consigo no sólo la posibilidad de efectuar valoraciones morales al analizar la juridicidad de las normas infraconstitucionales, sino implicó la necesidad de hacerlo cuando las razones de justicia lo exigen.

Lo expresado así lleva a concebir atentos a la idealidad del legislador racional, que la reforma constitucional en análisis previó como necesario el saneamiento constitucional o convencional del derecho positivo defectuoso, y que ello acontezca con especial referencia a través de la interpretación conforme.

Así, México, mediante esa reforma constitucional, sentó normativamente las bases institucionales para neutralizar una objeción de antaño, aquella que ha existido entre el derecho y la moral. De ese acto legislativo supremo existe una pretensión constitucional objetivamente reconocible, en entender como inescindible al derecho de la moral. Para nuestro sistema jurídico, las razones de justicia son la base necesaria para que se concrete el discurso jurídico de protección a los derechos humanos.

La implementación normativa del segundo párrafo del artículo 1o. constitucional trajo consigo algo más que la constitucionalización normati-

va de la interpretación conforme: trajo consigo un efecto de preeminencia normativa de los principios jurídicos. De ello deriva una regla constitucional categórica de que el derecho positivo se interprete de manera conforme a los principios jurídicos, y que sus defectos morales se saneen a partir de las razones de justicia.

... favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

PRO PERSONA: PRIMACÍA JURÍDICA DE LA HUMANIDAD

Hugo S. RAMÍREZ-GARCÍA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El principio pro persona: notas básicas.*
III. *Principio pro persona: tres lecturas a propósito de su sentido y fundamento.* IV. *Consideraciones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

No resulta exagerado afirmar que a partir de la segunda mitad del siglo XX la experiencia jurídica en su conjunto se ha transformado a causa del reconocimiento de los derechos humanos. Por ejemplo, en los procesos dentro de los cuales se realiza su adjudicación se han adoptado principios que informan tanto la interpretación de las normas en esta materia como su aplicación. Entre tales principios se ha destacado de forma relevante el principio pro persona.¹ En su formulación más simple, tal principio señala que ante la hipótesis de concurrencia de normas, o sus respectivas interpretaciones, habrá de preferirse aquella cuya aplicación tenga como resultado la producción de un estado de cosas más favorable para el titular del derecho en cuestión.

El conocimiento sobre el sentido de este principio es fundamental, porque cuenta con el potencial de orientar la práctica jurídica al bien de la persona. En todo caso, hemos de ser conscientes de que una comprensión deficiente del mismo aumenta el riesgo de obstaculizar su aprovechamiento óptimo, y en el peor de los casos de desvirtuarlo. En este punto cabe recor-

* Profesor-investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Investigador nacional, nivel II, del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt.

¹ En algunos contextos también se denomina principio *pro homine*.

dar la advertencia formulada por Andrés Ollero en torno a los riesgos que corre la utopía de los derechos humanos cuando es atrapada por tópicos que frenan su capacidad de transformación de la sociedad en espacios de respeto auténtico para todo ser humano.² Lo mismo podría suceder en la práctica del principio pro persona si se escatiman esfuerzos para conocer cuál es su fundamento y finalidad última. Teniendo en cuenta lo anterior, la cuestión central de este capítulo apunta hacia el sentido del principio pro persona partiendo de la siguiente pregunta: ¿en dónde se localiza la justificación radical de su validez?

Teniendo esto en cuenta, el itinerario de mi reflexión comienza con algunas notas descriptivas del principio pro persona, con el afán de ubicar el contexto de mi exposición. En segundo lugar, describiré un par de aproximaciones teóricas al principio pro persona que han intentado revelar su función en el marco del discurso y la práctica contemporáneos de los derechos humanos. En un tercer apartado, apoyándome en el pensamiento de Jesús Ballesteros, defenderé la tesis siguiente: el sentido del principio pro persona queda expuesto con mayor claridad cuando emprendemos su lectura acompañados de las luces que aporta la antropología jurídica.

II. EL PRINCIPIO PRO PERSONA: NOTAS BÁSICAS

Quisiera comenzar identificando un par de situaciones concretas en las que el principio pro persona tiene aplicación práctica: a) por un lado, la *preferencia normativa*³ donde, ante un escenario de concurrencia de normas, se establece como deber la selección de la más favorable, o bien la menos restrictiva para el goce efectivo de los derechos, y b) por su parte, en la denominada *preferencia hermenéutica*,⁴ ante varias interpretaciones posibles que dan como resultado la identificación de significados, contenidos y alcances múltiples para una determinada norma relativa a los derechos humanos se establece el mandato para que el operador jurídico elija la alternativa más favorable para el titular del derecho en cuestión.

Como puede observarse, con su aplicación práctica el principio pro persona introduce una interpretación de la norma positiva orientada al bien, admitiendo que el lenguaje con el que ha sido formulada no siempre será

² Ollero, Andrés, “Los derechos humanos entre el tópico y la utopía”, en Saldaña, J. (ed.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, México, UNAM, 1997, p. 180.

³ Castilla, Karlos, “El principio pro persona en la administración de justicia”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 20, 2009, p. 71.

⁴ *Ibidem*, p. 72.

lo suficientemente adecuado, o lo suficientemente claro para actualizarlo. Frente a esta realidad, corresponde al intérprete y aplicador ordenar las posibilidades y elegir la mejor opción.

Dicho lo anterior, coincido con aquellos autores que han identificado en las denominadas “cláusulas de favorabilidad” un antecedente jurídico del principio pro persona.⁵ Las cláusulas de favorabilidad son pautas que sugieren un sentido en la interpretación de ciertas normas, considerando el hecho de que su aplicación no puede ser ajena a la situación fáctica en la que se encuentran sus destinatarios, situación que por la naturaleza del lenguaje jurídico puede escapar al redactor de la ley. Así, con fundamento en una atención más profunda y concentrada sobre la realidad, la cláusula de favorabilidad busca proteger a la parte más débil o vulnerable en una relación jurídica. Son ejemplos típicos de cláusulas de favorabilidad las pautas *in dubio pro reo*; *favor libertatis*; *in dubio pro operario*, etcétera.

El principio pro persona, a semejanza de las cláusulas de favorabilidad, pretende la realización de un bien salvaguardado en una norma, autorizando el ajuste de su aplicación a las peculiaridades específicas de la realidad implicada en el caso concreto. Así, en tanto criterio de racionalidad, el principio pro persona legitima que la aplicación estricta de tal norma ceda espacio para tener en cuenta aquellos datos específicos que revelan la debilidad o vulnerabilidad de alguna de las partes. El principio pro persona y las cláusulas de favorabilidad están conectadas por su igual vocación hacia la *epiqueya*, ya que operan gracias a la distinción de los casos que rebasan el discurso general incluido en la ley.

Por otro lado, resulta importante señalar que varios instrumentos internacionales en la materia de derechos humanos han incorporado directrices que tienen como efecto la adopción del principio pro persona, con el propósito de generar una salvaguarda efectiva y garantía mínima para tales derechos.⁶ Ejemplos emblemáticos pueden encontrarse tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En efecto, dentro de ambos instrumentos se establecen salvaguardas, e incluso prohibiciones dirigidas a inhibir actos que tengan como resultado tanto la eliminación o anulación de cualquiera de los derechos y libertades en ellos reconocidos. Gracias a estas cláusulas, los Estados parte admiten que un bien sustantivo justifica la

⁵ Nogueira, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, 2003, p. 76.

⁶ Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas, 1987, p. 84.

vigencia y eficacia de la norma convencional, de tal manera que las interpretaciones o aplicaciones que tengan como consecuencia la vulneración de tal bien deben tenerse como no jurídicas.

Por supuesto, vale la pena apuntar que uno de los rasgos más destacados del principio pro persona es su formulación y desarrollo en sede judicial. En este sentido, si bien el principio pro persona ha sido incorporado en documentos jurídico-positivos como el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,⁷ su formulación conceptual y más originario empleo como criterio hermenéutico vinculante en materia de derechos humanos se localiza en la opinión separada dentro de la opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, desahogada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y postulada por el juez Rodolfo Piza Escalante. En esa oportunidad fue reconocida la existencia de un criterio fundamental y vinculante de interpretación para las normas que recogen derechos humanos, derivado de su propia naturaleza. Así, cuando tales normas sean aplicadas, se debe optar por el resultado hermenéutico más extenso cuando se trata de definir las condiciones jurídicas de su goce, y por la conclusión normativa más restringida cuando el caso implica la limitación de su ejercicio.

Esta pieza jurídica postula una tesis de gran calado, a saber: si el derecho de los derechos humanos es una manifestación normativa del respeto que exige la persona con fundamento en su dignidad, entonces su sentido práctico apunta hacia una moral de máximos y no de mínimos. De tal forma que el imperativo eje de esta moral obliga al mayor respeto posible para la persona, de forma incondicional, así como a buscar el incremento permanente del desarrollo y bienestar para el titular de los derechos humanos.

En un contexto que culturalmente renuncia al bien como insumo primario de racionalidad, la comprensión adecuada del principio pro persona se torna difícil; más todavía cuando se insiste en que lo jurídico se define como la moral de mínimos por antonomasia.⁸ Por lo anterior, vale la pena ahondar en el sentido del principio pro persona, es decir, en las razones so-

⁷ El referido artículo establece textualmente: “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”.

⁸ Un ejemplo elocuente de lo anterior se encuentra en el pensamiento de Herbert Hart, quien sostiene que las coincidencias deónticas entre derecho y moral no se manifiestan como prestaciones activas, sino en prohibiciones. Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 240.

bre las que se fundamenta validez, lo cual será el objetivo de las reflexiones que a continuación se exponen.

III. PRINCIPIO PRO PERSONA: TRES LECTURAS A PROPÓSITO DE SU SENTIDO Y FUNDAMENTO

A la pregunta acerca de la finalidad que justifica la validez del principio pro persona se han propuesto varias respuestas. Cada una pondrá peculiar énfasis en algún aspecto que revela aquello que podemos esperar por su cumplimiento: la dotación de orden al tráfico jurídico complejo que acompaña al reconocimiento de los derechos humanos; el control sustantivo del poder; la realización óptima de los intereses fundamentales del ser humano. Veamos con mayor detalle cada una de estas alternativas.

1. *Pro persona y problemas lógicos del tráfico jurídico en materia de derechos humanos*

Comenzaré con una perspectiva para la que el fenómeno de la pluralidad de fuentes que alimentan al derecho de los derechos humanos es el causante que justifica la validez del principio pro persona. Dicho con otros términos, la necesidad de su aplicación está en la búsqueda de criterios que faciliten, en el marco de un proceso de adjudicación, la elección de normas o de sus posibles interpretaciones, ante el problema de la pluralidad de fuentes a la que está expuesto el operador jurídico cuando tiene ante sí una cuestión relativa a los derechos humanos.

Para ahondar un poco más en este enfoque, acudo a la opinión que al respecto ha postulado la profesora Mónica Pinto. En un artículo de su autoría, titulado “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, explica que tal principio ha sido la respuesta a un sinnúmero de problemas provocados por la aplicación del derecho de los derechos humanos, que a lo largo de las últimas décadas se ha construido por normas internacionales bajo la forma de declaraciones, o de resoluciones de organismos internacionales, o de tratados con fórmulas susceptibles de generar el consentimiento de la mayoría de los Estados, etcetera, y por normas internas o locales, que en más de una ocasión se superponen en el tratamiento de cuestiones que presentan aspectos análogos.⁹

⁹ Pinto, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregu, Martín (coord.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1997, p. 163.

Es decir, el principio pro persona tiene como función primigenia la de dotar de orden al creciente tráfico jurídico en materia de derechos humanos, garantizando la coherencia formal de un sistema que, por el origen peculiar y estructura interna de sus normas, puede manifestar problemas de carácter lógico.

Así, según este enfoque, el principio pro persona es una norma de integración que, desde un punto de vista teleológico, garantizaría la seguridad jurídica en las operaciones de adjudicación de derechos humanos.

A mi juicio, esta aproximación al sentido del principio pro persona revela un aspecto relevante, que se centra en el énfasis con el que admite la presencia de una rica comunicación normativa que se da entre el derecho local o interno y el derecho internacional, a fin de resolver problemas de adjudicación de derechos humanos. Con ello, abre la puerta al reconocimiento de la presencia de un solo derecho por razón de sus objetivos o fines (monismo jurídico), y no de dos sistemas normativos diversos y separados en razón de los peculiares criterios formales que dotan de validez a las normas que los componen (dualismo jurídico).

No obstante lo anterior, me parece que la mayor desventaja de esta línea de interpretación sobre el principio pro persona radica en su alta dependencia respecto de la formulación positiva del mismo. En efecto, si el principio pro persona comparte la misma finalidad de otras pautas con las que se resuelven casos de concurso de normas, entonces compartiría similares cuestionamientos en torno a su validez, ya que su capacidad para resolver casos de concurso de normas reposaría, fundamentalmente, en que así han sido establecidos por una norma positiva. Como explica Ricardo Caracciolo: respecto de principios como “ley superior deroga la inferior”, cabe preguntarse: ¿cuáles serían las razones que justifican la aceptación de esos principios y no otros, incluyendo los que podrían resultar de su inversión? Ante la ausencia de una respuesta satisfactoria que permita identificar que en todos los casos similares la ley jerárquicamente superior es auténticamente preferible a la inferior, se sigue que si estas pautas no se encuentran normativamente formuladas en el sistema, no existe ninguna razón para que el conflicto no se solucione de otra manera.¹⁰

De esta forma, para tal perspectiva la validez del principio pro persona se encuentra supeditada a su positivación; luego, los derechos humanos, por sí mismos, no generan la exigencia de interpretación normativa orientada a dotar de mayores bienes en favor de su titular. En consecuencia, si el prin-

¹⁰ Caracciolo, Ricardo, *La noción de sistema en la teoría del derecho*, México, Fontamara, 1999, p. 22.

cipio pro persona no se encuentra recogido en una norma positiva, se mantendrían los criterios estrictamente formales para la solución de problemas de concurrencia de normas en materia de derechos humanos.

Más aún, llevando al extremo esta postura, podría resultar que si no hay normas concurrentes; esto es, una más protectora y otra menos protectora de un derecho humano, no hay aplicación del principio pro persona. O sea, si acaso nos encontramos con una norma que brinda una pobre protección de los derechos, que no puede ser contrastada con otra, el principio no opera, y, por lo tanto, no se logra el propósito de optimizar el bien inherente a aquéllos.

2. *El principio pro persona como medio de control del poder*

Recientemente en México ha sido expuesto un enfoque respecto del principio pro persona, que busca evidenciar su valor político. Fernando Silva García, uno de los principales promotores de esta aproximación, sostiene que el principio pro persona

...Es una norma jurídica que tendría que ser reconocida como un mecanismo de control de poder (como una garantía) que permite que la democracia sustantiva prevalezca en caso de conflicto frente a la democracia formal... En ese sentido, el principio pro homine tendría que ser visto, en forma muy similar a una cláusula de intangibilidad como un mecanismo que tiende a reforzar la rigidez de la constitución.¹¹

Atendiendo a los conceptos empleados en la cita, me parece claro que el marco teórico y filosófico de tal descripción es el garantismo jurídico. A continuación, reconstruyo algunas de las tesis asociadas a esta postura que podrán ser útiles para comprender mejor qué significa que el principio pro persona sea una herramienta para controlar el poder.

En la base de la teoría general del garantismo se arraiga una convicción pesimista del poder: de éste, afirma Luigi Ferrajoli, hay que esperar siempre un potencial abuso, que es preciso neutralizar.¹² Con este punto de partida, lo jurídico es descrito como un sistema normativo que establece límites al poder; concretamente: un *sistema artificial de garantías*.

¹¹ Silva, Fernando y Sámano, José, “Principio pro homine vs restricciones constitucionales: ¿es posible constitucionalizar el autoritarismo?”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 37, 2014, pp. 246 y 247.

¹² Ferrajoli, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, *Jueces para la Democracia*, núm. 16/17, 1992.

Por otro lado, en este contexto los derechos fundamentales tienen un papel protagónico, pues representan la traducción técnico-jurídica de una decisión política con la cual se imponen límites al ejercicio del poder, tanto en el espacio público como en el privado. En palabras del Ferrajoli:

Los derechos fundamentales... vienen a configurarse como... vínculos sustanciales, normativamente impuestos tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado. La forma universal, inalienable, indisponible y constitucional de estos derechos se revela como la técnica prevista para la tutela de todo aquello que en el pacto constitucional se ha considerado fundamental.¹³

Asimismo, es importante destacar que dentro del esquema garantista, las instituciones jurídicas tienen una vocación primordialmente política, de tal forma que la judicatura es descrita como una función de garantía, cuya legitimidad está vinculada al cumplimiento de la norma constitucional, particularmente de los derechos fundamentales.¹⁴ Para lograr tal cometido, la función judicial cuenta con diversos mecanismos, como su independencia respecto de otros poderes a los que está llamada a controlar. Precisamente, dentro de tal conjunto de realidades con las que la judicatura controla al poder y custodia las decisiones fundamentales de la democracia sustantiva se encuentra el principio pro persona; empleando la nomenclatura asociada al garantismo jurídico, nuestro principio formaría parte del entramado institucional con el que se configuran las denominadas garantías secundarias.

Si bien no comparto la desconfianza radical y sistemática que caracteriza al garantismo respecto del ejercicio del poder, creo que representa un acierto definir claramente sus límites para evitar y contrarrestar situaciones de arbitrariedad: el derecho juega un papel fundamental en esta tarea, como tendremos ocasión de ver posteriormente. No obstante lo anterior, esta perspectiva manifiesta importantes debilidades cuando sostiene que aquello que debemos esperar de la aplicación del principio pro persona es un eficiente ejercicio de control del poder, sobre todo porque se obstaculiza el logro de la capacidad de humanización de lo jurídico a la que, en mi opinión, está llamado el principio pro persona.

Lo afirmado se acredita cuando consideramos que, bajo la óptica del garantismo, el principio pro persona gira en la órbita de los derechos fundamentales, y su alcance está condicionado por lo que tales derechos significan

¹³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley de más débil*, Madrid, Trotta, 2001, p. 51.

¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010, p. 26.

realmente. Recordemos que los derechos fundamentales son, según Luigi Ferrajoli,

aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas; entendiendo por derechos subjetivos cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica y por *status* la condición de sujeto prevista asimismo por una norma positiva.¹⁵

De lo anterior se sigue que el principio pro persona sólo es relevante para salvaguardar el contenido de una decisión política que ha tomado la forma de una norma positiva; ésta, a pesar de ser constitucional, no deja de ser contingente ya que su fundamento reposa en un consenso que siempre puede mudar. En este punto, el garantismo y su visión del principio pro persona no logran separarse de la tesis kelseniana que describe al escepticismo filosófico y al relativismo ético como condiciones de posibilidad de la democracia, reducida a regla de la mayoría:

Sólo si no existe el bien absoluto, indica Kelsen, puede justificarse el legislar, es decir, el determinar los contenidos del ordenamiento jurídico, no ya según lo objetivamente mejor para los individuos, sino según lo que estos individuos, en su mayoría por lo menos, creen, con razón o sin ella, qué es lo mejor, lo cual es consecuencia del principio democrático de libertad e igualdad.¹⁶

Bajo esta perspectiva, por lo tanto, la puesta en práctica del principio pro persona poco tiene que ver con la búsqueda y actualización de la verdad ontológica sobre bien humano, y en consecuencia se torna indiferente respecto del *quid ius*.

Adicionalmente, la lectura garantista compromete la capacidad incluyente del principio pro persona, ya que la universalidad de los derechos fundamentales se equipara a la generalidad de la norma jurídica: es decir, ligado a los derechos fundamentales, el principio pro persona sólo opera a favor de aquellos sujetos a los que el legislador, a través de la norma jurídica positiva, les atribuye el estatus de persona y titular de los derechos.¹⁷

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley de más débil...*, cit., p. 37.

¹⁶ Kelsen, Hans, *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1993, p. 123.

¹⁷ En la actualidad, y como consecuencia del amplio influjo que ha tenido la revisión del concepto persona (el denominado personismo) sobre la producción normativa y la interpretación jurídica, no faltan ejemplos de exclusión sobre individuos de la especie humana que no son considerados personas y por tanto negada su carácter de titulares de los derechos humanos, en razón de la construcción lingüística de una ley, o bien en razón de su interpreta-

3. *Pro persona: primacía jurídica de la humanidad*

Hasta ahora hemos hecho un recorrido puntual por dos lecturas acerca de la finalidad del principio pro persona. Ambas, a mi juicio, inadvierten aquello que realmente le dota de sentido, y ello a causa de las premisas con las cuales emprenden sus respectivos ejercicios hermenéuticos. Resultados diferentes se pueden obtener si tales premisas son sustituidas por otras de matriz antropológica. Es lo que haré a continuación apoyándome en el pensamiento de Jesús Ballesteros. Quisiera comenzar con una afirmación postulada por el profesor Ballesteros en *Sobre el sentido del derecho*: “la antropología filosófica, el conocimiento de los caracteres existenciales del ser del hombre, constituye el punto de partida necesario para la pregunta acerca del sentido o sinsentido del derecho en la vida”.¹⁸

En estas líneas queda claramente asentada la que considero como la ruta adecuada para dar respuesta a la cuestión clave de la filosofía del derecho, a saber: ¿cuál es la causa radical de su existencia?, y, en consecuencia, ¿cuál es la fuente de justificación última de validez para las normas que lo integran?

Así, se nos advierte que la viabilidad misma de la reflexión filosófica sobre el derecho depende de esta asociación, ya que las tesis parciales y reduccionistas cometen el error epistemológico de obviar los datos que singularizan al ser humano en el momento de pensar la génesis del derecho.

Asentada la importancia que tiene el dato antropológico para la filosofía jurídica, en la reflexión de Jesús Ballesteros ese dato sería el de la alteridad. Es decir, la existencia realmente humana se manifiesta ahí donde el sujeto experimenta la alteridad. Es decir, cuando recibe ayuda y asistencia de otros para lograr el propio florecimiento, así como cuando actúa siendo consciente de la relevancia de sus actos en la existencia de sus semejantes; en definitiva, apertura existencial a la realidad.¹⁹ Dicho con otras palabras: la alteridad significa que la existencia del ser humano es condición de posi-

ción; considero un ejemplo de lo anterior la sentencia que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos al conocido como *caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Un recuento sobre el debate que ha suscitado la revisión del concepto “persona” y sus efectos prácticos se encuentra en Burgos, Juan, “Persona versus ser humano: un análisis del esquema argumentativo básico del debate”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XIX, núm. 3, septiembre-diciembre de 2008.

¹⁸ Ballesteros, Jesús, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 123.

¹⁹ Las tesis antropológicas del profesor Ballesteros están inspiradas en las reflexiones de Heidegger, para quien existir, estar presente: *Dasein*, consiste en *Ex-sistenz*: estar no en sí, sino en el ser. Ballesteros, Jesús, *op. cit.*, p. 124.

bilidad del bien para otros seres humanos: esta es la raíz antropológica de la interdependencia y la complementariedad y, claro, la justicia.²⁰

El siguiente paso es saber cómo se explica la presencia del derecho en la existencia humana atendiendo a la tesis antropológica previamente expuesta. La clave que nos ofrece el profesor Ballesteros está en el reconocimiento de que la apertura existencial a la alteridad, como verdad del ser humano, no es un dato teórico, sino que es un motivo radical para la acción. De esta manera, el derecho justifica su existencia, y encuentra la causa de validez última de las normas que lo componen cuando motiva autoritativamente (con las garantías de la coactividad) la realización de conductas con las que se respeta, incondicionalmente, al otro. Con otros términos, la existencia de lo jurídico se justifica si contribuye a cerrar la brecha entre el plano ontológico del existir humano y su concreción óptica, o, si se prefiere, histórica, mediante actos libres de respeto y cuidado de los semejantes.²¹

Esto vale para la experiencia jurídica como un todo, y con mayor razón para la directamente asociada a los derechos humanos. En efecto, una justicia con base en la alteridad es más intensa debido al carácter universal de aquéllos. Como todos sabemos, la universalidad de los derechos se predica principalmente respecto de la titularidad: todos los seres humanos son titulares de todos los derechos. Aquí, el profesor Ballesteros da un paso más, y propone la noción de “conciencia de universalidad”: se trata de una realidad moral basada en el reconocimiento de la paridad ontológica entre el yo y el otro, en pos de la fidelidad de las acciones, en cuanto que son relevantes para alcanzar el bien humano.²²

Tal interpretación de la universalidad, como conciencia moral radical, nos muestra a los derechos como realidades mancomunadas. Con ellos se

²⁰ A semejantes tesis ha llegado Alasdair MacIntyre cuando afirma: “El cuidado de los demás desempeña un papel fundamental para mantener la vida en común... El ser humano puede desestimar este hecho o puede ocultárselo a sí mismo, imaginándose como una persona lockeana o una mente cartesiana o incluso como un alma platónica; pero también, tiene la posibilidad de entender su identidad (dependiente) a través del tiempo, desde la concepción hasta la muerte, y entender con ello su necesidad de contar con el cuidado de otras personas en diferentes etapas de la vida pasada y futura. Es decir, sabe que ha recibido atención y cuidado, y sabe que se espera que a su vez preste esos cuidados de vez en cuando; y sabe que habiéndose ocupado de cuidar a otros, tendrá necesidad, también de vez en cuando, de que los demás le cuiden”. MacIntyre, Alasdair, *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 100 y 101.

²¹ El núcleo del fin del derecho, de su practicidad, se formula, según nuestro autor, como: “el respeto universal al otro, la vieja idea de *humanitas*, que reaparece en Kant: la exigencia de tratar al otro siempre como fin y nunca como medio, (lo cual se concreta): en la exclusión de la discriminación... y de la violencia, en sus diversas formas”. Ballesteros, Jesús, *op. cit.*, p. 128.

²² *Ibidem*, p. 111.

integra y robustece una tupida red de reciprocidades, cuyo objeto es el respeto y la concreción del bien, de tal manera que la fuerza de los derechos dependerá de la fuerza de esta red. Siendo plenamente consciente de todo esto, el profesor Ballesteros advierte, de manera constante, acerca de los peligros que acechan a esta *moral genuina*, y nos invita a reconocer que lo jurídico debe asumir aquí una importante función: la de auxiliar al ser humano a mantener lealmente una fidelidad duradera respecto al hecho de ser condición de posibilidad del bien de otros.²³

Haciendo acopio de ideas, contamos con mejores claves para comprender la justificación de la existencia y aplicación del principio pro persona, el cual, recordemos brevemente, establece el mandato de elegir la norma o su interpretación que tenga como resultado la producción de un estado de cosas más favorable para el titular de un derecho humano.

En primer lugar, la aplicación del principio pro persona representa un interesante episodio de rehabilitación de la razón práctica, ya que genera un fuerte incentivo para incrementar el conocimiento sobre el bien humano, y la mejor manera de orientar la conducta hacia su obtención; es decir, el principio pro persona no podría ser imperativo si antes y al mismo tiempo no estuviera cognoscitivamente abierto al ser. Dicho con Carlos Massini, “no sería la medida del obrar, si no recibiese antes y al mismo tiempo su medida de la realidad objetiva...; de aquello que el hombre es y de las concretas circunstancias en las que debe poner su acto libre y racional”.²⁴

Por otro lado, el mandato del principio pro persona fomenta la concreción de la universalidad de los derechos en cuanto a la intensidad del respeto a la dignidad de la persona. Lo hace admitiendo que el discurso normativo es imperfecto y no agota las formas en las que puede realizarse el bien humano. También lo hace exigiendo al operador jurídico encargado de aplicar la norma de derechos humanos, que en cada caso ponga suficiente atención en las específicas situaciones vitales que manifiesta su titular. Con ello, el principio pro persona puede resultar de gran relevancia para el desarrollo del denominado por la profesora Encarnación Fernández como “proceso de especificación de los derechos humanos”: conectando las exigencias abstractas de respeto, con las situaciones particulares de las personas que pueden requerir un tratamiento especial.²⁵

Finalmente, en su significado antropológico más profundo, el principio pro persona también nos llama a ser fieles y leales en el esfuerzo por “abrir

²³ *Ibidem*, p. 131.

²⁴ Massini, Carlos, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984, p. 182.

²⁵ Fernández, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 51.

la cotidiana tópica jurídica... en una utopía atesoradora de exigencias de lo humano”.²⁶ Esto puede ser traducido en la defensa permanente de la titularidad universal de los derechos humanos ante las interpretaciones que facilitan su estrechamiento sólo a aquellos sujetos que cumplen con determinadas condiciones; ese sería el caso de considerar a los derechos sólo como el resultado de decisiones políticas, por más fundamentales que sean. Frente a esto, el profesor Ballesteros ha insistido en distinguir entre el ser y el tener cuando se trata de derivar consecuencias prácticas desde la dignidad humana: “el ser humano existe antes de poseer los indicadores humanos o propiedades (conciencia, capaz de sufrimiento, autonomía), porque tales cualidades afectan al *tener* del hombre y no a su *ser*, y por tanto no son notas universales”.²⁷ Apoyados en esta tesis, es posible afirmar que una de las primeras aplicaciones del principio pro persona será la de dirigir toda interpretación de normas en materia de derechos humanos a evitar cualquier restricción del conjunto de sus titulares, y en cambio incluir primero a los más indigentes, dependientes, vulnerables y desnudos.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Llegados a este punto, podemos realizar un recuento acerca de las reflexiones que ha suscitado el sentido del principio pro persona, reconociendo, en primer lugar, que su reciente presencia en la práctica jurídica contemporánea asociada a los derechos humanos no pasará desapercibida; no veo que la manera en que se piensa y vive el derecho sea la misma una vez que nos tomemos con seriedad las consecuencias que apareja la aplicación del principio pro persona.

Por otro lado, me parece que quedó suficientemente acreditado que las aproximaciones hermenéuticas al principio pro persona que hacen hincapié en sus expedientes lógico-formal y político revelan la complejidad del mismo; sin embargo, no logran captar su sentido más profundo y radical. En cambio, bajo la óptica de la antropología jurídica pudimos observar que el cumplimiento del principio pro persona puede leerse como una inmejorable oportunidad para afirmar la primacía de lo humano en la realidad jurídica.

De la mano de Jesús Ballesteros creo que esta afirmación ha quedado acreditada, ya que sus reflexiones sobre la relación entre el *ser* del ser huma-

²⁶ Ollero, Andrés, *op. cit.*, p. 194.

²⁷ Ballesteros, Jesús, *Sobre la fundamentación antropológica de la universalidad de los derechos humanos*, Valencia, Real Academia de Cultura Valencia, 1999, p. 24.

no y el sentido del derecho nos allanan el itinerario hacia la comprensión de los bienes inmanentes a las prácticas jurídicas en general. En este caso, el bien inmanente a la práctica del principio pro persona se encuentra en el robustecimiento de la fidelidad a cargo de todos (y en primera fila las autoridades públicas) para contribuir al logro de los intereses fundamentales de todo ser humano, gracias a una interpretación y aplicación de las normas jurídicas, que da prioridad a la justicia sustantiva sobre otros criterios de valor.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias...

EL SUJETO PASIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Juan Francisco DÍEZ SPELZ*

SUMARIO: I. Introducción. II. Autoridad y derechos humanos. El sujeto obligado en la Constitución mexicana. III. Reflexiones en torno al concepto de autoridad. IV. La eficacia horizontal de los derechos humanos. V. Retos actuales: empresas y derechos humanos y autoridad algorítmica. VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Este capítulo tiene como propósito analizar, dentro del contexto de la Constitución mexicana, el papel que juegan los sujetos obligados en una relación jurídica basada en derechos humanos. En otras palabras, responder a la pregunta de ¿quién está obligado a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos que son la base de nuestro ordenamiento jurídico? Estudiar las diversas respuestas que pueden darse a esta pregunta tiene como finalidad dar contenido y comprender tanto la naturaleza de los derechos humanos como las de las relaciones de coexistencia fundamentadas en los mismos.

El tercer párrafo del artículo constitucional indica que el sujeto pasivo, para cumplir con las obligaciones en materia de derechos humanos, es tanto el Estado como “todas las autoridades”. Esta perspectiva parece que privilegia una visión que concibe únicamente al poder público como responsable de garantizar los derechos humanos. Sin embargo, nuestra postura será interpretar este término de una forma más amplia, que permita comprender dentro del mismo a más sujetos, que también tienen obligaciones en la

* Profesor-investigador asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Maestro en ciencias jurídicas por la Universidad Panamericana y en teoría y práctica de los derechos humanos por la Universidad de Essex, Reino Unido.

materia, ya sea de forma mediata, inmediata o por colisión de derechos, primordialmente los particulares, y específicamente las empresas.

Para ello, en la primera sección del capítulo se analizará, por un lado, el significado e importancia del término “sujeto obligado” en materia de derechos humanos, así como la forma en la que está regulado en nuestra Constitución, intentando dar una respuesta preliminar a quiénes son autoridades en nuestro ordenamiento. Posteriormente, se harán algunas reflexiones en torno al concepto filosófico de autoridad y las implicaciones que pueden tener para definir el mismo. En una tercera sección se analizará la teoría de la eficacia horizontal o entre particulares de los derechos humanos, para explorar en qué sentido pueden ser considerados sujetos obligados en la materia. Por último, se hará referencia a los esfuerzos actuales por vincular a los derechos humanos con la actividad empresarial, así como a las implicaciones que los algoritmos como “inteligencia artificial” podrían tener en la definición y alcances del sujeto pasivo u obligado en materia de derechos humanos.

II. AUTORIDAD Y DERECHOS HUMANOS. EL SUJETO OBLIGADO EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

El párrafo tercero del artículo primero constitucional comienza indicando quién es, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el sujeto obligado en materia de derechos humanos. Al indicar que *Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias...* da respuesta a una interrogante fundamental de toda teoría de los derechos humanos: ¿quién debe cumplir con las obligaciones de derechos humanos?, o, dicho de otro modo, ¿quién es el sujeto pasivo de los mismos? La respuesta otorgada por la Constitución se limita a considerar a “todas las autoridades”, aunque más adelante se refiere al “Estado” también como obligado al enunciar las conocidas como obligaciones secundarias o de garantía: prevenir, investigar, sancionar y reparar. Sin embargo, previo a reflexionar en torno a las implicaciones de esta respuesta, es necesario hacer algunas precisiones en torno a la estructura de un derecho humano, es decir, al papel que juega el sujeto pasivo para su respeto y promoción.

Los derechos humanos implican una relación que tiene como base la coexistencia¹ entre sujetos, tanto individuales como colectivos, con otros individuos, instituciones o el Estado mismo, relaciones jurídicas que suponen

¹ Cotta, Sergio, *Il diritto nell'esistenza; Linee di ontofenomenologia giuridica*, 2a. ed., Milán, Giuffrè, 1991, *passim*.

exigencias, expectativas o aspiraciones de trato, que tienen como base la dignidad humana. Para que estas exigencias tengan sentido y sean efectivas, además de fundamentarlas,² es necesario reconocer tanto al titular como al sujeto obligado de la relación. Sólo así, sostenemos, es posible determinar el contenido normativo de estos derechos y buscar su garantía en un ordenamiento constitucional.

Para clarificar esto, podemos hacer mención a la estructura fundamental de una relación jurídica en la materia. De acuerdo con Alan Gewirth, si comprendemos a los derechos humanos como derechos subjetivos, su estructura puede formularse de la siguiente manera: *A tiene un derecho a X exigible a B, por virtud de Y.*³ El reto de este trabajo es presentar reflexiones en torno al papel que juega *B* en la misma. Es decir, ante qué sujeto *B* puede *A* presentar sus exigencias a *X*. O, dicho de otro modo, quién es el sujeto obligado *B* y en qué consisten sus obligaciones a *X* respecto de *A*. De esta forma, *A* puede ser reconocido como el sujeto activo de la relación, y *B*, como el sujeto pasivo (quien tiene obligaciones de no hacer, hacer o dar). De acuerdo con Bidart Campos, la relevancia de este tema se manifiesta en la siguiente cuestión:

¿Frente a quién (sujeto pasivo) se ostenta la titularidad de los derechos, frente a quién son oponibles o puede hacerlos valer el titular, y cuál es el deber o la obligación que ante este último tiene que cumplir aquel sujeto pasivo a favor del titular, para que los derechos de éste sean efectivos? [y continúa:] En el interrogante hallamos la relación jurídica de alteridad entre sujeto activo (o titular) de los derechos y sujeto pasivo gravado con una obligación.⁴

La identificación de la naturaleza de los sujetos obligados en una relación jurídica de alteridad en materia de derechos humanos es uno de los temas fundamentales a los que se enfrenta cualquier teoría de los mismos.⁵ Incluso si reconocemos que la práctica de los derechos humanos debe enmarcarse en el contexto de un Estado de derecho —a lo que aspira cualquier régimen constitucional— es necesario poner atención a los sujetos

² Es importante preguntarse siempre por los *porqués* de los derechos humanos, ya que de lo contrario se corre el riesgo de verlos como una retórica vacía. Cfr. Fagan, Andrew, *Human Rights; Confronting Myths and Misunderstandings*, Camberley, Edward Elgar, 2009, p. 145.

³ Gewirth, Alan, *The Community of Rights*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996, pp. 8 y 9.

⁴ Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1993, p. 7.

⁵ Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999, p. 226.

que participan en esta práctica.⁶ Derivado de estas consideraciones, cobra relevancia el concepto de autoridad como sujeto obligado, no sólo en su carácter formal, sino poniendo énfasis en el modo en el que se ejerce dicha autoridad.⁷

La justicia a la que aspiran los derechos humanos en un ordenamiento jurídico implica encauzar esfuerzos para la clarificación de los sujetos que tienen que responder y procurar la protección de estos derechos, que han cobrado especial relevancia en nuestro ordenamiento jurídico. Como sostiene Gambino, la garantía constitucional de estos derechos —aspiración de cualquier Estado de derecho— exige, antes que nada, tener claridad en cuanto a la naturaleza de las responsabilidades institucionales,⁸ y, debemos agregar, de la naturaleza del sujeto obligado en estas relaciones de coexistencia.

Es en este contexto que cobra sentido preguntarse por el sujeto pasivo de la relación jurídica en materia de derechos humanos en nuestro ámbito constitucional. Para ello, vale la pena hacer una reminiscencia tanto normativa como histórica del concepto de autoridad en nuestra Constitución, como sujeto obligado en la materia, para analizar posteriormente la extensión del concepto, y, por lo tanto, obligados a respetar, proteger y garantizar estos derechos.

Como ya decíamos, la referencia al sujeto pasivo de los derechos humanos se encuentra en la expresión “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias...” del párrafo tercero del artículo primero de nuestra Constitución. Este mismo párrafo también hace mención más adelante al “Estado” como sujeto obligado, al menos de ciertos deberes de garantía. La redacción del texto actual contrasta con una propuesta presentada por la ONU y un grupo de académicos en 2008, y que sirve de antecedente a la reforma de 2011. En ella, se establecía que era el Estado el sujeto vinculado a cumplir con los derechos humanos, y que, en consecuencia, las autoridades tendrían también las obligaciones relativas a este tema.⁹

⁶ Trujillo, Isabel, “Estado de derecho y práctica de los derechos humanos”, *Persona y Derecho*, vol. 73, 2015/2, p. 168.

⁷ *Ibidem*, p. 175.

⁸ Gambino, Silvio, “Jurisdicción y justicia entre Tratado de Lisboa, Convenio Europeo de Derechos Humanos y ordenamientos nacionales”, *ReDCE*, año 7, enero-junio de 2010, p. 107.

⁹ La propuesta de este párrafo decía: “*Los derechos humanos vinculan al Estado*, en consecuencia, todas las autoridades tienen la obligación de respetarlos, protegerlos, garantizarlos y promoverlos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. El Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos” (énfasis añadido). *Cfr.* Organización de las Naciones Unidas,

Lo anterior se explica porque en el derecho internacional de los derechos humanos —de donde el contenido principal de esta reforma proviene—, el sujeto obligado por excelencia, por poder ser aquel responsable por violaciones a nivel internacional, es el Estado. Un ejemplo de esto son los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001, donde se establece que “Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”.¹⁰ Además, el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce expresamente la obligación de los Estados parte de respetar estos derechos.¹¹ En *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, primer caso contencioso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se reiteró que

164. El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.¹²

En cualquier caso, puede notarse que el concepto de Estado va unido de manera inequívoca al de autoridad. Sin embargo, al menos en esta

Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos elaborada por las organizaciones de la sociedad civil y por académicas y académicos especialistas en derechos humanos, México, 2008, disponible en: https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/propuestareformaconst.pdf (fecha de consulta: 1o. de abril de 2020).

¹⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, A/56/10, 53o. periodo de sesiones. Además, el artículo 58 del documento indica que la responsabilidad del Estado es independiente de la responsabilidad individual de cualquier agente o autoridad que actúe en nombre del Estado:

“Artículo 58. Responsabilidad individual. Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado”.

¹¹ “Artículo 1.- Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹² Corte IDH, *caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, fondo, serie C, núm. 4, sentencia del 29 de julio de 1988 (énfasis añadido).

enunciación de nuestro texto fundamental, el concepto que prima es el de autoridad. Esto lo podemos incluso rastrear históricamente. Así, la Constitución de 1857 disponía en su artículo 1o. que, “ARTÍCULO 1. El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución”.¹³

En este artículo se observa también la referencia a “todas las autoridades” como sujetos obligados en la materia, aunado al de “todas las leyes”, como instrumentos o herramientas que deberían también tender al respeto de las garantías consagradas en la Constitución. De cualquier forma, en palabras de José María Lozano al interpretar este artículo, en un primer momento son las instituciones sociales las encargadas de garantizar estos derechos. El poder público como primera institución social, a través de autoridades tanto administrativas como jurisdiccionales, así como las legislativas a través de las leyes, tienen, de acuerdo con él, un doble deber de respetarlos y sostenerlos.¹⁴

Podemos suponer que, al menos de la redacción constitucional actual, el término “autoridad” se vuelve equívoco. De acuerdo con Burgoa, el concepto de “autoridad” tiene sentido para distinguir entre aquellos entes que sí tienen tal carácter, y otros organismos estatales que carecen de él.¹⁵ “Autoridad”, desde este punto de vista, son aquellos organismos estatales investidos con facultades de decisión y ejecución, capaces de producir una alteración, creación o extinción de alguna situación en la esfera jurídica del gobernado.¹⁶ Sin embargo, nos parece que este concepto se queda corto para la comprensión del término para obligaciones de derechos humanos.

De cualquier forma, aun ateniéndonos a un concepto formal de autoridad, debemos hacer mención a ciertas disposiciones que involucran en general obligaciones en materia de derechos humanos para las autoridades, en concordancia con el artículo 1o. Así, por ejemplo, el Poder Judicial de la

¹³ La redacción de este artículo, en lo que respecta a que los derechos del hombre son “la base y objeto de las instituciones sociales”, tiene una clara impronta del constitucionalismo estadounidense, especialmente de la Declaración de los Derechos de Virginia de 1776, que en su sección tercera establece: “Que el gobierno es, o debiera ser, instituido para el bien común, la protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; de todos los modos y formas de gobierno, el mejor es capaz de producir el máximo grado de felicidad y seguridad...”.

¹⁴ Lozano, José María, *Tratado de los derechos del hombre. Estudio del derecho constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre*, México, edición facsimilar de 1876, Senado de la República, 2007, punto 111, pp. 144 y 145.

¹⁵ Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1984, p. 188.

¹⁶ *Idem*.

Federación debe considerar a los derechos humanos al conocer de cualquier caso,¹⁷ o la obligación de todo servidor público de protestar cumplir con la Constitución al momento de asumir su encargo.¹⁸

Pero también en la Constitución misma se pueden encontrar otras referencias a un concepto de autoridad más amplio.¹⁹ Como menciona Rodolfo Terrazas, atenerse a un concepto estrecho de autoridad para efectos de la garantía de los derechos humanos, principalmente a través del juicio de amparo, puede suponer excluir del mismo varios actos de personas o entidades que formalmente no son órganos del Estado, pero que igualmente pueden vulnerar el ejercicio de derechos humanos por parte de los titulares de los mismos.²⁰ Es por ello que el análisis de este fragmento de nuestra Constitución nos debe llevar a un concepto más amplio de “autoridad” o de “Estado” que permita comprender dentro del mismo cualquier acto tanto de respeto como de vulneración por parte de cualquier sujeto obligado en la materia.

Ciertamente, como reconoce Arturo Zaldívar, el contenido que se le otorgue a la expresión “todas las autoridades” como sujetos obligados en el artículo 1o. determina el alcance, e incluso la eficacia de la protección de los mismos.²¹ De acuerdo con Zaldívar, la evolución del contenido de esta expresión, vinculado al juicio de amparo, ha transitado tres etapas: i) la primera, vinculada con el caso de Marcolfo E. Flores contra los actos del mayor Canuto Ortega (1919), donde la Suprema Corte estableció que el término

¹⁷ “Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad *que violen los derechos humanos* reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte” (énfasis añadido).

¹⁸ “Artículo 128. Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen”.

¹⁹ Por ejemplo, el artículo 109, que contempla responsabilidades no únicamente para autoridades o servidores públicos, sino también a particulares al incurrir en responsabilidad o actos de corrupción.

“Artículo 109. Los servidores públicos y particulares que incurran en responsabilidad frente al Estado, serán sancionados conforme a lo siguiente:

II. La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público o particulares que incurran en hechos de corrupción, será sancionada en los términos de la legislación penal aplicable”.

²⁰ Terrazas Salgado, Rodolfo, “La autoridad responsable en el juicio de amparo”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El juicio de amparo a 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. II.

²¹ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, voz “Autoridad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 112.

“autoridades” se refiere a aquellos que dispongan de la fuerza pública, en virtud de circunstancias legales o de hecho.²² *ii)* La segunda etapa se inicia en 1996 cuando la Corte reconoció que las autoridades podían afectar la esfera jurídica de los gobernados a través de actos unilaterales e independientemente de la disposición de la fuerza pública.²³ *iii)* La tercera etapa comienza con las reformas de amparo y derechos humanos de junio de 2011, y pretende abarcar una extensión más amplia del concepto de “autoridad”, aun cuando, como hemos visto, el término no se define.²⁴

El juez García Ramírez, en su voto concurrente al caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, reconoce que la responsabilidad por violaciones a derechos humanos corresponde al Estado “...en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el derecho interno”.²⁵ En este sentido, derivado del nuevo paradigma de derechos humanos, debemos considerar el término “autoridad” en sentido amplio, considerando

²² *Ibidem*, p. 113. Este criterio se restringió durante el siglo XX, cuando la Corte llegó a establecer que sólo los órganos centrales del Estado podían ejercer como autoridades.

A continuación, una narrativa de los hechos:

“En 1918 Torres promovió una demanda de amparo en donde señaló como autoridad a Canuto Ortega, quien siendo mayor del ejército exigió al quejoso que lo acompañara con la intención de privarlo de la libertad. El juez de distrito negó el amparo porque el mayor del ejército no era una autoridad sino un particular, con lo cual, el amparo resultaba improcedente. En revisión ante la Suprema Corte, se revocó la sentencia y se concedió el amparo. Este primer criterio de la Corte fue en el siguiente sentido: El término autoridades para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen”. *Cfr.* Hernández Hernández, Fabián, “Apuntes sobre la procedencia del juicio de garantías contra actos del notario actuando como particular en funciones de autoridad”, *Ciencia Jurídica* 7, núm. 14, julio de 2018, p. 763.

La jurisprudencia resultante establecía que:

AUTORIDADES. El término “autoridades”, para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen. *Cfr.* *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. IV, p. 1067.

²³ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, voz “Autoridad”, *op. cit.*, p. 113.

Tesis P. XXVII/97, AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PÚBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURÍDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DEL GOBERNADO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Nóvena Época, febrero de 1997, t. V, p. 118.

²⁴ *Ibidem*, p. 114.

²⁵ Voto concurrente a caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.

las responsabilidades de las autoridades en particular en ejercicio de sus competencias como tendientes a la protección de los derechos humanos, pero con miras a comprender que es el Estado en su conjunto el que está obligado por los mismos responsables a nivel internacional en caso de alguna violación.

Así, podemos considerar como autoridades a las que se refiere el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, a aquellas pertenecientes en primer momento a los tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en los tres órdenes de gobierno: federal, estatal y municipal. En el ámbito de sus competencias constitucionales, deben dirigir sus acciones al respeto y protección de los derechos humanos, y a evitar y prevenir violaciones a los mismos. En este sentido, el Poder Legislativo deberá poner atención a la formación de normas, el Ejecutivo a su aplicación y el Judicial a su interpretación.²⁶

En cuanto al Poder Judicial, la obligación de respetar, proteger y garantizar derechos humanos se materializa en el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad que deben realizar todos los jueces del país, utilizando a los derechos humanos tanto de la Constitución como de la convenciones internacionales, primordialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como parámetro de sus decisiones.²⁷ Aun cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación considere que las autoridades administrativas no pueden realizar control de convencionalidad,²⁸ en

²⁶ Tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 15, febrero de 2015, t. III, p. 2243.

²⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa-UNAM, 2012, pp. 401-403.

²⁸ CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO O DIFUSO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REALIZARLO. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben cumplir con una serie de obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, en términos de la tesis P. LXIX/2011 (9a.) (*), del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso; es decir, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo, ni siquiera bajo el argumento de una reparación de derechos humanos, ya que ello implicaría desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para interponer un medio de defensa, y que deben cumplirse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto. En todo caso, han de interpretar las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable a las personas, pero sin que ello llegue a descuidar las facultades y funciones que deben desempeñar en atención a sus ámbitos competenciales. Aceptar lo contrario, generaría incertidumbre jurídica en franca contravención a otros derechos humanos como los de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales.

el ejercicio de sus competencias deben considerar e interpretar también los derechos humanos. De acuerdo con Marcos del Rosario, derivado de los cambios de la reforma de 2011, “[c]ualquier prohibición o restricción a las autoridades administrativas para ejercer un control de constitucionalidad, merma de forma significativa la protección y ejercicio de los derechos humanos”.²⁹

También se pueden considerar autoridades obligadas a respetar derechos humanos a los organismos constitucionales autónomos, en su carácter de fiscalizadores o controladores de la acción del Estado en distintos rubros, yendo más allá de la división de poderes.³⁰ En este sentido, la Ley Federal de Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos contempla a organismos como la CNDH, el INE o el Banco de México, así como otras instituciones que determinen las leyes, como autoridades para efectos de dicha ley.³¹ Incluso, la Ley General de Víctimas, reglamentaria del párrafo tercero del artículo 1o., reconoce en su primer artículo que: “La presente Ley obliga a las autoridades de los tres ámbitos de gobierno, y de los tres Poderes Constitucionales, así como a cualquier oficina, dependencia, organismo o institución pública o privada que vele por la protección de las víctimas, a proporcionar ayuda, asistencia o reparación integral”.³²

Parece que la Ley General de Víctimas propone una visión material del concepto de autoridad, que involucra no únicamente a los poderes públicos, sino incluso a actores privados que estén involucrados en la protección de víctimas, es decir, de los titulares de derechos humanos. En esta búsqueda de un concepto amplio o abarcante de autoridad como sujeto pasivo, obligado a respetar, proteger y garantizar derechos humanos, podemos también considerar el que la Ley de Amparo de 2013 define en su artículo 5o. a la “autoridad responsable” de una manera amplia, permitiendo incluir a particulares dentro del mismo cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad.³³

Tesis: 2a. CIV/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 11, octubre de 2014, t. I, p. 1097.

²⁹ Rosario Rodríguez, Marcos Francisco del, “La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 33, julio-diciembre de 2015, p. 157.

³⁰ Ugarte Calderón, Filiberto Valentín, “Órganos constitucionales autónomos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 29, pp. 254 y 255.

³¹ Ley Federal de Responsabilidad Administrativa de los Servidores Público, artículo 3o.

³² Ley General de Víctimas, artículo 1o., párrafo tercero.

³³ Artículo 5. Son partes en el juicio de amparo:

II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, *con independencia de su naturaleza formal*, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situa-

Destaca en este sentido que la Ley de Amparo privilegie un concepto material sobre uno formal de autoridad, pues es el que mejor puede tutelar los derechos humanos, incluso desde la perspectiva del principio pro persona.³⁴ Estas novedades tanto de la legislación como de la jurisprudencia reflejan el hecho de que el constituyente pretendió que los temas de derechos humanos se observaran de la manera más humanista posible.³⁵ Esto debe llevarnos a hacer un análisis más profundo acerca de la naturaleza del concepto de autoridad como sujeto obligado de los derechos humanos y sus implicaciones más próximas, con el fin de poder explorar si otros sujetos, como los particulares o las empresas, pueden ser considerados también como sujetos pasivos en materia de derechos humanos.

III. REFLEXIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE AUTORIDAD

La referencia a “todas las autoridades” en el artículo 1o. constitucional como sujetos obligados en materia de derechos humanos nos lleva a hacer unas breves reflexiones en torno al concepto de *autoridad*. Podemos aceptar que la acepción jurídica de “autoridad” se refiere a la facultad que tiene una persona para modificar de manera válida la situación jurídica de otra,³⁶ es decir, un sujeto que tiene la legitimación en alguna norma para afectar la esfera jurídica de otro. De acuerdo con Norberto Bobbio, la noción de “autoridad” se emplea generalmente en Occidente, como podemos vislumbrar en nuestra Constitución como sinónimo de “poder”.³⁷ De cualquier forma, reconoce el autor que el concepto es intrincado y puede derivar en autoritarismo o en la manifestación de una pretensión arbitraria de mandar.³⁸

ciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen *actos equivalentes a los de autoridad*, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general (énfasis añadido).

³⁴ Sánchez Gil, Rubén, “El concepto de «autoridad responsable» en la nueva Ley de Amparo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 47, núm. 139, enero-abril de 2014, p. 325.

³⁵ Vázquez Gómez-Bisogno, Francisco, “El neoconstitucionalismo procesal y la eficacia horizontal de los derechos humanos”, *Ars Juris*, núm. 46, 2011, p. 25

³⁶ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, voz “Autoridad”, *op. cit.*, p. 112.

³⁷ Bobbio, Norberto, *Diccionario de política*, 10a. ed., trad. de Raúl Crisafio, México, Siglo XXI Editores, 1997, pp. 118-125.

³⁸ *Idem.*

Etimológicamente, el término “autoridad” proviene del latín *auctoritas*, y se deriva de *auctor*, que tiene como raíz *augere*, cuyo significado es aumentar, promover, hacer progresar. La autoridad, etimológicamente, debe hacer crecer y progresar; de ahí el sentido de aplicarlo a la calidad moral superior o jerárquica para un ente.³⁹ La autoridad no sólo hace (como el *artifex*), sino que tiene que fundar y aumentar la realidad.⁴⁰ Su responsabilidad es tal que la reflexión debe volverse no sólo a considerar a quienes detentan el poder (*potestas*), sino el saber (*auctoritas*) a fin de buscar equilibrios en la sociedad política para resguardar la libertad.⁴¹ Esto es sumamente importante para el terreno de los derechos humanos y las obligaciones que generan.

Sin embargo, esto no es obstáculo para no considerar que el concepto de autoridad o de *auctoritas* es confuso, y por ello debe considerarse seriamente al abordarlo con relación al tema de derechos humanos y sus efectos en el campo jurídico-político. Siguiendo a Adriana María Ruiz, el sentido de la *auctoritas* se torna equívoco por su proximidad y en ocasiones identidad con otras categorías análogas, como poder, fuerza, coerción, violencia o autorización.⁴² El riesgo de confundir lo propio de la autoridad con las manifestaciones concretas de otros términos puede tener efectos complejos al momento de determinar al sujeto obligado en materia de derechos humanos, y, sobre todo perder de vista el que sea precisamente una “autoridad” quien tenga estas obligaciones.

De cualquier forma, no se puede renunciar a pensar en el concepto de autoridad como aquel que gobierna los límites del sistema jurídico y de su cambio dentro del contexto de cualquier comunidad política.⁴³ El sentido jurídico, tanto formal como material de la autoridad, se refiere sobre todo a su carácter institucional tanto de producir como de cambiar el derecho, y con ello poder tener la capacidad de vulnerar derechos o de adecuar la norma a los principios o parámetros de validez del ordenamiento jurídico, o

³⁹ Voz “autoridad”, *Diccionario Etimológico de Chile*. Consultado en: <http://etimologias.dechile.net/?autoridad#:~:text=La%20palabra%20autoridad%20que%20viene,ser%2C%20as%C3%AD%20como%20de%20progreso>.

⁴⁰ Arendt, Hannah, “¿Qué es la autoridad?”, *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*, Barcelona, Península, 1996.

⁴¹ Vanney, María Alejandra, “Álvaro d’Ors y la filosofía política”, *Persona y Derecho*, núm. 75, julio de 2016, p. 365.

⁴² Ruiz Gutiérrez, Adriana María, “Crisis de la noción de autoridad”, *Universitas Philosophica* 34, núm. 68, enero de 2017, p. 145. La autora reconoce que esta es una preocupación presente también en autores como Giorgio Agamben en *Homo sacer*, Passerin d’Entrevés, Weber, Hannah Arendt o Carl Schmitt, entre otros.

⁴³ Palombella, Gianluigi, *La autoridad de los derechos; Los derechos entre instituciones y normas*, Madrid, Trotta, 2006, p. 101.

no. Esto es una tarea reflexiva que, de acuerdo con Palombella, debe tender a reconocer el valor institucional de los derechos como parte de un proyecto positivo de afirmación de los bienes y valores que comprenden.⁴⁴ Esta idea se relaciona necesariamente con la concepción de un “bloque de constitucionalidad” o “bloque de derechos humanos” como parámetros de validez de todo un ordenamiento jurídico, y que obligan a todas las autoridades.⁴⁵

Siguiendo a Skolimowski, a diferencia del poder como tal, que puede considerarse como sinónimo de dominación, la autoridad supone una transferencia de autoridad entre dos sujetos, donde uno de ellos se siente obligado a adecuar su conducta a lo mandado por la autoridad.⁴⁶ Un elemento importante en esta transferencia de autoridad es el convencimiento del contenido acerca de lo que es mandado. En este sentido, es muy importante, como menciona Ana María Tría, fundamentar la existencia de la autoridad y trazar sus límites en cuanto a lo que respecta a los derechos humanos, para lograr una auténtica promoción y no conculcación de los mismos por parte del sujeto obligado.⁴⁷

En toda sociedad existe una interdependencia y coexistencia entre todos sus miembros, pero también una subordinación de rangos o de formas de manifestación de influencia y poder entre los mismos.⁴⁸ De ahí que el concepto de autoridad sea necesario para promover el bien común y los derechos humanos, con miras al perfeccionamiento del ser humano. Quien esté en posición de autoridad, sea dependiendo del Estado o como particular, tiene una responsabilidad importante respecto a la influencia que tiene respecto a otros y, por lo tanto, los derechos humanos lógicamente anteceden a la existencia, pero sobre todo al ejercicio de la autoridad, y constituyen su límite infranqueable.⁴⁹

Y los derechos humanos constituyen un límite al ejercicio de la autoridad o del poder porque existe el riesgo siempre de un uso ilegítimo o entrópico del mismo. En cambio, los mismos deben tender a un ejercicio sintrópico del poder; a ordenarlo hacia el bien común, mediante una transferencia

⁴⁴ *Ibidem* pp. 102 y 135.

⁴⁵ Rosario Rodríguez, Marcos Francisco del, “El debate en torno al bloque de constitucionalidad o de derechos humanos como parámetro de validez y prevalencia de las restricciones constitucionales”, *Ex Legibus*, núm. 1, 2011, pp. 39 y 40.

⁴⁶ Skolimowski, Henryk, *Filosofía viva. La ecofilosofía como un árbol de la vida*, Girona, Atalanta, 2012, p. 218.

⁴⁷ Tría López, Ana María, “Libertad y autoridad: el bien común como fundamento de la exigibilidad de los derechos humanos”, *Revista de Derecho*, núm. 6, diciembre de 2004, p. 215.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 219.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 218 y 219.

de voluntad que potencia la vida.⁵⁰ De acuerdo con Menke y Pollmann, los derechos humanos son exigencias de los hombres frente a la comunidad política de la que son miembros, lo cual genera obligaciones a todos los actores responsables del orden público de la comunidad política y, a través de ellos a todos los demás miembros de la misma.⁵¹ En este contexto, cobra sentido el concepto de autoridad, no como un ente capaz de ejercer la fuerza o la violencia, sino como garante del bien común, de “aumentar” a la comunidad política, y de buscar su fundamento.

La autoridad, a diferencia del mero poder, no es sólo instrumental, sino que tiende a la verdad y a un fin. Siguiendo a Sergio Cotta, el poder político o la autoridad formal deben ajustar su conducta a derecho para evitar incurrir en arbitrariedades o abusos. El derecho es la medida o medida de la autoridad, encaminándola al bien público y al ser del hombre.⁵² Sin embargo, al estar relacionado con el poder, y ser un saber teórico práctico, también debe encaminarse la misma a la eficiencia.⁵³ El sentido del artículo 1o. constitucional parece que se alinea a ese objetivo de reconocer a los derechos como límites al ejercicio del poder por parte de la autoridad, pero también a buscar la eficiencia a través del ejercicio de las competencias del ente.

De esta manera, ejerciendo autoridad, un ente “X” puede crear, modificar o incluso extinguir derechos, deberes o poderes a otro sujeto individual o colectivo “Y”. Por este riesgo, que se da tanto a nivel público como privado, el ordenamiento jurídico tiene que reconocer aquellos derechos de los cuales no se puede disponer, y que sirven de marco para la actuación de quien está en situación de autoridad. Para ello, es indispensable definir en qué consisten estos derechos, pero también quién y en qué sentido tiene las obligaciones para hacerlos valer. A esto, siguiendo a Andres Rosler, se le puede llamar la parte deliberativa o autoritativa de una Constitución.⁵⁴ De esta forma, la racionalidad de la obligación política se fundamenta sólo en que la autoridad sirve a los intereses de los sujetos a quienes se dirige.⁵⁵

⁵⁰ Skolimowski, Henryk, *Filosofía viva...*, cit., p. 210. La entropía hace referencia a la tendencia hacia el desorden, mientras que la sintropía es una metodología que conduce hacia la reestructuración, el orden y el equilibrio.

⁵¹ Menke, Christoph y Pollmann, Arnd, *Filosofía de los derechos humanos*, Barcelona, Herder, 2010, p. 45.

⁵² Cotta, Sergio, *Il diritto come sistema di valori*, Milán, San Paolo, 2004, pp. 116 y 117.

⁵³ Martínez Muñoz, Juan Antonio, *Ontofenomenología del derecho en la obra de Sergio Cotta*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1993, p. 356.

⁵⁴ Rosler, Andres, *Political authority and obligation in Aristotle*, Oxford Scholarship Online, 2005, DOI: 10.1093/0199251509.001.0001, p. 20.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 1.

Estas reflexiones pretenden hacer notar la importancia de la autoridad como aumentadora y fundamentadora dentro de un contexto social y constitucional. Es importante poner atención en el aspecto formal de la misma, que implica la idea de nombramiento, poder y obediencia; pero debemos también trascender el mismo hacia una concepción de autoridad material que mueva a otros a actuar y procure el bien común.⁵⁶ En un contexto de derechos humanos, cuando lo que se busca es definir al sujeto obligado en la materia, es fundamental realizar este ejercicio que permita abarcar un concepto amplio de autoridad.

IV. LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La búsqueda de un concepto amplio de autoridad tendiente al convencimiento y al bien común en todas las facetas humanas nos lleva a cuestionarnos en torno a la eficacia de los derechos humanos entre particulares, y no sólo entre el individuo y el Estado, como pretende una teoría clásica acerca de los mismos. Si bien es cierto que los derechos humanos tienen una acepción tendiente a limitar la acción del Estado, también la tienen de ser brújula de los esfuerzos sociales para conseguir el bien común, donde intervienen distintos actores sociales.⁵⁷

Lo anterior se explica porque la autoridad actual no es ya exclusivamente un privilegio del Estado, tal como ocurría en el contexto de las monarquías absolutas, donde surge el concepto de derechos del hombre como limitadores únicamente del poder del Estado.⁵⁸ La teoría clásica de los derechos fundamentales se planteó en tensiones entre el individuo y el Estado, siendo este último quien podría conculcarlos.⁵⁹ Sin embargo, a decir de Bilbao Ubillos, se han producido modificaciones de perspectiva desde entonces producto principalmente del cambio de poder económico, social y

⁵⁶ González Hernández, Irene, *El concepto de autoridad y su semántica en el ámbito de la praxis: estudio iusfilosófico a la luz del pensamiento de Hannah Arendt*, tesis, licenciatura en derecho, Universidad Panamericana, 2017, pp. 17-23.

⁵⁷ Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos humanos*, México, Oxford University Press, 2011, p. 23.

⁵⁸ Jaume, Lucien, “Las metamorfosis de la soberanía según Tocqueville”, *Araucaria* 21, núm. 42, julio de 2019, pp. 371-386.

⁵⁹ Vega, Pedro de, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la *drittewirkung der grundrechte*)”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 693-694.

mediático de muchos individuos o instituciones privadas, que puede anular o comprometer la libertad de otras personas, individuos o instituciones.⁶⁰

Desde esta perspectiva, la autoridad o, al menos, el sujeto pasivo de los derechos humanos ya no es sólo el poder público en sus distintas manifestaciones tanto administrativas, legislativas o jurisdiccionales, sino también particulares, quienes, a su vez, son también titulares de derechos ellos mismos. Una de las razones de este cambio de visión se explica porque el poder como fenómeno limitable por los derechos humanos se manifiesta en las relaciones entre particulares, donde uno al menos tiene una posición de mayor influencia en la vida de otros y en sus derechos. También se puede explicar por la expansión del concepto de derechos humanos como criterios de justicia, lo que permite que su protagonismo genere una aplicación inmediata de los mismos en una gran variedad de relaciones jurídicas entre los titulares de los mismos, descubriendo nuevas formas de ejercicio e interpretación.⁶¹

Además, podríamos considerar en este sentido que el poder público tiende a privatizarse, y que el privado asume mayores connotaciones públicas.⁶² Esto hace más difícilmente distinguible uno de otro, lo que tiene repercusiones en la forma en la que comprendemos a la autoridad y sus competencias. Pero también podemos aceptar que la Constitución, recinto tradicional de los derechos fundamentales, no es ya sólo el estatuto del poder público, sino el “orden jurídico fundamental de la comunidad”, base tanto de las relaciones privadas como públicas.⁶³ Esta noción actual de los derechos humanos se da en la perspectiva de un Estado social del derecho, de donde se desprende, siguiendo a Anzures, que su vigencia surte efecto no sólo en relaciones verticales (únicamente contra el Estado), sino también en las relaciones sociales, que involucran a multiplicidad de actores, incluyen-

⁶⁰ Bilbao Ubillós, Juan María, “La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Dritt-wirkung*: una visión de conjunto”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017, p. 50.

⁶¹ *Ibidem*, p. 52.

⁶² *Ibidem*, p. 51.

⁶³ *Idem*. Esto supone encontrar en los derechos humanos una base interpretativa para todo el ordenamiento jurídico. Como sostiene Bilbao Ubillós: “En un Estado social son también materialmente constitucionales los principios reguladores de las relaciones sociales. Este enfoque unitario impide que el Derecho constitucional y el Derecho privado puedan concebirse como compartimentos estancos, como mundos separados que discurren en paralelo y están gobernados por lógicas radicalmente diferentes. Además, la reconstrucción del ordenamiento en clave constitucional implica que todas las normas del Derecho privado deben reinterpretarse a la luz de la Constitución”, p. 51.

do los particulares.⁶⁴ Los derechos humanos son también valores de toda la sociedad y que legitiman la existencia del Estado.⁶⁵

Esta visión se desprende originalmente del caso *Lüth*. Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, había solicitado boicotear la película *Unsterbliche Geliebte* del director Veit Harlan, por lo que fue condenado a abstenerse de realizar estas acciones por el Tribunal Estatal de Hamburgo. El Tribunal Federal consideró que la sentencia violaba la libertad de opinión de Lüth y consideró que los derechos fundamentales de la Constitución no son un orden de valores neutral; éstos permean en todos los sectores del ordenamiento, incluyendo el derecho civil. Una sentencia —como la del Tribunal Estatal de Hamburgo— que ignore esto, viola los derechos humanos.⁶⁶ Independientemente del resultado de la sentencia, su influencia es determinante para el desarrollo de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos humanos o *Drittwirkung*.

De acuerdo con Javier Mijangos, la temática de la *Drittwirkung* o eficacia entre particulares de los derechos humanos, supone tres problemas: el de la construcción, el de la protección y el de la colisión. El primero se resuelve analizando el contenido de las normas en la Constitución. El segundo se refiere a la protección o justiciabilidad de los mismos cuando interviene la conducta de algún particular. Es lo que hemos visto que trata ya el artículo 5o., fracción II, de la Ley de Amparo. El tercer problema, referente a la colisión, se centra en el análisis de los supuestos del conflicto de derechos con los derechos de otros sujetos titulares, o con bienes sociales, como la moral pública o el bienestar general.⁶⁷ En los tres problemas se encuentra de fondo el valor objetivo que suponen los derechos humanos para desarrollarse en relaciones entre particulares. Posiblemente sea el último —el problema de la colisión— el que indique mayores indicios de la eficacia horizontal de estos derechos, sobre todo como criterios de justicia en relaciones privadas, donde se relacionan los intereses de los distintos sujetos titulares de derechos.

Esto último lleva a pensar en dos temas que se desprenden de lo mismo: por un lado, el que los derechos son limitados, y que pueden ser restringidos tanto por la ley como por los derechos de los demás, así como por el orden o la moral públicas o por el bienestar general. También podemos pensar en

⁶⁴ Anzures Gurría, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 22, enero-junio de 2010, p. 11.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 14. A esto se le conoce como “dimensión objetiva de los derechos humanos”.

⁶⁶ Tribunal Federal Constitucional alemán, sentencia *BVerfGE* 7, 198 [Lüth].

⁶⁷ Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2004, p. XIV.

que los derechos humanos generan deberes, no sólo al Estado, sino a todos los titulares de derechos. Si pensamos en el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁶⁸ o en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, veremos que la colisión de derechos implica el asumir también deberes con respecto a los otros, y que esta es una idea que acompaña el surgimiento de los derechos humanos a nivel internacional.

Aun cuando la redacción del párrafo tercero del artículo 1o. constitucional que estamos analizando parecería indicar que el concepto de autoridad como sujeto pasivo de los derechos humanos se limita al poder público, es el Poder Judicial quien a través de su interpretación de éste ha ampliado su alcance. Así, en la tesis de 2012 con rubro DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES,⁶⁹ reconoce que

⁶⁸ “Artículo 29. 1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. 3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

⁶⁹ “DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. La formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones a dichos derechos por parte de los actos de particulares. En este sentido, resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no ofrece ninguna base textual que permita afirmar o negar la validez de los derechos fundamentales entre particulares; sin embargo, esto no resulta una barrera infranqueable, ya que para dar una respuesta adecuada a esta cuestión se debe partir del examen concreto de la norma de derecho fundamental y de aquellas características que permitan determinar su función, alcance y desenvolvimiento dentro del sistema jurídico. Así, resulta indispensable examinar, en primer término, las funciones que cumplen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. A juicio de esta Primera Sala, los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva). En un sistema jurídico como el nuestro —en el que las normas constitucionales conforman la ley suprema de la Unión—, los derechos fundamentales ocupan una posición central e indiscutible como contenido mínimo de todas las relaciones jurídicas que se suceden en el ordenamiento. En esta lógica, la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares. Sin embargo, es importante resaltar que la vigencia de los derechos fun-

la formulación clásica de los derechos humanos como oponibles únicamente frente al poder público ha resultado insuficiente para responder a las violaciones de los mismos por particulares, ya sea por construcción, protección o colisión.

En este sentido —continúa la Primera Sala—, las relaciones entre particulares se pueden dar en contextos de desigualdad, otorgando más privilegio a alguna de las partes, lo que puede derivar en una violación de derechos fundamentales a la otra parte. Apelando a la construcción de las normas de derechos fundamentales, supone la Corte que del contenido de las mismas se puede concluir que los particulares están obligados por las mismas, independientemente de que la Constitución no reconozca ninguna base normativa para suponerlo. Si bien los derechos cumplen con una función subjetiva, también tienen un elemento objetivo, que hace que permeen en todo el ordenamiento jurídico, como elemento central en todas las relaciones jurídicas. Considera además la Primera Sala que el que los derechos humanos tengan eficacia entre particulares puede generar colisiones de derechos, que tendrán que ser resueltos a través de ponderación.⁷⁰

Resulta interesante que la tesis citada termine reconociendo que hay ciertos derechos que serán, por su naturaleza, únicamente oponibles al Estado, como los derechos procesales, y otros que gocen de una faceta multidireccional, que obligue también a los particulares, como la prohibición de discriminación.⁷¹ Otros derechos pueden ser menos claros. La labor del intérprete será determinar en cada caso cómo se concretan las obligaciones de cada actor en materia de derechos humanos, recordando siempre que, además de su vertiente subjetiva, gozan también de un carácter objetivo.

La Corte ha reiterado este criterio, donde reconoce que no sólo las autoridades en los tres órdenes y niveles de gobierno, sino también los parti-

damentales en las relaciones entre particulares, no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete. Así, la tarea fundamental del intérprete consiste en analizar, de manera singular, las relaciones jurídicas en las que los derechos fundamentales se ven encontrados con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; al mismo tiempo, la estructura y contenido de cada derecho permitirá determinar qué derechos son sólo oponibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad”.

Tesis 1a./J. 15/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, libro XIII, octubre de 2012, t. 2, p. 798.

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ *Idem.*

culares tienen obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos contenidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales.⁷² De esta forma, podemos decir que en nuestro país se acepta y reconoce la eficacia horizontal o entre particulares de derechos humanos a nivel jurisprudencial, aun cuando, como hemos visto, esto no se desprenda de la redacción del párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución.

V. RETOS ACTUALES: EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS Y AUTORIDAD ALGORÍTMICA

Además de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos humanos para considerar a los particulares sujetos obligados en materia de derechos humanos, debemos reconocer también a aquella de los “actores no estatales”, que pretende justificar que en el ámbito internacional no sólo los Estados están obligados a respetar estos derechos, sino también otros actores que por su posición de poder tienen la posibilidad de cometer violaciones a los mismos; entre estos actores destacan primordialmente las empresas, especialmente las transnacionales,⁷³ aunque no se limite únicamente a estas últimas, sino a cualquier empresa. De esta forma, el ámbito de “derechos humanos y empresas”, surgido primordialmente de la preocupación por la responsabilidad social de la empresa y sus obligaciones en materia de derechos humanos,⁷⁴ es

⁷² Por ejemplo, Tesis 1a. XLI/2013, DERECHOS FUNDAMENTALES CONTENIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES. GOZAN DE EFICACIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, febrero de 2013, t. 1, p. 799.

Véase también tesis con rubro: “DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE RESPETARLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1º, PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, donde se establece que “...la autoridad, en todos sus niveles (federal, estatal o municipal) y en cualquiera de sus funciones (ejecutiva, legislativa o judicial), debe mantener el goce del derecho y, por ende, su cumplimiento es inmediatamente exigible puesto que, aun cuando primeramente está dirigida a los órganos del Estado, también incluye la conducta de los particulares, que igualmente se encuentran obligados a no interferir con el ejercicio de los derechos”. Tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 15, febrero de 2015, t. III, p. 2243.

⁷³ Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006, *passim*.

⁷⁴ Ramírez García, Hugo Saúl y Díez Spelz, Juan Francisco, “Corporate Social Responsibility and Human Rights: Challenges in a Globalized Context”, en García-Álvarez, Santiago, *Strategy, Power and CSR: Practices and Challenges in Organization Management*, México, Emerald, 2020, *passim*.

también una forma de comprender a unos sujetos particulares como autoridades o sujetos obligados en la materia: las empresas.

En un contexto en el que se exige que el actuar de la empresa esté apegado a criterios cada vez más patentes de integridad y transparencia por el efecto que puede tener en la vida de las personas —o *stakeholders*—,⁷⁵ el objetivo es reflexionar en torno a los efectos de la actividad empresarial y en qué sentido la misma es compatible para obligarse en materia de derechos humanos, y a través de qué prácticas puede volverse operativa la relación entre ambas realidades.⁷⁶ A través del ámbito de “derechos humanos y empresas” se hace concreta la necesidad de considerar a actores privados como sujetos obligados en la materia.

Uno de los mayores esfuerzos que deben reconocerse para la reflexión y definición de las obligaciones de derechos humanos para las empresas son los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, publicados en 2011⁷⁷ y redactados por John Ruggie,⁷⁸ donde se incluye el marco de “proteger, respetar y garantizar” derechos humanos. En ellos se introducen principios que pretenden dar pauta a la regulación de la relación entre los Estados y las empresas para la consecución y definición de las obligaciones de las últimas. Ciertamente, el carácter de estos principios es voluntario, pero puede impactar positivamente en la formación de políticas de dirección en una empresa, en sus prácticas y debida diligencia siempre y cuando los derechos humanos puedan ser internalizados por la empresa.⁷⁹

De acuerdo con los Principios Rectores, el reto es lograr armonizar el que el Estado cumpla con su obligación de proteger los mismos de violaciones y abusos por parte de particulares —incluyendo empresas— a través de regulaciones, políticas y garantía, así como el de definir la responsabilidad

⁷⁵ Cortina, Adela, “Las tres edades de la ética empresarial”, en *Construir confianza: Ética de la empresa en la sociedad de la información y las comunicaciones*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 26-36.

⁷⁶ Díez Spelz, Juan Francisco y Bustos Niño, Luis, “Derechos humanos y su influencia en el ámbito empresarial”, en Tole, Julián, *Desafíos para la regulación de los derechos humanos y las empresas. ¿Cómo lograr proteger, respetar y remediar?*, Bogotá, Universidad del Externado, 2019, *passim*.

⁷⁷ Organización de las Naciones Unidas, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, 2011. Los principios pueden consultarse en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf.

⁷⁸ Para una relación de los motivos y procesos que antecedieron a la publicación de estos principios puede consultarse Ruggie, John Gerard, *Just Business*, Nueva York, W. W. Norton & Company 2013.

⁷⁹ Radu, Mares, *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, vol. 39, p. 17.

particular de la empresa tanto para respetar los derechos de otros posibles afectados por su actividad como el de promover que las mismas se reparen en caso de suceder alguna violación.⁸⁰ Primordialmente destaca el “pilar dos” de los Principios Rectores, concerniente a la responsabilidad de las empresas de *respetar* derechos humanos. Éste es probablemente uno de los principales objetivos de los derechos humanos en el ámbito empresarial y de las empresas como sujetos obligados. De acuerdo con Cassell y Ramasastry, este hecho propicia primordialmente el encuentro de la empresa con el otro y su responsabilidad social.⁸¹ Para ello, la empresa debe establecer procesos de debida diligencia, cumplimiento de las leyes de los lugares donde operen, pero también asumir su responsabilidad en materia de derechos humanos.⁸²

Además de los Principios Rectores de las Naciones Unidas para Empresas y Derechos Humanos, destacan los esfuerzos actuales por la redacción y celebración de un tratado vinculante para regular, en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de empresas en materia de derechos humanos, sobre todo aquellas transnacionales.⁸³ Al momento de escribir este texto se ha presentado ya un borrador revisado que sigue en proceso de negociación. El objetivo del tratado sería fortalecer las obligaciones de derechos humanos en el contexto de la actividad empresarial, previniendo violaciones de cualquier derecho humano. Los Estados estarían obligados de manera peculiar por el tratado a establecer un orden jurídico interno efectivo que logre estos objetivos. El tratado también crearía un comité que tendrá entre doce y dieciocho miembros para supervisar su cumplimiento.⁸⁴ De cualquier manera, habrá que revisar los avances de las negociaciones y estar al pendiente del contenido final del documento para poder analizar el contenido normativo de los derechos humanos en este contexto. Sin embargo, un tratado de este tipo no es necesario para plantear las obligaciones que las empresas como sujetos obligados tienen con respecto a los derechos humanos.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 4.

⁸¹ Cassell, Douglas y Ramasastry, Annita, “White paper: Options for a treaty on business and human rights”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 6(1), Article 4, 2016.

⁸² *Idem*.

⁸³ Cantú Rivera, Humberto, *La responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos*, México, CNDH, 2018.

⁸⁴ OEIGWG, *Legally binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises*, Revised Draft, 16.7.2019 particularmente artículos 2o., 3o., 6o., 13 y 14. La traducción al español aún no es oficial. El documento puede ser consultado en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf.

En este terreno, nos parece que el objetivo principal para los derechos humanos en el ámbito de empresa, primordialmente para asumir obligaciones por parte de las mismas en ejercicio de su actividad, es tender a una obediencia del derecho por internalización, es decir, por comprender los deberes y ajustar las prácticas a los mismos por convencimiento.⁸⁵ En ocasiones se llega a pensar que la eficacia plena del derecho se alcanza cuando existen normas con sanciones claras y ejecutables que obliguen a los sujetos a cumplir con el contenido normativo, cuando la plenitud de lo jurídico se obtiene no cuando se imponen sanciones, sino cuando se cambia la forma en que las personas se entienden a sí mismas y adecuan su comportamiento a las exigencias que entienden y consideran justas.⁸⁶

Así como se analizó para el caso de la eficacia de los derechos humanos entre particulares, uno de los principales terrenos donde se materializan relaciones de coexistencia en cuanto a estos derechos es en el plano de la colisión o conflicto de derechos. Cuando entran en conflicto intereses o derechos empresariales y derechos de otros interesados —o *stakeholders*—, se debe reflexionar en la importancia que tienen cada uno de ellos, y por lo tanto desde dónde se realiza una “dirección de ajuste” a los conflictos. Los derechos humanos, en este sentido, según Sheldon Leader, no deben ser colaterales a la actividad empresarial, sino una pieza clave de la misma.⁸⁷

En cualquier caso, para desarrollar un concepto amplio y funcional de autoridad como sujeto obligado en materia de derechos humanos, se debe tomar en cuenta el papel que juegan los particulares y las empresas, tanto en sus actividades meramente privadas como en aquellas relacionadas con la actividad del poder público. Lo relevante y justo en estos supuestos donde puede haber conflictos tanto de derechos como de intereses es, como sostiene Robert Spaemann, analizar de qué intereses se trata y no de quién son

⁸⁵ El derecho puede cumplirse por los destinatarios normativos por varias razones: por un lado, por *coincidencia*, es decir, que el comportamiento se ajuste a normas sin que haya conciencia de la existencia de las mismas; por otro, por *conformidad*, esto es, por ajustarse a normas sociales o porque otros miembros del grupo lo hacen; en tercer lugar, por *coerción o temor* a una sanción y, en último término, por *obediencia e internalización* de la norma. La apuesta es por promover cumplimiento por internalización de la norma, no sólo en este ámbito, sino también en el estatal y en el del derecho internacional de los derechos humanos. *Cfr.* Hongju Koh, Harold, “How Is International Human Rights Law Enforced”, en Weston, Burns H. y Grear, Anna, *Human Rights in the World Community*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2016, p. 295.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 298.

⁸⁷ Leader, Sheldon, “Collateralism”, en Brownsword, Roger (ed.), *Global Governance and the Quest for Justice*, Portland, Hart Publishing, 2004, vol. IV, pp. 55-58.

los intereses.⁸⁸ También considerar quién puede estar obligado a respetar estos derechos, tomando en cuenta su naturaleza.

Habiendo considerado a los particulares y empresas como sujetos pasivos de una relación en materia de derechos humanos, y con las reservas que la novedad de un tema como estos plantea, deberemos analizar a futuro el uso de algoritmos para la toma de ciertas decisiones, es decir, la inclusión del concepto de “autoridad algorítmica”. Como sostiene René Ureña,

...los procesos de decisión autónomos se usan en ocasiones para cumplir funciones estatales, o son usados por particulares de forma tal que pueden poner en riesgo los derechos humanos. En estos dos casos, estamos ante el ejercicio de una verdadera autoridad algorítmica, que tiene, al menos, cuatro características: es “autoridad”, pues se trata de un ejercicio de la capacidad de determinar, mediante el uso de algoritmos, el comportamiento de un individuo o entidad.⁸⁹

La posibilidad de que al menos de manera inmediata pueda considerarse a un algoritmo o sistema de inteligencia artificial (IA) como autoridad —tanto como pública como privada— es un tema que tendrá que ocuparnos en el futuro próximo, porque sin duda estos sistemas —sean o no considerados formalmente como “autoridades”— tienen la capacidad de poner en riesgo ciertos derechos humanos.⁹⁰ En este caso, el término “autoridad”, como insiste Ureña, se usa como un medio concreto para ejercer poder, adoptado por la decisión que pueda tomar un algoritmo.⁹¹ Aun cuando de manera directa sea un proceso algorítmico quien pueda ser la causa de violación de un derecho humano, se deberá buscar la causa, tanto de la programación como de los datos que lo alimentan. “Los efectos de la autoridad algorítmica siempre estarán en las relaciones entre humanos”.⁹²

⁸⁸ Spaemann, Robert, *Ética: Cuestiones fundamentales*, 9a. ed., Pamplona, EUNSA, 2010, p. 65.

⁸⁹ Ureña, René, “Autoridad algorítmica: ¿cómo empezar a pensar la protección de los derechos humanos en la era del «Big Data»?”, *Latin American Law Review*, núm. 2, enero de 2019, p. 105.

⁹⁰ Estos sistemas pueden ser discriminatorios dependiendo de la forma en que sean programados, o equivocar un dato respecto a una persona en específico, por ejemplo, errando el cálculo de riesgo de reincidencia en la comisión de un delito en personas procesadas, o el monto de una indemnización. *Cfr. ibidem*, p. 109.

⁹¹ *Ibidem*, p. 106.

⁹² *Ibidem*, p. 107.

VI. CONCLUSIÓN

En este capítulo se ha estudiado el contenido y posibles alcances de una brevísima sección del artículo 1o. de nuestra Constitución federal, pero que aborda un tema fundamental para la comprensión tanto teórica como práctica de los derechos humanos: el problema del sujeto pasivo de una relación jurídica en materia de derechos humanos, expresado en nuestra Constitución a través del concepto de “autoridad”. Sin duda, la respuesta y alcance que se dé a este término tiene repercusiones en la eficacia de los mismos.

Si bien después de la reforma de 2011 nuestra Constitución decide definir que “todas las autoridades” son los sujetos obligados en la materia, y más adelante en el mismo párrafo hace también referencia al “Estado”, siguiendo tanto una tradición histórica proveniente del constitucionalismo del siglo XIX, así como de las aportaciones del derecho internacional de los derechos humanos, también se ha sostenido que debe pensarse en un concepto amplio de autoridad que incluya dentro de los sujetos obligados a individuos o instituciones particulares, como las empresas y, posiblemente en un futuro también, a ciertos entes dotados con IA.

En cualquier caso, hemos visto que lo propio del concepto de *autoridad* es el de fundar y aumentar la realidad. Independientemente que la misma provenga de organismos públicos o privados, su objetivo dentro de un Estado de derecho es el de provocar, a través del ejercicio de actos dentro de las competencias debidas, un respeto a la dignidad y los derechos humanos, fundamentando sus actos en los mismos. En este sentido, los derechos humanos, comprendidos como exigencias dentro de una comunidad, deben generar un compromiso de todos los actores involucrados dentro de la misma con respecto a los mismos, y en este caso dirigirse hacia la promoción, respeto, protección y garantía de los mismos, con el compromiso también de prevenir violaciones e investigarlas o contribuir a su reparación en caso de ocurrir, siempre a favor de la víctima o titular de los derechos.

*...tienen la obligación de promover, respetar, proteger
y garantizar los derechos humanos...*

REALIZACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS. UN ANÁLISIS A PARTIR DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CPEUM

Miluska ORBEGOSO SILVA*

SUMARIO: I. *A modo de introducción: la reforma de 2011 en materia de derechos humanos.* II. *Realización y garantía de los derechos fundamentales.* III. *La obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.* IV. *Protección ex-post y protección ex-ante de los derechos fundamentales.* V. *Conclusiones.*

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA REFORMA DE 2011 EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El 10 junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto a través del cual se reformaron distintos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Lo anterior es un hito en el constitucionalismo mexicano, pues supuso, desde nuestro punto de vista, un cambio o giro en la concepción que en México se tenía sobre los derechos de las personas.

La reforma trajo consigo un cambio importante en el concepto que se usaba para definir a los derechos de la persona, pues se abandonó la doctrina alemana de las garantías públicas subjetivas, que en pocas palabras suponían la concepción de que los derechos los tenemos porque el Estado nos los otorga (y no por el solo hecho de ser humanos), bajo el concepto de garantías individuales, para pasar al uso del término “derechos humanos”.

* Universidad de las Américas, Puebla.

Asimismo, entre muchas otras reformas, se incorpora la interpretación de los derechos humanos a la luz de los tratados internacionales sobre la materia y la obligación de todos los poderes de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, tema en el cual nos detendremos.

En ese orden de ideas, conviene recordar que el 21 de septiembre de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) aprobó la resolución relacionada con la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), vinculada con el ya conocido caso *Rosendo Radilla vs. México*. Al respecto, el punto que nos interesa remarcar es que en ella se incorporó la obligación de todas y todos los jueces del país de adecuar sus resoluciones a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

Después de la reforma en materia de derechos humanos, con respecto al tema que intentaremos estudiar en esta investigación, en el artículo 1o., tercer párrafo, de la CPEUM, se lee “...todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos...”. La anterior es una obligación que se desprende del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme al cual

los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Lo que en México se hace extensivo a todas las autoridades en todos los niveles de gobierno.

En ese sentido, conviene precisar que las distintas obligaciones que contempla la Constitución mexicana se enmarcan dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH, que en sendas resoluciones ha desarrollado el contenido de las mismas, y que son ampliamente conocidas.¹ En ese orden de ideas, podemos señalar que la obligación de respetar se refiere tanto a la conducta clásica del Estado de abstención de llevar a cabo cualquier conducta que pu-

¹ Para profundizar sobre ello véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, “La obligación de «respetar» y «garantizar» los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Análisis del artículo 1° del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano*”, *Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 2, 2012, pp. 141-192.

diera obstaculizar su ejercicio, como de actuaciones positivas o prestacional. La obligación de promover supone la difusión de los derechos humanos con la finalidad de que todos sus titulares conozcan su contenido y sus formas de protección. La obligación de proteger recae tanto en el Estado como en los particulares, y, asimismo, se refiere a la obligación de contar con mecanismos que se activen ante su vulneración. Y finalmente, reparar implica la obligación del Estado de alcanzar soluciones que permitan indemnizar el daño sufrido.²

En ese orden de ideas, creemos que aunque cada una de las obligaciones del Estado para con los derechos humanos tiene un contenido específico que ha sido ya ampliamente desarrollado tanto por la CIDH como por la SCJN, creemos que ello se desprende de una obligación aún mayor, más general. Esto tiene fundamento en la doctrina alemana de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, y que para el caso que estudiamos se materializa en la obligación general que tiene el Estado de “realizar y garantizar los derechos humanos”, y que se concreta en la organización y el procedimiento como mecanismos *ex-ante* de protección de los derechos, lo cual estudiaremos en las siguientes páginas. Por tanto, será necesario recurrir a la doctrina y jurisprudencia que sobre la materia se ha desarrollado en Alemania y que ha tenido impacto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

II. REALIZACIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES³

1. *La dimensión objetiva de los derechos fundamentales*

Antes de analizar este concepto, conviene precisar que en México la dimensión objetiva de los derechos fundamentales no se recoge expresamente en el texto constitucional. En ningún lugar se señala que el Estado mexicano fundamenta su actuación en principios y valores. Sin embargo, a pesar de que el Constituyente de 2011 no incorporó expresamente en el texto constitucional la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, sí incorporó

² Anzures Gurría, José Juan, “La reforma constitucional en materia de derechos humanos en México”, *Ita Ius Esto*, núm. 12, 2016, pp. 3 y 4.

³ La expresión “derechos fundamentales” se usa en la teoría constitucional para referirse a los derechos recogidos en una Constitución; aunque en el caso mexicano el constituyente optó por la definición “derechos humanos”. En ese sentido, cuando nos refiramos al caso mexicano usaremos esta última expresión.

los mandatos de acción o las conductas positivas que el Estado debe realizar: promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, los cuales, son manifestaciones de la dimensión objetiva. Asimismo, cabe precisar que los mandatos de acción señalados en el tercer párrafo vinculan a todas las autoridades en todos los niveles de gobierno.

A. Dimensión subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales

En primer lugar, debemos precisar que no es nuestra intención detenernos en el estudio de esta categoría, que es ampliamente conocida,⁴ pero sí partir de sus postulados básicos para luego entender por qué la organización y el procedimiento se constituyen como sus manifestaciones.

Los derechos fundamentales se caracterizan tradicionalmente como derechos de defensa; esto es, que se reconocen como áreas inmunes a la actuación estatal, como pretensiones de no injerencia.⁵ Sin embargo, desde los trabajos de Smend en la época de Weimar sobre el significado de la Constitución y de los derechos fundamentales como un “sistema de valores”⁶ podemos encontrar un contenido objetivo en los derechos fundamentales. Conforme a esta teoría, la norma de derecho fundamental es tanto una norma de derecho público subjetivo como una de contenido objetivo que impone al Estado la realización de un valor fundamental.⁷

Los derechos fundamentales tienen una dimensión subjetiva y otra objetiva, y,

como consecuencia de este doble carácter de los derechos fundamentales, pende sobre los poderes públicos una obligación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos acotada, y en su vertiente jurídico-objetiva, reclaman genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones,

⁴ Para un estudio a profundidad en la bibliografía española, *cf.* Simón Yarza, Fernando, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 99-206.

⁵ Isensee, Josef, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, *HSiR*, V, 2000, p. 155 y Kriele, Martin, “Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum”, *HSiR*, V, 2000, ps.127-128.

⁶ Smend, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Munich und Leipzig, 1928, p. 163. Sobre el desarrollo histórico de esta teoría véase Stern, Klaus, *Das Staatsrecht...*, *cit.*, pp. 890-907. Esta teoría fue asumida tempranamente en el conocido caso Luth *BVerGE*, 7, 178.

⁷ Dolderer, Michael, *Objektive Grundrechtsgehalte*, Berlín, Duncker & Humblot, 2000, pp. 117 y ss.

coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos.⁸

Asimismo, en la STC 25/1981 del 14 de julio FJ 5, el Tribunal Constitucional español señaló que

...los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en el sentido estricto, sino en cuanto garantizan un “status” jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.1)...

Esto es, que los derechos fundamentales, además de esta dimensión subjetiva, disponen de otra dimensión objetiva, ya que constituyen “elementos asimismo esenciales del orden jurídico-político general”.⁹

En suma, los derechos fundamentales cuentan con un doble ámbito de significación: uno subjetivo, que reconoce y garantiza al individuo un estatus jurídico, y por tanto se exige un ámbito de libertad en el cual se puedan realizar las prerrogativas que el derecho signifique, y otro objetivo, que considera que los derechos fundamentales son elementos esenciales del ordena-

⁸ El ATC 382/1996, del 18 de diciembre, es muy significativo al señalar que “los derechos fundamentales, si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico”. Aunque este pronunciamiento se encuentra contenido en un auto se puede deducir de otras sentencias que el carácter objetivo de los derechos fundamentales es la justificación de la obligación positiva por parte del Estado; por ejemplo, en la STC 129/1989, de 17 de julio FJ 3 que señala “[l]a significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia” y la STC 53/1985, del 11 de abril FJ 4 que señala “[p]or consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano”.

⁹ Solozábal Echavarría, Juan José, “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, núm. 71, enero-marzo de 1991, p. 88.

miento objetivo de la comunidad política; es decir, que requieren un ámbito de actuación positiva del poder público, por la que el Estado se obliga a políticas serias de promoción de los derechos fundamentales.¹⁰

B. La organización y el procedimiento como manifestaciones de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales¹¹

Desde la perspectiva objetiva, que es la que nos interesa, “su realización consiste en la adopción de medidas políticas orientadas a la justicia o, como suele decirse al bien común”.¹² En ese sentido, debido a que la Constitución y los derechos fundamentales que ésta proclama vinculan a todos los poderes, éstos, los derechos fundamentales, como principios del ordenamiento jurídico, deben también inspirar su actuación en todos los niveles de gobierno.

Este entendimiento de los derechos fundamentales obedece a la noción del Estado como social y democrático de derecho, y junto a ella el entendimiento de la Constitución como normativa, y en la que, precisamente, los derechos fundamentales ya no son sólo límites al poder estatal sino también principios y valores objetivos de todo el ordenamiento jurídico. Esta nueva dimensión constituye en palabras de Böckenförde, ya no un complemento, sino una cualidad de los derechos,¹³ y para Alexy se trata del “...instrumento más importante para permitir que estos derechos adquieran un nuevo contenido”.¹⁴

Como los derechos fundamentales son ahora valores del ordenamiento y ya no sólo límites al poder, se convierten entonces en mandatos que el Estado debe cumplir.¹⁵ Esto implica que el poder público está doblemente

¹⁰ Castillo Córdova, Luis, “Principales consecuencias de la aplicación del principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, La Coruña, núm. 7, 2003, pp. 184-188.

¹¹ Para profundizar véase Orbegoso Silva, Miluska, *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y el procedimiento*, Madrid, CEPC, 2018.

¹² Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 85.

¹³ Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la ley fundamental”, en Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 109.

¹⁴ Alexy, Robert, *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, en *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt/M, Suhrkamp, 1995, p. 262.

¹⁵ Böckenförde señala que “[l]os derechos fundamentales como normas de principio o decisiones axiológicas denotan un contenido normativo determinado que exige ser realizado; no son derechos que persigan la abstención, sino que pretenden la actuación y la protección de estos contenidos”. Más adelante, afirma este mismo autor que: “El deber de

vinculado a los derechos: por un lado, en su sentido tradicional abstencionista de no lesionar la esfera jurídica por ellos protegida, y por el otro, en su dimensión objetiva, respecto de la cual deberá procurar que el disfrute de los derechos sea real y efectivo en todos los sectores del ordenamiento jurídico en el que desplieguen sus efectos.¹⁶ Pero también vinculan a los poderes en otro sentido, pues que los poderes se encuentren positivamente vinculados a los derechos se traduce en la mencionada fórmula alemana de “organización y procedimiento”,¹⁷ es decir, “que la efectividad de los derechos fundamentales no exige sólo respetar la declaración constitucional de derechos, sino que muy a menudo es preciso, además, que existan estructuras públicas, tanto administrativas como jurisdiccionales, a través de las cuales se ejerzan los derechos...”.¹⁸ Por tanto, se torna necesaria, como manifestación de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, la implementación de un procedimiento y una organización adecuados que garanticen el respeto efectivo de los derechos.

Por tanto, en sentido objetivo, los derechos fundamentales se concretan como “directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa” (y de los poderes públicos en general) de las que se desprende la obligación de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal.¹⁹ Donde, consideramos,

protección del Estado es general. No sólo prohíbe —evidentemente— intervenciones estatales directas en la vida que se está gestando, sino que obliga también al Estado a situarse ante esta vida en términos de protección y promoción, es decir, a protegerla frente a ataques antijurídicos por parte de otros”. “Sobre la situación de la dogmática...”, *cit.*, pp. 114 y 115.

¹⁶ En este sentido, la STC 18/1984 FJ. 3, señala que “La configuración del Estado como Social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía derecho público-privado y agudiza (tanto) la dificultad de calificar determinados entes, cuando no existe calificación legal, como (la) de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica”. Más adelante, en su FJ 6o., esta misma sentencia señala que “la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) «se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social». La petición del principio es evidente: habría un deber de los poderes públicos de «dar efectividad» a los derechos fundamentales «en cuanto a su vigencia en la vida social» que deriva del artículo 9.1 de la Constitución”.

¹⁷ Trute, Hans-Heinrich, “Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht”, en Hoffman-Riem, Wolfgang y Schmidt-Assmann, Eberhard (coord.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts*, tomo 3, Baden-Baden, 1996, pp. 412 y ss.

¹⁸ Díez Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Navarra, Thomson-Civitas, 2008, pp. 129 y 130.

¹⁹ Schneider, Hans-Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 7, enero-marzo de 1979, nota 4, p. 23.

la Constitución se transforma en la norma marco para la organización y procedimiento, que permiten la participación del Estado y del ciudadano,²⁰ para así cumplir con las exigencias que se desprenden desde los derechos fundamentales.

a. La organización

El Estado, y en concreto lo entes públicos, necesitan estructuras organizativas para actuar, a fin de cumplir con las funciones que se les encargan desde la Constitución o desde las leyes.²¹ El concepto de organización no es uniforme en el derecho, aunque principalmente se refiere a las instituciones o a la organización interna de las mismas; sin embargo, el concepto que nos interesa es el que tiene que ver con los derechos fundamentales. La organización a la que nos referimos tiene unos caracteres especiales que se traducen no sólo en la forma en que los órganos del Estado deberán estructurarse o configurarse para cumplir con lo mandado por las leyes, sino que servirán, sobre todo, para el caso que comentamos, como mecanismo de protección de los derechos, especialmente de libertad, del destinatario de la prestación.

La conformación de la organización administrativa y de los procedimientos de decisión pública en un sentido conforme a los derechos fundamentales implica directamente la apertura de aquéllos a la participación de los titulares de los derechos, y eventualmente a la organización exponencial de sus intereses.²² En vista de ello, el concepto de organización que empleamos debe ser amplio, e incluso debe permitir consideraciones del derecho procedimental²³, así como del Derecho presupuestario y de la función pública.²⁴ Al respecto, conviene precisar que cada vez que hablemos de organización nos tendremos que remitir al procedimiento, y viceversa. Si el procedimiento se puede definir de forma general como un “sistemas de reglas

²⁰ Häberle, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, en varios autores, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1972, t. 30, p. 56.

²¹ Ritter, Ernst-Hasso, “Organisationwandel durch Expertifizierung und Privatisierung im Ordnungs- und Planungsrecht”, en Hoffman-Riem, Wolfgang y Schmidt-Assmann, Eberhard (coord.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressourcen Schriften zur Reform des Verwaltungsrecht*, Baden-Baden, 1997, t. 4, p. 11.

²² Denninger, Erhard, “Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung”, en HStR, t. V, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004, p. 297.

²³ Rodríguez de Santiago, José María, *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons, 2007, 138.

²⁴ Schmidt-Assmann, Eberhard, *Verwaltungsorganisationsrecht...*, *cit.*, p. 20.

y/o principios para la obtención de un resultado”,²⁵ la organización aparece como un elemento previo a éste.²⁶

Asimismo, a fin de entender la organización a la que nos referimos, debemos diferenciar los derechos de los individuos a una organización, de los derechos de los individuos frente a la organización.²⁷ Los primeros, que son los que nos interesan, se refieren al derecho de la persona frente al legislador para que expida normas de organización conformes a los derechos fundamentales, esto es, en respeto de la dignidad y del pluralismo.

Por tanto, el concepto de organización que empleamos “se refiere a la completa estructura institucional que se encarga de ofrecer y realizar las prestaciones a favor de sus destinatarios”.²⁸ Esto es, a unos órganos estatales organizados donde existe una actuación institucionalizada y un mayor número de actores que interactúan regularmente con muy diferentes objetivos,²⁹ y donde lo plural se torna en el elemento determinante para definirlos.

Siempre que se piensa en la administración pública se vislumbra una megaestructura, organizada tanto jerárquica como territorialmente, que actúa vinculada al derecho y sometida a determinadas formas, pues en definitiva, “la intervención administrativa es intervención organizativa”.³⁰ Y en ese sentido, se ha dicho, y creemos con acierto, que “la medida real del bienestar social no se encuentra en las leyes, que son meras proposiciones normativas, sino más bien en la organización administrativa”.³¹ Y ello es así, pues en la medida en que la administración pública se organice adecuadamente, de forma que existan canales de comunicación y/o interacción entre administración y ciudadano, la eficacia de los derechos fundamentales será aún mayor, para así evitar a toda costa que “los derechos no se transformen en deberes y no conlleven obligaciones que a causa, por ejemplo,

²⁵ Alexy, Robert, *Teoría..., cit.*, p. 419.

²⁶ Stern, Klaus, *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band III, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988, p. 960.

²⁷ Alexy, Robert, *Teoría..., cit.*, p. 435.

²⁸ Rodríguez de Santiago, José María, *La administración..., cit.*, p. 162.

²⁹ Schmidt-Assman, Eberhard, “Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantie”, en Merten, Detlef y Papier, Hans-Jürgen, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2006, t. II, p. 1005.

³⁰ Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública-Marcial Pons, 2003, p. 258.

³¹ Nieto, Alejandro, “La organización de las administraciones públicas para el servicio del bienestar”, en Muñoz Machado, Santiago *et al.* (dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, 2000, p. 556.

de una insuficiente información o por falta de comprensión de un texto complejo, exijan demasiado de los que tienen derecho a la participación, transformándolo así en una farsa”.³²

Por ello, el derecho de la organización permite que la actividad de los órganos estatales se inserte en estructuras,³³ que deberán dar respuesta a aquella asimetría existente entre la neutralidad estatal y la pluralidad social, que es un reflejo de la asimetría entre la competencia estatal y la libertad del ciudadano. Mientras los ciudadanos actúan con una libertad jurídicamente ordenada, los órganos estatales actúan con una competencia jurídicamente otorgada.³⁴

b. El procedimiento

Todos los asuntos públicos que corren a cargo de los órganos estatales discurren a través de un procedimiento determinado.³⁵ Así, en el derecho administrativo el procedimiento se define como “el conjunto concatenado de actos o actuaciones administrativas de trámite destinadas a asegurar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la Resolución que le pone término y a garantizar los derechos de los ciudadanos afectados y las exigencias de los intereses públicos en juego”.³⁶

De esa definición, que es la común en la doctrina, se pueden extraer muchas características del procedimiento administrativo que interesan respecto del tema objeto de nuestro estudio, puesto que se caracteriza por alcanzar un fin, por ser garantía para el ciudadano, por revestirse de legalidad, por velar por el interés público. Notas o elementos que recogen exigencias derivadas de la cláusula del Estado social y de derecho, pero que, sin embargo, no atienden el elemento clave: la participación del ciudadano. Se trata de una definición desde el derecho administrativo que sólo contempla la participación de la administración pública, que sólo tiene por finalidad garantizar los derechos de los ciudadanos afectados sin que éstos tengan una actuación activa en el mismo, o en todo caso, ésta no es un elemento importante que ayude a definir el procedimiento administrativo; cuando,

³² Häberle, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *cit.*, pp. 182 y 183.

³³ Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general...*, *cit.*, p. 251.

³⁴ Rodríguez de Santiago, José María, *La administración...*, *cit.*, pp. 164 y 165.

³⁵ Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, “Los principios constitucionales del procedimiento administrativo”, en *Gobierno y administración en la Constitución*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1988, vol. I, p. 104.

³⁶ Bocanegra Sierra, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Navarra, Thomson-Civitas, 2006, p. 84.

como bien señala Luhmann, el procedimiento no es idéntico al proceso de toma de decisión, sino que se trata de un sistema social, de una actuación fáctica o material, de un sistema de interacción.³⁷

En este sentido, Alexy³⁸ diferencia los derechos cuyo procedimiento debe interpretarse de conformidad con la Constitución,³⁹ de aquellos derechos a que se establezcan determinadas normas procedimentales. Los primeros van dirigidos al juzgador, mientras los segundos, que son los que ahora nos interesan, al legislador, y en última instancia a la administración pública prestadora, y son en los que nos centraremos.

La noción de procedimiento que aquí empleamos no se refiere al concepto clásico de procedimiento administrativo, sino a una construcción teórica de otro tipo que permita la garantía y aseguramiento de los derechos fundamentales.⁴⁰ En ese sentido, el procedimiento puede ser definido como una serie de operaciones estructuradas de extracción de información y de procesamiento de la producción de decisiones, las cuales se componen de una variedad de acciones e interacciones, que tienen su propia dinámica de desarrollo, no predecible en todos los puntos,⁴¹ y tienen por finalidad una suerte de confrontación de los intereses en juego antes de que entren en conflicto,⁴² o como un “sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado”,⁴³ donde lo importante es alcanzar ese resultado mediante el respeto de reglas y principios, con base en lo cual se podrá calificar la actuación de positiva o negativa.⁴⁴

El concepto de procedimiento al que nos referimos se trata pues de un proceso jurídicamente ordenado de interacción entre dos partes: el funcionario público y el ciudadano, y referido al marco procedimental con base en el cual esta relación se va a desarrollar, dirigido “a la concreción del contenido del derecho prestacional del destinatario en una forma que se correspon-

³⁷ Luhmann, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt und Neuwied, 1978, pp. 3 y ss.

³⁸ Alexy, Robert, *Teoría...*, cit., p. 420.

³⁹ Por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el derecho a la ejecución forzosa en BVerfBE 46, 325 (33 y ss.); 49, 220 (225 y ss.); 49, 252 (256 y ss.); 51, 150 (156).

⁴⁰ Schmidt-Assmann, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrechts als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungrechtlichen Systembildung*, Heidelberg, 1998, pp. 288 y 289; Tettinger, Peter, “Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., t. 64, 2005.

⁴¹ Schmidt-Assman, Eberhard, “Grundrechte als Organisations...”, cit., p. 1005.

⁴² Häberle, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, cit., p. 87.

⁴³ Alexy, Robert, *Teoría...*, cit., p. 419.

⁴⁴ *Idem*.

da con el resultado que se pretende: éxito de la prestación, superación... de la situación de necesidad que constituye su causa y su finalidad”.⁴⁵

III. LA OBLIGACIÓN DE PROMOVER, RESPETAR, PROTEGER Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS

La técnica de la organización y el procedimiento está relacionada con distintos temas o materias, pero que siempre se encontrarán bajo la fórmula de “realización y aseguramiento de los derechos fundamentales por medio de la organización y el procedimiento”.⁴⁶ En vista de ello, nuestro principal objetivo es remarcar la función especial que tiene la organización y el procedimiento como mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Por tanto, debemos precisar, en primer lugar, que de todas las clasificaciones que existen respecto de la relación entre derechos fundamentales y la organización y el procedimiento, la que nos interesa es la que se refiere a su protección *mediante* esta técnica (*Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren*), y que es la que incluye el grupo de casos más tratados.⁴⁷ Y en segundo lugar, que la existencia de esta teoría supone para los distintos órganos del Estado la presencia de una concreta exigencia que deberá respetar.

Como veíamos anteriormente, los derechos fundamentales ya no se realizan sólo *frente* al Estado interventor, sino *en* el Estado prestador, y ello exige que el Estado ponga a disposición del individuo, formas de organización y procedimiento para hacer valer esos derechos. En ese orden de ideas, podemos concluir diciendo que en el Estado social y democrático de derecho se hace necesaria la creación de estructuras organizativas y procedimentales para la adecuada protección y eficacia de los derechos fundamentales.⁴⁸

De igual manera, y conforme a la jurisprudencia alemana,⁴⁹ la organización y el procedimiento brindan una posibilidad óptima de protección y realización directa de los derechos fundamentales, facilitando una libertad

⁴⁵ Rodríguez de Santiago, José María, *La administración...*, *cit.*, p. 140.

⁴⁶ Alexy, Robert, *Teoría...*, *cit.*, p. 419.

⁴⁷ Schmidt-Assman, Eberhard, “Grundrechte als Organisations...”, *cit.*, p. 994.

⁴⁸ Häberle, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *cit.*, pp. 43 y ss.

⁴⁹ BVerfGE 37, 132 (140). Asimismo, en la BVerfGE 35, 79 (116), fallo sobre las universidades, señala el Tribunal alemán que al titular del derecho fundamental del artículo 5o., párrafo 3, LF le debe ser concedido “un derecho a aquellas medidas, también de tipo organizativo, que son indispensables para la protección de su ámbito de libertad iusfundamentalmente garantizado”. Y en la BVerfGE 24, 367 (402 s.), fallo sobre la Ley del Parlamento de Hamburgo sobre represas, el Tribunal alemán admite la realización de una expropiación forzosa sólo si previamente se ha realizado un procedimiento de expropiación administrati-

garantizada por la Constitución mediante la disposición de instalaciones o servicios, teniendo en cuenta los recursos disponibles y la demanda existente. Por tanto, la organización y el procedimiento pueden entenderse como una forma de dotar de eficacia a los derechos fundamentales en el marco de las tareas que cumple el moderno Estado social prestador.⁵⁰

Asimismo, entre los centros de interés de los órganos estatales debemos destacar el énfasis en los valores humanos, en la organización y en las técnicas que contribuyan a mejorar las relaciones humanas y a hacer efectiva la participación.⁵¹ La forma en que el Estado se enfrenta aquí a los derechos fundamentales —es decir, no como un Estado de policía que sólo ve en ellos un límite a su actuación, sino como un Estado prestador que realice actuaciones positivas—, demanda la creación de un marco organizativo y procedimental de las prestaciones que siga permitiendo al ciudadano ser el dueño de sus propias decisiones vitales.⁵² Asimismo, Häberle señalaba que los derechos fundamentales, sobre todo los de libertad, cada vez dependen más del procedimiento y organización que realice el Estado de las prestaciones o Estado social.⁵³

La organización y el procedimiento como medios de protección de los derechos fundamentales exigen “una reforma que le permita adaptarse a un cambio de sus funciones y roles tradicionales, dando una mayor relevancia a la gestión de prestación frente a la tradicional gestión de autoridad...”.⁵⁴ Y responsable en el sentido de que se respete al ciudadano como persona, pero no desde la lejanía, sino a través de su participación en el procedimiento y mediante una organización de las prestaciones de tipo plural, pues de ello dependerá la conquista de su proyecto vital. En estos casos es un elemento definitivo su consentimiento o decisión informada, no sólo para alcanzar la adecuada satisfacción de sus necesidades, sino también como mecanismo de legitimación de la actuación estatal. Así, es que podemos entender aquello que Zagrebelsky señalaba de que en el Estado de policía existía una sociedad de menores; mientras que en el Estado liberal, una so-

va. Sentencias que resultan paradigmáticas en cuanto a la garantía de los derechos fundamentales a través del procedimiento y la organización.

⁵⁰ Rodríguez de Santiago, José María, *La administración...*, cit., p. 134.

⁵¹ Dwight, Waldo, *La administración pública del cambio social*, Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1974, p. 79.

⁵² Rodríguez de Santiago, José María, *La administración...*, cit., p. 130.

⁵³ Häberle, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, cit., p. 52.

⁵⁴ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “Reformas y modernización de la administración pública española”, en Calvo Charro, María (coord.), *La administración pública española*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, p. 43.

ciudad de adultos,⁵⁵ los cuales definen el curso de su vida mediante decisiones personales responsables.

En ese orden de ideas, podemos ver qué tan relevante es la tarea que deben cumplir los órganos estatales a tenor del tercer párrafo del artículo 1o. constitucional, para lo cual deberán también asegurar los medios organizativos y procedimentales necesarios para que se gestione con eficacia los intereses que la sociedad le confía, “pues tan nocivo para ésta —para la sociedad, para los ciudadanos— es el autoritarismo administrativo, el abuso del poder o la falta de garantías individuales como la impotencia, la parálisis y la ineficacia de la Administración”,⁵⁶ pues mediante estos conceptos se podrá lograr no sólo un control más eficaz de la actuación administrativa prestadora, sino también su eficacia y eficiencia.

La STC 18/1984, del 7 de febrero, FJ 3, del Tribunal Constitucional español, señala que

la interpenetración entre Estado y sociedad se traduce tanto en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado como en una ordenación por el Estado de entidades de carácter social en cuanto su actividad presenta un interés público relevante, si bien los grados de intensidad de esta ordenación y de intervención del Estado pueden ser diferentes.

Por tanto, Estado y sociedad no pueden definirse como dos sistemas, sino más bien “como subsistemas completamente interdependientes, vinculados y condicionados por un número creciente de interrelaciones, de flujos y reflujos...”⁵⁷ De modo que, debido a las constantes y heterogéneas demandas y estímulos por parte de la sociedad, estamos asistiendo a una transformación de la estructura y función del Estado, y como consecuencia de las constantes acciones e intervenciones del Estado, asistimos también a una transformación estructural de la sociedad. Por tanto, resulta evidente que todo ello crea una situación de tensión entre los agentes que participan en ella: del Estado, que da las líneas directrices de la responsabilidad global del mismo, y de otro, la libertad y responsabilidad del individuo,⁵⁸ cuestiones que creemos pueden ser salvadas en el caso de la actuación administrativa de carácter social que comentamos, a través de la organización y el procedimiento.

⁵⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 29.

⁵⁶ Sánchez Morón, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 102.

⁵⁷ García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977, p. 113.

⁵⁸ Rodríguez de Santiago, José María, *La administración...*, *cit.*, p. 18.

Por las razones expuestas, somos de la idea que los derechos fundamentales pueden ser garantizados de forma previa e inmediata a través de la organización y el procedimiento, más que confiándolos a las formas tradicionales de protección.

Debido a que la principal función de todo Estado de derecho es garantizarlos y protegerlos mediante la limitación del poder, podemos afirmar que la defensa de los derechos fundamentales que en el Estado de derecho se encargaba al juez una vez que éstos han sido vulnerados, hoy la asume en cierta medida también la administración pública, pero de una forma previa y a fin de evitar cualquier vulneración, mediante la garantía de los mismos por medio de formas adecuadas y eficaces de organización y procedimiento.

La búsqueda de otros mecanismos de protección se presenta cuando escasean las condiciones requeridas para la libertad, y, en ese sentido, aunque en el actual Estado los derechos ya no sólo se conciben como derechos de defensa, ello no debe llevarnos a renunciar a aquello que fue conquistado durante la etapa liberal; esto es, que los derechos fundamentales representan un límite infranqueable a la actuación del poder. De modo que “la exigencia de organización y procedimiento supone un perfeccionamiento —no una negación— de la tradición liberal, de las que arrancan los derechos fundamentales”.⁵⁹ La organización y procedimiento permiten una presencia cooperativa de la dimensión negativa y de la dimensión positiva de la libertad,⁶⁰ lo cual permite a su vez la defensa de la misma, pero también su despliegue sin trabas.

Muchos derechos fundamentales requieren para su realización de una organización y un procedimiento que los rijan, y se convierten así en elementos necesarios para su efectividad, en particular de su eficacia material.⁶¹ Por tanto, “las normas de procedimiento y de organización deben crearse de tal manera que, con suficiente probabilidad y en suficiente medida, el resultado sea acorde con los derechos fundamentales”,⁶² y, en específico, con la dignidad.

Mediante la incorporación de una adecuada organización y procedimiento se crea una suerte de protección *ex-ante* de los derechos fundamentales, una garantía de no vulneración, en el marco de la actuación estatal en todo nivel de gobierno, las cuales deben estar a disposición del ciudadano y

⁵⁹ Díez-Picazo, Luis María, *Sistema...*, *cit.*, p. 129.

⁶⁰ Denninger, Erhard, “Staatliche Hilfe...”, *cit.*, p. 308.

⁶¹ Stern, Klaus, *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Múnich, Band III, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1988, p. 956.

⁶² Alexy, Robert, *Teoría...*, *cit.*, p. 419.

a través del cual encauzará su actuación.⁶³ De este modo, los órganos estatales se constituyen también como garantes de los derechos fundamentales.⁶⁴

IV. PROTECCIÓN *EX-POST* Y PROTECCIÓN *EX-ANTE* DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La protección de los derechos fundamentales se puede presentar de dos maneras. De forma preventiva, antes de cualquier vulneración, es decir, como una suerte de “garantía de no vulneración” o protección *ex-ante*; o de forma reactiva, es decir, una vez que éstos han sido vulnerados, a la cual llamaremos protección *ex-post*.

Ambas formas de protección resultan desde nuestro punto de vista adecuadas, y de algún modo necesarias, pues sería bastante ilógico configurar sólo garantías *ex-post* de protección sin que antes se establezca un marco que permita la eficacia de los derechos fundamentales sin esperar a una efectiva vulneración.

Asimismo, la existencia de ambas formas de protección es una manifestación de la idea de organización y procedimiento como forma de protección de los mismos. La protección *ex-post* se enmarca en lo que se clasifica como “derecho a la organización y procedimiento”, y la protección *ex-ante*, como “derecho mediante la organización y procedimiento”.

1. *Protección ex-post*

A grandes rasgos, la protección *ex-post* de los derechos fundamentales se refiere a los mecanismos procesales de defensa que se activan una vez que éstos han sido vulnerados. Garantías jurisdiccionales cuya prestación se deja en manos de los órganos judiciales, y que en el caso de los derechos fundamentales están reguladas en la Constitución y en las leyes de desarrollo.

⁶³ *Ibidem*, p. 42.

⁶⁴ Como señala Schmidt-Assmann, la administración pública se rige por tres principios: respeto de los derechos fundamentales; sometimiento al Derecho y a la ley; y vinculación a la garantía de la tutela judicial efectiva. Y son principios que vinculan no sólo al núcleo de la acción administrativa de las entidades u organizaciones jurídico públicas, sino que se extiende también a amplios sectores de la acción y la organización privada de la administración. Cfr. Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general...*, cit., p. 4.

Tradicionalmente, la tutela de las libertades y derechos de los ciudadanos mediante este tipo de mecanismos de protección se encomienda a los tribunales y se caracteriza por tener una naturaleza reactiva y no preventiva, que recae en jueces ordinarios, pero también en un órgano creado especialmente para su protección en última instancia, la SCJN. Es decir, nos referimos a los recursos judiciales ordinarios, como el amparo o el recurso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Aunque su regulación y existencia es necesaria a fin de garantizar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, este tipo de mecanismos de protección, de alguna forma implica asumir de antemano la afectación de derechos fundamentales. Incluso, la “tolerancia” de una posible vulneración de derechos fundamentales por parte de los órganos estatales que será sólo resuelta posteriormente, lo cual sólo permitiría en principio una protección a futuro de los derechos fundamentales (*vorverlegte Rechtsschutz*);⁶⁵ esto es, una vez que éstos han sido vulnerados. En vista de lo cual hace falta que existan mecanismos que, para el caso que comentamos, garanticen la vigencia y respeto de los derechos fundamentales, especialmente los de libertad.

2. Protección ex-ante

La protección de los derechos antes de que sean vulnerados, o más bien su garantía, es algo natural y propio de todo Estado de derecho. El nacimiento de la propia Constitución se justifica en ello, y, asimismo, los mecanismos de división de poderes y reconocimiento de los derechos fundamentales buscan nada más y nada menos que limitar el poder “en seco”, es decir, son mecanismos *ex-ante* de protección de las libertades fundamentales del ciudadano. El uso de mecanismos *ex-post* se hace necesario en la medida en que, aun teniendo un sistema que busca evitar la afectación de derechos, estas deformaciones se produzcan. La activación de la protección judicial no resulta pues algo querido, sino que se trata de una suerte de remedio ante la afectación de derechos fundamentales. Por ello, aunque resulte necesaria, se requiere también que existan mecanismos que *per se* permitan la protección de los mismos.

La protección *ex-ante* de los derechos fundamentales es por definición una protección preventiva, a la que más bien podríamos denominar “garantía de protección” de que puedan verse afectados en el desarrollo de la actuación estatal, y que se hace efectiva, desde nuestro punto de vista, mediante la incorporación de una correcta organización y procedimiento

⁶⁵ Häberle, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *cit.*, p. 53.

en la configuración y desarrollo de la prestación de servicios personales y/o materiales.

En ese sentido, si lo que temíamos era un Estado descontrolado que en su cometido de cumplir con sus obligaciones y funciones pudiera afectar derechos fundamentales, la participación en el procedimiento representa “una nueva forma expresiva de la clásica función defensiva adscrita a los derechos fundamentales”;⁶⁶ esto es, que reconociendo la importancia de la participación y su papel central podemos identificar con ella el momento defensivo de los derechos fundamentales a través del procedimiento.⁶⁷

En segundo lugar, también podemos conseguir una protección *ex-ante* de los derechos fundamentales mediante una adecuada organización que satisfaga la demanda plural de la sociedad, y, en ese sentido, señala Pitschas que resulta necesario que las estructuras organizativas a través de las cuales actúa el Estado deben permitir en sí mismas la posibilidad de que su destinatario pueda determinar sus propias condiciones de vida —esto es, el despliegue sin trabas de su personalidad— en el marco de la prestación estatal.⁶⁸

En este orden de ideas, si bien el legislador es el primer llamado a realizar esta exigencia, a regular la existencia de una organización y un procedimiento adecuado, también cumple un papel fundamental la administración pública en la materialización de las normas que regulan el procedimiento y la organización, para así poder brindar una protección *ex-ante* de los derechos fundamentales. Siendo que, de esta forma, se produce una suerte de “simbiosis entre la Administración y el ciudadano”,⁶⁹ encontrándose aquí el *status activus processualis*.

En definitiva, “...más que las posibilidades individuales de reacción frente a agravios concretos, lo crucial en un Estado democrático de Derecho es que el ambiente general sea respetuoso de los valores constitucionalmente proclamados”.⁷⁰ Y ello se consigue, para el caso de la actuación administrativa prestadora de carácter social y en concreto de las prestaciones personales de servicios y/o materiales, con la implementación de una adecuada organización y procedimiento.

⁶⁶ Schillaci, Angelo, “Derechos fundamentales y procedimiento, entre libertad y seguridad”, en Balaguer Callejón, Francisco (dir.), *ReDCE*, año 7, núm. 13, 2010, p. 223.

⁶⁷ Häberle, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *cit.*, pp. 292-295.

⁶⁸ Pitschas, Rainer, “Organisationsrecht als Steuerungsressource in der Sozial Verwaltung”, en Schmidt Assmann, Eberhard y Hoffman-Riem, Wolfgang, *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, t. 4, Baden-Baden, 1997, p. 170.

⁶⁹ Häberle, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *cit.*, p. 127.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 64.

V. CONCLUSIONES

La reforma en materia de derechos humanos en México supuso uno de los mayores hitos que sobre la materia se haya realizado. La protección de la persona y su dignidad se volvió el centro y fin del orden jurídico mexicano, al recoger una lista de derechos que a partir de entonces se deben interpretar a la luz de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y de los principios que se desprenden de ellos, en particular de aquellos que la Convención Americana de Derechos Humanos ha señalado como indispensables para la mejor interpretación en pro de la persona.

En este orden de ideas, la CPEUM recoge la obligación de todos los órganos estatales, en todo nivel de gobierno, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, lo cual es una manifestación de la dimensión objetiva de los derechos humanos. De ello, se traducen las actuaciones positivas que deben realizar a fin de realizar y garantizar los derechos humanos recogidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por México.

Somos de la idea de que esas exigencias se pueden canalizar a través de dos conceptos fundamentales: la organización y el procedimiento, que son una concreción de la dimensión objetiva de los derechos humanos.

En primer lugar, porque consideramos que mediante la organización y el procedimiento se logra una garantía *ex-ante* de los derechos fundamentales en la relación Estado-ciudadano. Asimismo, porque la existencia de un procedimiento y organización adecuados resulta una exigencia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que como principios que son también, inspiran el entero ordenamiento jurídico y demandan, por tanto, que los poderes implementen las estructuras necesarias a fin de que su vigencia sea real y efectiva.

Con el concepto de procedimiento no nos referimos al clásico de procedimiento administrativo, que se remite únicamente a la actuación de la administración, sino que se trata de un proceso jurídicamente ordenado de interacción entre dos partes, el personal al servicio de los órganos estatales y el ciudadano, y referido asimismo al marco procedimental con base en el cual esta relación se va a desarrollar. La organización, por su parte, se refiere a la completa estructura institucional, que permitirá una garantía en la ejecución de la actuación estatal, y que permitirá una atención de la sociedad plural en respeto de las exigencias que se desprenden de los derechos humanos.

*De conformidad con los principios de universalidad,
interdependencia, indivisibilidad y progresividad.*

DERECHOS HUMANOS: PRINCIPIOS SUSTANTIVOS PARA UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA

Hugo S. RAMÍREZ-GARCÍA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los rasgos-principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos.* III. *Derechos humanos: una concepción de la justicia.*

I. INTRODUCCIÓN

El contenido del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se transformó en 2011, y con ello, el sentido del derecho en México. En efecto, el nuevo texto instaura la “constitucionalización de la persona”¹ cuando indubitablemente *conforma* toda actividad de las autoridades públicas a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, es decir, con los rasgos de los derechos humanos.

Así, *conforme* (o de conformidad) es una noción crucial empleada por el constituyente permantente en la renovada redacción del artículo 1o., porque representa la relación entre dos prácticas sociales concretas: la del Estado de derecho y la de los derechos humanos.²

* Profesor-investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Investigador nacional, nivel II, del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt.

¹ Esta expresión ha sido empleada para expresar la transformación que experimenta un Estado cuando adquiere el compromiso de orientar la *praxis* jurídica para proteger al ser humano como *leitmotif*. Spaemann, Robert, *Persons. The Difference Between ‘Someone’ and ‘Something’*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 206.

² Entiendo por práctica social el conjunto ordenado de actividades comunitariamente consolidadas con las que se pretende realizar ciertos bienes. Lo anterior es deudor del pen-

La práctica del Estado de derecho se caracteriza por legitimar la coordinación autoritativa de las conductas al interior de una sociedad; es decir, gracias a esta práctica la potestad de limitar las opciones de comportamiento se encuentra controlada mediante el principio de legalidad. Por su parte, la práctica de los derechos humanos se distingue por concretar la protección de los intereses fundamentales de los seres humanos a partir de una matriz de racionalidad según la cual tal protección de los intereses y bienes de cada ser humano, sin excepción, debe ser la máxima posible; incluso cuando se enfrentan con objetivos colectivos.

¿Qué sucede cuando las prácticas del Estado de derecho y de los derechos humanos se encuentran y vinculan? A mi juicio, cuando ello sucede comienza el itinerario hacia el encuentro de dos trayectorias que significará para el Estado de derecho el compromiso radical para que las normas con las que se realiza el principio de legalidad cumplan con criterios de justicia sustantivos. Por su parte, la práctica de los derechos humanos gana en términos de factibilidad, ya que por sí misma no logra la coordinación de las conductas necesaria para realizar eficazmente los bienes que le son inherentes; gracias al enlace con la práctica del Estado de derecho obtiene la correlatividad ente derechos y deberes con las garantías propias de la coactividad.

La relación entre Estado de derecho y derechos humanos está tejida por los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. A fin de comprender su función práctica pueden tomarse dos caminos: uno de ellos se enfoca en el alcance práctico de cada uno por separado, y el otro lo hace bajo una perspectiva sintética, dibujando como resultado de conjunto la configuración de una teoría o concepción de la justicia basada en los derechos humanos. En este capítulo propongo ambas aproximaciones, comenzando por los rasgos de los derechos que han sido incorporados en el artículo 1o. constitucional, así como otros que son igual de relevantes, pero que fueron omitidos en la redacción del mencionado artículo (apartado II). Finalizaré exponiendo los elementos básicos de una teoría de la justicia centrada en los derechos humanos (apartado III).

samiento de Alasdair MacIntyre, quien propone para tal noción lo siguiente: “Por práctica entendemos cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, establecida socialmente, mediante la cual se realizan los bienes inherentes a la misma”. MacIntyre, Alasdair, *Tres la virtud*, Barcelona, Crítica, 2004, p. 233.

II. LOS RASGOS-PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Toda realidad jurídica manifiesta determinadas características que la identifican. Por ejemplo, la materialidad de un título de crédito es una de sus características más importantes; así, en ausencia del documento (material) donde se incorpora la obligación, ésta deja de existir para el plano jurídico. Con los derechos humanos sucede lo mismo: se asemejan y distinguen de otras realidades del derecho a través de los atributos que les son propios, y que configuran precisamente su identidad jurídica. Como estos rasgos necesitan de desarrollo o, si se prefiere, de concreción jurídica, son a la vez principios. Es decir, son pautas normativas que deben ser atendidas por las entidades responsables de la tarea de concretarlos mediante normas generales o a través de normas particulares de adjudicación.

1. *Universalidad de los derechos humanos*

La universalidad es, desde mi punto de vista, el atributo más destacado de los derechos humanos. Si bien admite múltiples contenidos semánticos, el más básico y fundamental de sus significados se expresa en la siguiente tesis: todos los seres humanos son titulares de todos los derechos humanos. La universalidad así entendida es consecuencia directa de haber comprendido la igualdad ontológica de los seres humanos, y al mismo tiempo manifiesta la radical naturaleza jurídica de los derechos, ya que realizan el sentido del derecho, como no violencia y no discriminación.³

Respecto de la universalidad de los derechos humanos, Norberto Bobbio⁴ describió una importante dificultad que se manifiesta en el paso de los derechos pensados a los derechos institucionalizados; es decir, en la traducción deóntica institucional de los derechos desde las premisas y tesis filosóficas donde son originalmente comprendidos. El problema consiste en que la universalidad de los derechos, un atributo necesario cuando son objetos del pensamiento, se torna en generalidad cuando son incorporados al derecho positivo mediante la labor del legislador o de otra fuente formal. Si bien puede mantenerse que la titularidad de los derechos corresponde a todo ser

³ Ballesteros, Jesús, “El derecho como no-discriminación y no-violencia”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 1973, *passim*.

⁴ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 68.

humano sólo por el hecho de existir, el alcance práctico de su protección real queda acotado por las fronteras del territorio del Estado que los reconoce, o con otros términos quedan limitados por el alcance territorial de validez de las normas que los garantizan: teóricamente son derechos humanos en cuanto a su fundamento, pero prácticamente son derechos del ciudadano en cuanto a sus garantías.⁵

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) representa la solución para tal problema, porque, en su conjunto, manifiesta un mensaje inequívoco: los derechos humanos deben positivizarse universalmente para garantizar su respeto y ejercicio. De lo contrario, se prevé una consecuencia al mismo tiempo fáctica y moral: una situación de tiranía y opresión tal, que sería legítimo el ejercicio del derecho a la rebelión.⁶

Atendiendo a lo anterior, la universalidad de los derechos puede comprenderse mejor si nos enfocamos en sus funciones prácticas: *i*) como punto de partida, es decir, como causa de su exigibilidad a partir del reconocimiento de la titularidad incondicionada de los derechos a favor de toda persona, y *ii*) como punto de llegada: objetivo colectivo o meta humana.⁷

Bajo el aspecto de punto de partida, la universalidad de los derechos humanos quiere decir que el único requisito necesario para la titularidad de los mismos es la condición de pertenecer al género humano, lo que podría denominarse *universalidad en el título*: “la garantía de tales derechos es completamente independiente de las situaciones y circunstancias en que los seres humanos vivan y de las posiciones jurídicas que eventualmente desempeñen”.⁸ La consecuencia práctica de la universalidad de los derechos, entendida como punto de partida, se manifiesta en que retirarlos o

⁵ Luis Prieto Sanchís ofrece una aproximación a la universalidad de los derechos como generalidad de la norma cuando señala: “un derecho será universal cuando su ejercicio se atribuya a toda persona dependiente de la jurisdicción de un país”. Esto quiere decir que la universalidad es idéntica a la generalidad de la hipótesis del enunciado legal. Una vez más con Luis Prieto Sanchís: “Un derecho satisface el requisito de la universalidad cuando cualquier persona, situada en la posición descrita por la norma, puede disfrutar del derecho...; ello no impide que el derecho esté formulado en términos discriminatorios, de modo que no toda persona pueda ejercerlo por el mero hecho de ser persona, sino que su ejercicio se condicione a la concurrencia de determinados requisitos, o a la posesión de cierto estatus”. Prieto, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 80 y 81.

⁶ Este mensaje o contenido central de la Declaración Universal de los Derechos Humanos está implícito en todo su texto, pero con especial hincapié se explicita en dos lugares: el considerando tercero de su preámbulo y el artículo 28.

⁷ Peces-Barba, Gregorio, “Universalidad de los derechos”, *Doxa*, núm. 15-16, 1994.

⁸ Martínez-Pujalte, Antonio, “La universalidad de los derechos humanos y la noción constitucional de persona”, en Ballejeros, J. (coord.), *Justicia, solidaridad y paz. Estudios en ho-*

denegarlos es siempre, y, en todo caso, un acto reprochable de injusticia, porque con ello se limita el disfrute de un bien para la persona humana, que reviste una importancia fuera de toda duda. *A contrario sensu*, su garantía y promoción en favor de toda persona es una razón de peso para articular una protección normativa a su favor.⁹ Igualmente, como punto de partida, este atributo de los derechos humanos representa la *universalidad de la obligación*, es decir, los derechos humanos son consecuencia de la dignidad de la persona y, por esa razón, recordando el contenido del artículo 1o. de la DUDH, *toda* persona está obligada a reconocer, respetar y promover *toda* la dignidad de *toda* persona.

Asimismo, la universalidad de los derechos humanos como punto de partida hace referencia a las exigencias de la condición concreta de su titular, de tal manera que en este contexto puede afirmarse que todos los seres humanos tienen derecho a la vida, al trabajo, a la educación, etcétera, porque estas realidades forman parte de la condición humana. De tal forma, cuando un ser humano es considerado como trabajador (una situación universal de la existencia-condición humana), ciertas exigencias universales se ponen de manifiesto. Aquí, la universalidad significa que esas situaciones “universales” tienen modos “universales” (es decir, alineados con los derechos humanos) de resolverse dignamente: los salarios justos, la alimentación adecuada y suficiente, la posibilidad de decidir libremente tomar estado y formar una familia, etcétera.

Como punto de llegada, la universalidad es la *utopía realista* de los derechos humanos. Con este término Jürgen Habermas¹⁰ describe la tensión permanente en la que se encuentran las sociedades y sus gobiernos que han reconocido los derechos, a los cuales no pueden recurrir ya como coloridos recursos retóricos, sino como estándares exigentes de evaluación de cuyo cumplimiento depende, en gran medida, su desarrollo y legitimidad.

Universalidad, en este sentido, representa la coherencia entre deber ser y ser: que todos los titulares de los derechos humanos efectivamente los disfruten. Universalidad significa también la realización de un estado de cosas donde los seres humanos sean respetados incondicionalmente, favoreciendo su desarrollo y realización plena, para lo cual es requerido el esfuerzo permanente de enmienda para eliminar toda forma de discriminación y margi-

menaje al profesor José María Rojo Sanz, Valencia, Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 1995, t. I, p. 264.

⁹ *Ibidem*, p. 266.

¹⁰ Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, vol. LV, núm. 64, 2010, p. 19.

nación. Jesús Ballesteros explica que “marginado es un ser (humano) que no logra ver reconocidos plenamente sus derechos fundamentales y, por tanto, satisfechas las necesidades básicas que aquellos salvaguardan”.¹¹

El proceso de transformación social al que hago referencia implica la comparación entre las exigencias de carácter ético y jurídico asociadas al auténtico disfrute de los derechos humanos por parte de toda persona, y el grado real de respeto que tienen los derechos humanos en la experiencia social concreta.¹² Este balance arroja hoy un saldo deficitario; es un hecho incuestionable que los derechos humanos no han sido reconocidos de manera plena y su disfrute generalizado aún no se logra. Sin embargo, lo anterior debe propiciar la toma de conciencia de que la universalidad de los derechos es una conquista histórica en la que deben empeñarse las sociedades de ahora en adelante.

Un primer paso crucial en este itinerario por la eficacia de los derechos humanos ha sido descrito como el tránsito desde la universalidad abstracta a la universalidad concreta de los mismos. Se trata de la solución a una cuestión problemática que apunta hacia la incongruencia entre la proclamación de los derechos humanos como derechos universales y la falta de goce efectivo de los mismos por parte de todas las personas.

Para Encarnación Fernández,¹³ tal inconsistencia histórica se debe a la influyente presencia de la ideología individualista en el discurso de los derechos humanos, que ha impuesto una concepción abstracta del ser humano, a la que posteriormente se dota de contenido primando el dato de la independencia y la autonomía. Con ello ha sido posible justificar la exclusión de la titularidad de los derechos a todas aquellas personas que no cumplen con ciertas condiciones, arbitrariamente establecidas. Por ejemplo, en los albores de la institucionalización de los derechos (a finales del siglo XVIII e inicios del XIX), sus únicos titulares reconocidos eran varones (excluyendo a las mujeres), blancos (excluyendo a todo ser humano con características raciales distintas), propietarios (excluyendo a todo ser humano que no cumplía con cierto estatus socioeconómico). Si bien esta práctica tan grotesca se ha ido corrigiendo a lo largo del tiempo, no es infrecuente que se mantenga de una manera más sutil, y tal vez por ello más dañina; “el riesgo de la exclusión de los derechos de los no autónomos, o de los no plenamente autónomos desde un punto de vista psicológico, quienes aquí y ahora no se

¹¹ Ballesteros, Jesús, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 43 y 44.

¹² Pécés-Barba, Gregorio, “Universalidad de los derechos”, *cit.*, p. 629.

¹³ Fernández, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 30-36.

hallan en el pleno ejercicio de sus facultades racionales y volitivas, lo que no significa que carezcan de ellas”¹⁴

¿Cómo puede superarse la falacia de una universalidad sólo abstracta de los derechos humanos? Una respuesta viable puede ser articulada con tres ideas:

- a) La universalidad de los derechos humanos debe mantenerse como uno de sus atributos principales, ya que de lo contrario perderían su sentido radical como instrumentos de progreso, de liberación, de emancipación y, también, de defensa, de protección, de tutela de los más débiles. En todo caso, ante su ineficacia debe corregirse la influencia negativa que ha representado el individualismo encubierto con atributos abstractos del titular de los derechos.
- b) La universalidad sólo abstracta debe traducirse a una universalidad anclada en la realidad, admitiendo su complejidad y diversidad. Con palabras de Encarnación Fernández:

La dignidad humana se manifiesta, está presente en todos y cada ser humano concreto. Y ello porque la dignidad es indivisible, no reside en ciertas características del ser humano aisladamente consideradas, sino en el ser humano como tal en su unidad indivisible. No habría por tanto seres humanos más dignos que otros, ni vidas más dignas que otras. En definitiva se trata de mantener la prioridad de los individuos y de sus derechos; pero no de un individuo abstracto sino de individuos concretos, reales, existentes en su diversidad y complejidad.¹⁵

- c) La universalidad concreta se traduce en la especificación de los derechos humanos, es decir, en el acto de vincularlos a las distintas situaciones vitales, a las diferentes esferas existenciales humanas, a los diversos modos de *ser* ser humano. La tarea de especificación de derechos no supone atribuir a los sujetos pertenecientes a grupos diversos por situación y condición derechos distintos, sino concretar exigencias específicas de los mismos derechos humanos básicos en su situación particular.

Una cuestión asociada a la universalidad de los derechos humanos que merece atención específica está en los debates y polémicas que ha suscitado. La mayoría intenta asociar a los derechos con una empresa etnocéntrica que carece de legitimidad para imponer estándares morales a toda la humanidad. Veamos un par de ejemplos:

¹⁴ *Ibidem*, p. 36.

¹⁵ *Ibidem*, p. 49.

La conocida como Metáfora SVS (Salvaje Víctima Salvador o en inglés: *Savage-Victim-Savior Metaphor*) es un caso de este tipo de crítica hacia los derechos humanos.¹⁶ Según sus adherentes, la pretensión por hacer del contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) una realidad normativa global está fundada en una ideología imperialista que propicia la desigualdad entre pueblos y culturas. Alegan que el ensanchamiento internacional de los derechos tiene como consecuencia que toda cultura deba legitimar su propia existencia demostrando que ha asimilado su canon moral. De lo contrario se les juzga como culturas incivilizadas o salvajes. La comunidad donde está presente una cultura salvaje es su víctima, y no tienen otra salida que sustituirla, parcial o totalmente, por la cultura occidental, portadora de la civilización salvadora. Entonces, siguiendo con la Metáfora SVS, con la expansión de los derechos humanos se constituyen relaciones asimétricas, incluso jerárquicas, entre los pueblos: unos son víctimas-pasivas que por sí mismos no pueden superar la situación de injusticia que padecen, pues son el contexto de expresión de una cultura no civilizada, salvaje y opresora. Occidente representa a los pueblos salvadores-activos, ya que de su cuenta corre la mejora sustantiva de la condición de aquella humanidad cuya cultura no acepta el canon moral de la DUDH. La conclusión a la que se llega es que el dominio de los pueblos salvadores sobre el resto queda encubierto e impune gracias a la ideología neocolonial de los derechos.¹⁷

Otro alegato crítico muy extendido contra la universalidad de los derechos humanos se vincula al multiculturalismo y su defensa de la autenticidad-relatividad cultural. El multiculturalismo se caracteriza como una reacción frente al etnocentrismo¹⁸ y al asimilacionismo.¹⁹ Lo que el multiculturalismo pretende, en síntesis, es que se reconozca igual valor a toda cultura y, consecuentemente, se les proteja de manera específica, sobre todo a través del derecho a la diferencia cultural. En este orden de ideas, se man-

¹⁶ Mutua, Makau, "Savages, Victims, and Saviors: the Metaphor of Human Rights", *Harvard International Law Journal*, núm. 42 (1), 2001, *passim*.

¹⁷ Ingiyimbere, Fidele, *Domesticating Human Rights. A Reappraisal of their Cultural-Political Critiques and their Imperialistic Use*, Nueva York, Springer, 2017, p. 36.

¹⁸ El etnocentrismo significa la pretensión de imponer como absolutos los propios valores culturales y hacer aparecer a la propia cultura como unidad de medida de toda otra cultura. D'Agostino, Francesco, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Temis-Universidad de la Sabana, 2007, p. 236.

¹⁹ Por asimilacionismo puede entenderse el avasallamiento de las culturas minoritarias por parte de una cultura mayoritaria. Salmerón, Fernando, *Diversidad cultural y tolerancia*, México, Paidós-UNAM, 1998, p. 44.

tiene que sería injusto realizar una comparación y valoración entre culturas (y sus morales vigentes) de la cual resultara un juicio crítico para alguna de ellas: si cada cultura es valiosa en sí misma, los valores y prácticas que se lleven a cabo en su interior equivalen a los valores y prácticas de otras culturas, a pesar de que sean muy diferentes; esta situación se conoce con el nombre de “relativismo cultural”.²⁰

Si las tesis multiculturalistas con las que se defiende el relativismo cultural son acertadas, entonces los derechos humanos, y sobre todo su pretensión de universalidad, son una imposición ilegítima de la cultura occidental sobre otras culturas. De manera sintética, Miguel Giusti hace referencia a dos de las principales tesis con las que se critica la universalidad de los derechos en clave multiculturalista: en primer lugar, se cuestiona “la concepción individualista e instrumental subyacente a la noción de derechos humanos, concepción que es originaria y propia de la cultura occidental, pero que quiere hacerse pasar por una concepción válida en un sentido universal”.²¹ En segundo término, se denuncia la posible fuerza corrosiva de los derechos humanos respecto de tradiciones culturales-comunitarias no occidentales:

Lo que se quiere dar a entender es que al hacer valer los derechos de un sujeto desarraigado de toda tradición, y concebido en su mera humanidad neutral, se están devaluando los contextos culturales a los que pertenecen los individuos y minando las bases de su legitimación. Los derechos humanos no son un listado inofensivo de valores amoldables a cualquier situación; por el contrario, su aceptación implica un reordenamiento jerárquico de principios o valores, respecto del cual las culturas tradicionales pierden necesariamente legitimación.²²

Frente a los cuestionamientos enunciados pueden postularse diversas respuestas que al final arrojan un balance positivo a favor del reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos.

²⁰ El relativismo cultural, explica James Rachels, desafía la creencia en la objetividad y en la universalidad de las verdades morales; más aún, niega la existencia de tales verdades, afirmando que sólo hay diversos códigos culturalmente válidos. De esta forma, según el relativismo cultural, no puede decirse que hay costumbres y normas correctas e incorrectas, ya que no existe un criterio independiente para identificar la corrección e incorrección de tales costumbres y normas. En definitiva, según el relativismo cultural, el juicio al que se somete a una cultura y sus normas, es un acto arrogante; lo único que legítimamente puede realizarse en estos casos, es la práctica de la tolerancia hacia las prácticas de otras culturas. Rachels, James, *Introducción a la filosofía moral*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 40-42.

²¹ Giusti, Miguel, “Los derechos humanos en un contexto intercultural”, documento consultado en: <http://www.oei.es/valores2/giusti2.htm> (fecha de consulta: 21 de agosto de 2019).

²² *Idem*.

En primer lugar, podemos tener en cuenta las réplicas que se han postulado al relativismo cultural y sus consecuencias éticas. Juan José Sebrelli consigna que el relativismo cultural representa una postura equivocada en la medida en que juzga, como criterio de valor, la mera coherencia consigo mismo al precio de prescindir de la coherencia con la realidad.²³ El relativismo cultural comete así el error de deducir un juicio normativo de un juicio fáctico al justificar toda norma moral, cualquiera que fuera, por el mero hecho de ser aceptada por la mayoría de una comunidad. Categóricamente Sebrelli afirma: si toda moral “está justificada por formar parte de una identidad cultural, el error y la maldad no tiene lugar, y parecería que los hombres hicieran siempre lo que deben hacer”.²⁴

En segundo término, podemos considerar la defensa de la unidad fundamental de las culturas basada en la tesis, según la cual del hecho de la pluralidad y diferencia entre culturas no se sigue, necesariamente, la justificación del relativismo axiológico y ético, sino más bien demuestra la riqueza y complejidad de lo humano, que no puede agotarse como expresión o manifestación de una sola cultura: “Si las formas expresivas del *humanum* son, en principio inagotables, no cualquier forma expresiva puede, *per se*, ser portadora de lo humano en cuanto tal”.²⁵ Dicho con otros términos, el significado de la diversidad cultural no es el de desacuerdo entre tradiciones, sino el reflejo de que cada una ha comprendido, de manera peculiar, una misma realidad, en sí misma profunda y compleja que es la realidad humana.

Si esto es así, ninguna cultura puede erigirse como la única interpretación de lo humano, y por lo tanto ignorar y rechazar, por principio, las interpretaciones que se generan en otras culturas. A partir de estas ideas, es posible postular que en la base de toda cultura hay algo que conecta a todas, una realidad que tiene la función de zócalo para todas ellas. Francesco d’Agostino ofrece como evidencia de esa realidad que interconecta y une a las culturas, la existencia de “preceptos de amplio aliento: normas cuya función objetiva es la de definir lo que es justo, apropiado, *humano*”.²⁶ Son normas transculturales; por ejemplo, el principio de reciprocidad, que establece dos deberes concretos: que la gente debe ayudar a aquellos que le han ayudado, y que no debe dañar a quienes le han ayudado.

²³ Sebrelli, Juan, *El asedio a la modernidad. Crítica del relativismo cultural*, Barcelona, Ariel, 1992, p. 72.

²⁴ *Ibidem*, p. 71.

²⁵ D’Agostino, Francesco, *Filosofía del derecho*, *cit.*, p. 245.

²⁶ *Idem*.

Con lo anterior se demuestra la capacidad de comunicación de todas las culturas, y, en consecuencia, de todos los individuos como sustento real para la universalidad de los derechos humanos, y su capacidad para fomentar la comunicación moral entre interlocutores distantes por causa de las diferencias culturales que se manifiestan entre ellos.²⁷ El hecho de que los derechos humanos sean una *lingua franca* moral en el actual contexto de la diversidad cultural queda acreditado por el incremento de demandas de reconocimiento que, fundamentadas en ellos, reivindican una nueva lectura de la igualdad.²⁸ Como es bien sabido, las demandas de reconocimiento exigen la superación de las dificultades de acceso a instancias de participación social y política de todos aquellos que no encajan en un modelo cultural. Estas formas de reivindicación han contribuido a descubrir el valor moral de los grupos comunitarios culturalmente diversos, mostrando que la pertenencia a una comunidad es la forma antropológicamente viable para satisfacer las necesidades de sentido y vida espiritual²⁹ que toda biografía experimenta.

En estrecha relación con lo anterior, se ha insistido en la capacidad de los derechos humanos como razón y objeto de un diálogo entre culturas, en la medida en que representan una realidad transcultural. Si bien tiene origen teórico y práctico en un contexto cultural concreto, su contenido y exigencias pueden ser comunicados a sociedades donde se desarrollan otras

²⁷ Como manifiesta Michel Ignatieff, “los derechos humanos se han convertido en algo global por su importancia local, integrándose culturas y visiones del mundo no occidentales para apoyar las luchas de los individuos comunes contra los Estados injustos y las costumbres opresivas”, Ignatieff, Michael, *Los derechos humanos como política e idolatría*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 34

²⁸ Las demandas de reconocimiento, en más de un sentido, han sido impulsadas por la conocida como “política de la diferencia”. Ésta representa, en opinión de Charles Taylor, la más reciente manifestación del avance del giro subjetivo con el que se inaugura la *praxis* en la modernidad: se trata de la valoración de la identidad como un bien para ser humano, fundamentado en la convicción de que cada individuo tiene un modo original de ser humano y en el reconocimiento de que el desarrollo de tal identidad no es un proceso que se agote en la intimidad de un individuo aislado, sino en comunicación con otros a través de los elementos que aporta una cultura concreta. Taylor, Charles, “La política del reconocimiento”, en Taylor, Ch. (coord.), *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 48-53.

²⁹ Compartir una cultura al interior de una comunidad representa la insustituible oportunidad de experimentar la vida del espíritu. En efecto, los miembros de una comunidad con identidad cultural comprenden, recrean, experimentan y transforman los productos del espíritu humano: un relato, un canto, una tradición, una oración, un poema. José Luis Villacañas lo explica de forma magistral diciendo que la participación en una comunidad es una forma de hacer presente algo eterno. Villacañas, José, “El derecho a la identidad cultural: reconocimiento y multiculturalismo”, *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, núm. 24, 1998, *passim*.

tradiciones, pero además se espera que sean enriquecidos por ellas. Con otras palabras: los derechos humanos deben considerarse patrimonio ético común de la humanidad independientemente de su origen histórico al que toda cultura debe tener acceso, sobre todo para enriquecer hermenéuticamente su desarrollo, por lo que ignorar y rechazar esas contribuciones significa una pérdida para todos.³⁰

Más aún, las tradiciones culturales no occidentales pueden corregir los defectos asociados al individualismo que, como hemos visto previamente, fue parte del contexto de origen de los derechos humanos. Concretamente, indica Monzón:

en estas sociedades, a diferencia de Occidente, la unidad fundamental de la vida social es la familia, no el individuo; la base primaria para asegurar la existencia humana son los deberes, no los derechos; la vía que se considera más adecuada para regular la convivencia consiste en la reconciliación o la educación y no la primacía de la ley general y abstracta.³¹

Con esto en mente vemos que la universalidad de los derechos humanos no representa una estrategia de colonialismo ético o de imposición etnocéntrica, sino más bien la oportunidad de diálogo entre culturas, cuya diversidad significa riqueza para mejorar, en lo posible, la eficacia de los mismos.

Otra réplica a la crítica contra la universalidad de los derechos humanos radicada en la diferencia cultural³² apunta a mostrar que el fundamento de esta reivindicación es la misma que impulsa la universalidad de los derechos humanos. Éstos han legitimado la actividad de crítica para superar las situaciones sociales en las que no han sido cabalmente respetados, y aquí pueden incluirse las exigencias de diversos grupos a favor del reconocimiento del valor de sus culturas. Además, como explica Miguel Giusti, “para legitimar su posición en el contexto pluralista de las sociedades modernas,

³⁰ Monzón, August, “Derechos humanos y diálogo intercultural”, en Ballesteros, J., (coord.), *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 116.

³¹ *Ibidem*, p. 120.

³² Como explica Will Kymlicka, el derecho a la diferencia cultural tiene por objetivo equilibrar la posición de los miembros de minorías culturales al interior de una comunidad mayor; concretamente, busca erradicar las discriminaciones y los prejuicios existentes contra las minorías culturales. Este derecho general se concreta, por ejemplo, en el establecimiento de subvenciones públicas para las prácticas culturales de las comunidades, o para tener acceso en condiciones de cierta igualdad a los mercados de intercambio de bienes y servicios. De igual manera, bajo ciertas modalidades, algunos grupos en los que la religión es una fuente relevante de deber ser, reivindican la exención de leyes y disposiciones que desatiendan o contradigan sus prácticas religiosas. Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 200-207.

sin incurrir en la confrontación irracional, el (multi)culturalista necesita de una concepción moral y jurídica que trascienda los límites de su propia tradición, es decir, que ofrezca una alternativa de convivencia con las otras posiciones que, por principio, excluye”.³³

2. *Progresividad de los derechos humanos*

El artículo 28 de la DUDH establece el derecho a la eficacia de los derechos a través de un orden social configurado con instituciones locales e internacionales avocado a su promoción y respeto. Thomas Pogge³⁴ señala que el contenido de este artículo condensa la vocación normativa de la DUDH, ya que explicita el sentido de la práctica de los derechos humanos y revela uno de sus rasgos más interesantes: la progresividad. Puede decirse que mediante la positivación del primero de los derechos humanos se ha generado un *deber jurídico* para la realización de contenidos morales desbordantes.

La progresividad se proyecta tanto al interior de la práctica de los derechos como respecto del orden institucional que ha satisfecho el deber de reconocerlos. En el primer caso, impulsa las mutaciones positivas que expanden la capacidad de los derechos para emancipar y proteger a sus titulares ante el surgimiento de nuevas necesidades humanas o de nuevas modalidades de amenaza a las libertades y de agresión a la dignidad; aquí la progresividad justifica la aparición de nuevos derechos o la redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados.³⁵

Es muy importante hacer hincapié en que los nuevos derechos emergen por el afán de protección máxima de los intereses del ser humano a condición de no resultar contrarios a su carácter indivisible; es decir, que supongan un olvido o transgresión de otros derechos. La progresividad de los derechos no debe conducir a la conglomeración de elementos heterogéneos, sino que representa la actualización de la práctica de los derechos a la mejor comprensión de las distintas dimensiones de una misma realidad.³⁶

³³ Giusti, Miguel, “Los derechos humanos en un contexto intercultural”, *cit.*

³⁴ Pogge, Thomas, *Hacer justicia a la humanidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 83.

³⁵ Fernández, Encarnación, “Derechos humanos: ¿yuxtaposición o integración?”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, 1997, p. 680.

³⁶ Una interpretación en clave histórica de la progresividad de los derechos humanos es la trayectoria de su institucionalización descrita por Karel Vasak a través de generaciones. La

Por otro lado, el orden institucional que se ha vinculado radicalmente a la práctica de los derechos se encuentra en tensión a causa la *utopía realista* que representan: en adelante estará obligado a lograr el máximo respeto que cada uno de ellos reclama, para lo cual habrá de emprender las enmiendas necesarias a fin de superar las situaciones que impidan su respeto, y promover las condiciones para su ejercicio óptimo; adicionalmente, se encontrará sometido a un escrutinio permanente respecto de su desempeño, y en su caso deberá encarar una contundente crítica fundada en el compromiso asumido con la dignidad humana. Como lo ha señalado Jeremy Waldron:

Law may credibly promise a respect for dignity, and yet betray that promise in various respects. Institutions can be imbued in their structures, practices, and procedures with the values and principles that they sometimes fall short of. In these cases, it is fatuous to present oneself as a simple cynic about their commitments or to neglect the power of imminent critique as the basis of a reproach for their shortcomings.³⁷

En la adjudicación de los derechos se concreta igualmente esta dimensión de la progresividad a través del principio *pro personae*: en su formulación más simple dispone que ante la hipótesis de concurrencia de normas o sus respectivas interpretaciones, habrá de preferirse aquella cuya aplicación tenga como resultado el estado de cosas más favorable para el titular del derecho en cuestión. Gracias a su arraigo antropológico, el principio *pro personae* conduce a “abrir la cotidiana tópica jurídica..., en una utopía atesoradora de exigencias de lo humano”.³⁸ Ello debe cumplirse a través de la defensa de la titularidad universal de los derechos humanos ante las interpretaciones que precipitan su estrechamiento sólo a aquellos sujetos que cumplen con determinadas condiciones. Frente a esto, debe insistirse en distinguir entre la esencia y el accidente cuando se trata de derivar consecuencias prácticas desde la dignidad humana: “el ser humano existe antes de poseer los indicadores humanos o propiedades (conciencia, capaz de sufrimiento, autonomía,

primera generación representa la época en que las libertades personales y derechos políticos son asumidas por los Estados a través de deberes negativos de no intervención. La segunda generación representa una expansión y cambio importante en la posición del Estado, pues se compromete a cumplir con varias prestaciones exigidas por derechos de carácter social y económico. La tercera generación, ante retos planetarios como el desarrollo o el cuidado del medio ambiente, postula el reconocimiento anclado en el valor de la solidaridad.

³⁷ Waldron, Jeremy, *Dignity, Rank and Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, p. 150.

³⁸ Ollero, Andrés, “Los derechos humanos entre el tópico y la utopía”, *Persona y Derecho*, núm. 22, 1990, p. 161.

etcétera), porque tales cualidades afectan al *tener* del hombre y no a su *ser*, y por tanto no son notas universales”.³⁹ Las aplicaciones más relevantes del principio *pro personae* serán por tanto aquellas que incluyan y atiendan las necesidades de los más débiles, dependientes y vulnerables.

La progresividad, que apunta a la mejora futura del Estado de derecho, se vincula a la irreversibilidad que pretende evitar la involución y pérdida de los logros en materia de respeto y ejercicio de los derechos. Así lo explica Pedro Nikken:

Cuando un derecho ha sido reconocido por una ley, un tratado o por cualquier otro acto del poder público nacional como ‘inherente a la persona’, *la naturaleza de dicho derecho se independiza del acto por el que fue reconocido*, que es meramente declarativo... En adelante, el derecho merecerá la protección propia de manera *definitiva e irreversible*, aún si el acto de reconocimiento queda abrogado o, si se trata de una convención internacional, la misma es denunciada.⁴⁰

3. *Indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos*

La indivisibilidad es una nota atribuida a los derechos humanos de forma explícita a partir del final de la década de 1960. La necesidad de reconocer que los derechos integran un conjunto de bienes y prerrogativas que no admiten fragmentación se debió al contexto de polarización política del mundo en bloques ideológicos, que asumían posiciones contradictorias respecto del contenido de la DUDH. Las naciones y gobiernos alineados con el denominado “bloque occidental-capitalista” consideraban los derechos civiles y políticos como fundamentales y prioritarios, y a veces como los únicos. Por su parte, los Estados antagónicos (oriental-socialista) se presentaban como garantes de los derechos económicos y sociales, al tiempo que intentaban justificar que la única manera de lograr la satisfacción de tales derechos era mediante un régimen socialista (inspirado en el modelo de dictadura del proletariado previsto por Marx) caracterizado, como sabemos, por la ausencia de condiciones para el ejercicio pleno de la libertad y la represión de la disidencia política.⁴¹

³⁹ Ballesteros, Jesús, *Sobre la fundamentación antropológica de la universalidad de los derechos humanos*, Valencia, Real Academia de Cultura Valencia, 1999, p. 24.

⁴⁰ Nikken, Pedro, “El concepto de los derechos humanos”, en *Estudios básicos de derechos humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, t. I, pp. 14 y 15 (énfasis añadido).

⁴¹ Posner, Eric, *The Twilight of Human Rights Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2014, p. 17.

El documento que consolida la presencia de la indivisibilidad como rasgo de los derechos humanos y principio fundamental para su reconocimiento y respeto es la Declaración y Programa de Acción de Viena (Convención Mundial de los Derechos humanos, 1993).⁴² Antes de esto, la expresión “indivisibilidad” fue empleada en la Conferencia Internacional de los Derechos Humanos de Teherán (1968). Casi una década después, en su resolución 32/130 (1977), la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó que el enfoque futuro de las cuestiones relativas a los derechos humanos en el ámbito de las organizaciones internacionales debería tomar en consideración el hecho de que todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes; sosteniendo que deberá prestarse una atención igual y una consideración urgente a la realización, promoción y protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales.

La indivisibilidad de los derechos humanos resulta de una función heurística atribuida a la comprensión que vamos adquiriendo acerca de la dignidad humana. Hoy se reconoce que el desarrollo histórico de la institucionalización de los derechos humanos ha sido parcial, es decir, mediante listas de derechos *prima facie* incompletas, o visto de manera positiva, por completar. Frente a tal situación, la comprensión adecuada del significado sustantivo de la dignidad humana facilita la solución del dilema que suscita la “prioridad política” de ciertos derechos sobre otros, revelando el carácter indivisible de los mismos. Los derechos humanos “sólo podrán satisfacer políticamente la promesa moral de respetar la dignidad humana de cada uno, si *actúan conjuntamente y de manera equilibrada* en todas sus categorías”.⁴³

Desde la reflexión filosófica está claro que la indivisibilidad es un reflejo en los derechos de la dignidad humana que los fundamenta, pero ¿cómo se traduce el rasgo de la indivisibilidad en un principio práctico?

Con una pregunta adicional intentaré articular la respuesta: ¿qué tipo de acto es aquel con el que se reconocen sólo parcialmente los derechos? A la luz del principio de indivisibilidad, un acto o conjunto de ellos con los que se dispone institucionalmente el respeto, la promoción y garantía

⁴² La Declaración y Programa de Acción de Viena establece en el punto 5: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso... Los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

⁴³ Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *cit.*, p. 110.

sólo respecto de algunos derechos es discordante con la práctica de los derechos humanos y con la del Estado de derecho. Más aún, deben calificarse como actos intrínsecamente injustos, y, desde una perspectiva analítica, no pueden sostenerse conceptualmente como actos de reconocimiento de derechos humanos, ya que incurren en una contradicción performativa.⁴⁴ Así, un sistema de normas que pretendan la protección de una parcialidad de derechos humanos podrá ser calificado de varias maneras, pero no será realmente jurídico, pues incumple la necesaria pretensión de corrección de la cual depende su validez sustantiva. Consecuentemente, tampoco contará con legitimidad incluso para sancionar los actos que transgreden los derechos que parcialmente ha reconocido. El principio de indivisibilidad es, entonces, pieza estructural del razonamiento tanto de la práctica de los derechos humanos como de la práctica del Estado de derecho, porque establece un parámetro fundamental de validez para los actos de reconocimiento de derechos, y por extensión de todos los demás actos con los que se pretenda respetarlos y garantizarlos.

Por otro lado, la indivisibilidad de los derechos humanos conduce a la interdependencia. A causa de su carácter interdependiente, los distintos derechos se encuentran en una situación de vasos comunicantes: el descenso en la calidad del respeto y ejercicio de cualquiera de ellos implica el descenso de nivel de respeto y ejercicio de todos, y viceversa. La interdependencia se manifiesta, de esta forma, tanto en sentido positivo, porque no se puede dividir el bien, y por lo tanto escatimarlo impunemente; como en sentido negativo, ya que no se puede aislar el daño provocado a la persona por la violación de alguno de sus derechos.

Tanto la indivisibilidad como la interdependencia de los derechos manifiestan la necesidad de asegurar la coherencia entre las normas con las que se protegen y garantizan. Como ha observado Encarnación Fernández, esto requiere una síntesis de racionalidades.⁴⁵ Un ejemplo que exhibe el esfuerzo de sintetizar la riqueza en racionalidad inherente a los derechos

⁴⁴ Contradicción performativa es el defecto o error que se manifiesta en un acto cuyo contenido y efectos son incompatibles, incoherentes o contrarios a la finalidad que justifica su existencia. En el contexto de la filosofía del derecho, Robert Alexy ha recurrido a esta noción para mostrar la conexión conceptual-necesaria entre derecho y moral (ética crítica): si un sistema normativo se instituye para obtener como efecto un estado de cosas injusto, entonces se actualiza la contradicción performativa, y tal sistema normativo puede calificarse de varios modos, pero no admite la cualidad de la juridicidad. Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 2010, p. 62.

⁴⁵ Fernández, Encarnación, “Derechos humanos: ¿yuxtaposición o integración?”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, 1997, p. 695.

humanos es la práctica del principio de proporcionalidad. El objetivo del principio de proporcionalidad es lograr el óptimo paretiano (una posición puede ser mejorada sin perjudicar a otra), cuando hay concurrencia de derechos mediante la aplicación de tres subprincipios: necesidad, idoneidad y proporcionalidad.⁴⁶ En cada oportunidad que se resuelve un dilema aprovechando los insumos del principio de proporcionalidad confirmamos que la interdependencia significa el ejercicio de diversas prerrogativas y el disfrute de múltiples bienes, todos ellos integrados en la noción de bien humano.

4. Otros rasgos de los derechos humanos

El artículo primero constitucional expone una descripción de los derechos humanos a través de cuatro rasgos, y a ellos he dedicado las páginas precedentes. No obstante, hay otras características relevantes que igualmente derivan de su fundamento, y que merecen atención específica.

A. Intangibilidad de los derechos humanos

¿Los derechos humanos son *edictos de tolerancia revocables*?⁴⁷ Es decir, ¿se trata de reivindicaciones que nos concedemos recíprocamente mediante sistemas de prerrogativas y prestaciones cuya titularidad y alcance dependen del arbitrio creador de tal sistema? Si la respuesta es afirmativa, estamos en presencia de la tesis de contingencia.⁴⁸ Si la respuesta es negativa, entonces puede concluirse, en primer lugar, que los derechos humanos son jurídicos de forma prepositiva, y en segundo, que la validez, así como el carácter vinculante de las obligaciones a ellos asociados (respeto, protección, garantía, etcétera), no dependen del convencimiento subjetivo de aquel que las debe respetar. En ambos casos se pone de manifiesto el rasgo de la intangibilidad de los derechos humanos.

La intangibilidad de los derechos humanos cobra particular interés en el marco de las reflexiones en torno a la democracia y sus principios recto-

⁴⁶ Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, p. 14.

⁴⁷ Spaemann, Robert, “Sobre el concepto de dignidad humana”, *Persona y Derecho*, núm. 19, 1988, p. 13.

⁴⁸ Según la tesis de contingencia, la vinculatoriedad de los derechos depende exclusivamente de las decisiones que se expresan en el derecho positivo, es decir, de las decisiones del legislador las cuales son, por naturaleza, contingentes. Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *cit.*, p. 24.

res. ¿Una decisión democráticamente asumida, por ejemplo, una ley creada respetando estrictamente el principio de la regla de la mayoría, puede desplazar o limitar un derecho humano? Atendiendo al carácter intangible de este último, debe responderse que no: si bien la decisión democrática obtiene parte importante de su valor precisamente en el cumplimiento de requisitos procedimentales que legitiman la regla de la mayoría, el valor moral de ésta es inferior al de cualquiera de los derechos humanos.

Jon Elster ha insistido enfáticamente en este hecho al admitir la necesidad de reconocer un límite ético para controlar el poder normativo de la decisión mayoritaria. Este límite, localizado en los derechos humanos, no representa una represión irracional o ilegítima contra la democracia. Al contrario, se trata de una condición para que la propia regla de la mayoría pueda ser viable en el más amplio sentido de la palabra: la afectación de los derechos humanos por parte de una decisión mayoritaria afecta necesariamente a la participación política real e igual, al imperio de la ley, a la riqueza de la diversidad humana, entre otras realidades fundamentalmente valiosas para la propia democracia⁴⁹ y el Estado de derecho.

El artículo 79 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949), relativo a los procedimientos de su reforma, establece en su inciso (3): “No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte... los principios enunciados en los artículos 1 y 20”; a saber: el listado de derechos protegidos jurídicamente a partir del reconocimiento de la intangibilidad de la dignidad humana. El texto citado es un ejemplo de cláusula pétrea; se trata de un límite material expreso para la actividad reformadora de la norma constitucional justificado en razón de su origen (ha sido establecido por el órgano constituyente), pero sobre todo justificado por finalidad: garantizar la intangibilidad de un hito jurídico-político esencial, como lo es el reconocimiento de los derechos humanos, para que no sea alterado en épocas venideras a causa de contingencias políticas, aunque cuenten con un respaldo democrático importante. Con las cláusulas pétreas o de intangibilidad se conecta el orden constitucional positivo con el marco de racionalidad práctica que establece una clara frontera entre lo tolerable y lo intolerable.

Por otro lado, la expansión e influencia del relativismo moral⁵⁰ ha provocado que la cultura contemporánea pierda de vista la importancia de

⁴⁹ Elster, Jon, “Régimen de mayorías y derechos individuales”, en Shute, S. y Hurley, S., *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, Madrid, Trotta, 1998, p. 170.

⁵⁰ Una posición relativista es aquella que rechaza toda afirmación acerca de si algo es bueno o malo en sentido moral de una manera objetiva, cierta y segura. A partir de esta

reconocer y defender la validez de absolutos morales, es decir, de normas que identifican aquellos actos malos en sí mismos: gravemente erróneos, independientemente de las circunstancias (*mala in se*). En contraste con esa tendencia, el preámbulo de la DUDH justifica la presencia de estos imperativos absolutos, con el fin de lograr la aspiración humana de un mundo con paz, donde los seres humanos se liberen del miedo y la miseria (*free from fear; free from want*). El carácter indisponible de los derechos humanos contribuye a la reintroducción de los absolutos morales, asumiendo el papel de normas inmutables e incondicionales, clave de bóveda para el razonamiento práctico. La prohibición absoluta e incondicionada de la esclavitud o de la tortura son claros ejemplos de que “cuando decimos que los derechos humanos son derechos indisponibles y absolutos, lo que queremos decir es, precisamente, que se trata de requerimientos morales que, en caso de entrar en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan, quedando ellos como exigencia moral que hay que satisfacer.”⁵¹

B. *Imprescriptibilidad de los derechos humanos*

La prescripción es una institución fundada en el principio de seguridad jurídica. En términos generales supone que el deudor no puede continuar siéndolo de forma indefinida, sobre todo si el acreedor no reclama judicialmente el cumplimiento de la obligación que le corresponde. Ahora bien, para ciertos derechos subjetivos, cuya importancia es claramente reconocida, y para los derechos humanos, se establece la preeminencia de su protección respecto del paso del tiempo declarándolos imprescriptibles.⁵²

La imprescriptibilidad de los derechos humanos se proyecta con mayor contundencia en el ámbito del derecho penal: son imprescriptibles los delitos con los que se causa su vulneración. El artículo 29 del Estatuto de Roma, la norma constitutiva de la Corte Penal Internacional, establece la imprescriptibilidad de los delitos que configuran su competencia material: genocidio, crímenes de lesa humanidad, y crímenes de guerra.⁵³

premisa se sostiene que las ideas y las reglas morales difieren dependiendo del lugar y tiempo, y de ello se concluye un principio: no puede afirmarse racionalmente la validez objetiva de ningún criterio o norma moral. Bilbeny, Norbert, *Aproximación a la ética*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 289.

⁵¹ Laporta, Francisco, “El concepto de derechos humanos”, *Doxa*, núm. 4, 1987, p. 39.

⁵² González, Samuel, voz “Imprescriptibilidad”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa, 2002, t. 4 pp. 401-403.

⁵³ La inclusión de la imprescriptibilidad de los delitos que integran la competencia material de la Corte Penal Internacional representa un avance en la extensión de este principio

El reconocimiento de la imprescriptibilidad de las reclamaciones por la violación de derechos humanos contribuye a materializar una situación de justicia para la víctima: es un reclamo de tal importancia que permanece vigente a pesar el paso del tiempo, pues representa la exigencia por restaurar el ejercicio del derecho vulnerado, repara los daños o en su caso indemnizar. Por otro lado, la imprescriptibilidad es pieza clave en la lucha contra la impunidad, en el entendido de que a este propósito se suma el de la configuración de la responsabilidad internacional de los Estados que la propicien. En efecto, si hubiera límite temporal para la imputación de responsabilidad por violaciones a los derechos, se alimentaría la posibilidad de una doble vulneración: la que se produce en los actos positivos que constituyen el ilícito criminal, y la asociada con la actitud pasiva del Estado que fomenta la impunidad de aquéllos.⁵⁴

C. *Inalienabilidad de los derechos humanos*

En su significado jurídico más amplio, por inalienabilidad se entiende como “la calidad atribuida a ciertos derechos que los imposibilitan de ser enajenados, de manera que no es posible que cambien de titular mediante cualquier acto jurídico”.⁵⁵ En la práctica de los derechos humanos la inalienabilidad es una característica referida a la conducta del titular del derecho. Según Antonio L. Martínez-Pujalte, un derecho será inalienable “si su titular no puede disponer del derecho jurídicamente, ni tampoco destruir total o parcialmente el bien objeto del derecho, de modo que el ejercicio de éste se torne imposible”.⁵⁶ En cierto sentido, puede interpretarse que la inalienabilidad se corresponde con cierta forma de ejercicio altamente ponderado del derecho humano investido con esta categoría: si en algún momento la

a nivel global, ya que propicia la homologación de estatuto jurídico de diversos delitos en las legislaciones de los Estados parte del Estatuto de Roma. “When States undertake revisions of their legislation as part of the process of accession to or ratification of the Statute, they should be advised to eliminate provisions that are incompatible with article 29. In most States, judges might even apply article 29 directly in order to supersede contrary penal legislation”. Triffterer, Otto *et al.*, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford, Hart, 2013, p. 1107.

⁵⁴ Bernales, Gerardo, “La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los derechos humanos”, *Ius et Praxis*, núm. 13, 2007, p. 247.

⁵⁵ González, Samuel, voz “Inalienabilidad”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa, 2002, p. 454.

⁵⁶ Martínez-Pujalte, Antonio, “Los derechos humanos como derechos inalienables”, en Ballesteros, J. (coord.), *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 87.

abstención de ejercer el derecho equivale materialmente a su pérdida total o parcial, en tal caso el titular sí está obligado al ejercicio del derecho.

Cuando se habla de la inalienabilidad de los derechos humanos se hace referencia a un atributo que genera cierta perplejidad, sobre todo a la luz de las ideas muy arraigadas en la cultura jurídica moderna; por ejemplo, la primacía de la autonomía de la voluntad: si un derecho humano es inalienable, su ejercicio se representa como un deber que no necesariamente ha sido validado mediante la voluntad de su titular.⁵⁷

Es necesario aclarar que la inalienabilidad de los derechos humanos se refiere, sobre todo, y en la mayoría de los casos, a la titularidad del derecho, no a su ejercicio. Consideremos estas dos cuestiones problemáticas, postuladas por Pedro Talavera:⁵⁸ a) quien goza del derecho a la intimidad ¿no puede nunca y bajo ninguna circunstancia publicar sus diarios íntimos, en caso de que los hubiera escrito? b) ¿Qué debe prevalecer cuando se plantee un conflicto entre el derecho a la vida y el derecho a la libertad en el caso de que alguien decida sacrificar su vida alegando altos bienes espirituales, como la fe o la conciencia?

Las posibles respuestas para estas cuestiones comienzan precisamente por la distinción entre la titularidad y el ejercicio de un derecho. En efecto, debe aclararse que el contenido de los derechos supone la posibilidad jurídica de ejercitarlos a partir de las decisiones que asuma voluntariamente su titular: el derecho a la libertad de tránsito supone, para su ejercicio, que efectivamente su titular decida voluntariamente realizar un viaje y trasladarse a un sitio distinto al de su residencia habitual. No obstante lo anterior, existe una condición imperativa para que, jurídicamente, sea admisible la abstención al ejercicio de un derecho inalienable: la reversibilidad. Es decir, la posibilidad de que la abdicación al ejercicio no obstaculice o imposibilite el ejercicio del mismo derecho en el futuro. Como hay múltiples casos en los que esta condición de reversibilidad no es factible, la abstención de ejercicio afecta directamente a la titularidad del derecho. Como explica Pedro Talavera: “la reversibilidad en el ejercicio de un derecho se plantea de manera particular en aquellos en los que titularidad y ejercicio se encuentran tan intrínsecamente unidos que no es posible establecer diferencias entre uno y otro. El caso paradigmático es el derecho a la vida: no cabe renunciar al ejercicio del derecho a la vida sin renunciar a la titularidad”.⁵⁹ De lo ante-

⁵⁷ Talavera, Pedro, “Derechos humanos: ¿inalienables o disponibles?”, en Megías, J. (coord.), *Manual de derechos humanos*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 207.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 213.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 214.

rior se sigue que si la inalienabilidad consiste básicamente en que el titular no le está permitido perder el derecho, resulta evidente que no podrá realizar ningún tipo de actos materiales de sacrificio, o jurídicos de no ejercicio que, en la práctica, equivalgan a la pérdida total del derecho.

¿Por qué son inalienables los derechos humanos? Si la vulneración de un derecho humano es injustificada, incluso cuando su titular ha consentido en tal vulneración e invasión, es por el tipo de bien implicado en él: es de tal importancia para su titular, como para el resto de las personas que serían titulares de igual derecho. Esta realidad se ha comprendido de manera más clara a partir del reconocimiento del derecho humano al medio ambiente adecuado, y en general de los llamados “derechos de tercera generación” o “derechos de solidaridad”.⁶⁰ En efecto, no es lícito renunciar voluntariamente al derecho al medio ambiente adecuado, y así justificar los actos de contaminación realizados por uno de los titulares de este derecho (incluso asumiendo personalmente el efecto de su acto), porque el bien que afecta para sí también lo afecta para los demás. En otras palabras, los bienes implicados en los derechos humanos tienen una dimensión exclusiva (de disfrute individual) y al mismo tiempo una inclusiva (de disfrute compartido), de tal manera que la renuncia del mismo en términos individuales provoca que otros igualmente puedan perderlo.

En clave antropológica, Jesús Ballesteros explica que la inalienabilidad de los derechos humanos se desprende de “la comprensión de la persona de acuerdo a su terminología originaria, como *prosopon*, como ser abierto a lo real, como relación con el Origen, con los otros, con la naturaleza..., como guardián y custodio de la realidad para sus coetáneos y para los miembros de las generaciones futuras”.⁶¹

III. DERECHOS HUMANOS: UNA CONCEPCIÓN DE LA JUSTICIA

La última etapa de mi reflexión se dedica a mostrar los elementos básicos de una concepción o teoría de la justicia donde los rasgos de los dere-

⁶⁰ Como lo explica Jesús Ballesteros: “Los derechos de la tercera generación vuelven a poner en primer lugar la nota de la inalienabilidad al colocar bajo sospecha las notas de la exclusividad y de la libre disposición, sustituyéndolas por la de la administración responsable. Se trata de evitar daños irreversibles, de carácter colectivo, que podrían suponer el suicidio de la especie, y de ahí su inalienabilidad”. Ballesteros, Jesús, *Ecologismo personalista. Cuidar la naturaleza, cuidar al hombre*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 89.

⁶¹ Ballesteros, Jesús, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., p. 147.

chos humanos, considerados como un conjunto coherente, son parámetros válidos de racionalidad práctica. Una concepción de la justicia busca resolver cuestiones relativas a cómo deberían tratarse los individuos entre sí; a cómo deberían distribuirse los bienes que se obtienen y se conservan gracias al esfuerzo de los miembros de la sociedad; a cómo debería configurarse el contenido de las normas vinculantes en esa misma sociedad.

Comencemos en un nivel conceptual: justicia expresa el criterio de valoración más alto respecto de la corrección de conductas y normas dentro del plano intersubjetivo de compensación y distribución de bienes. “Quien afirma que algo es justo, afirma siempre y de algún modo, al mismo tiempo, que es correcto. Y quien afirma que algo es correcto sobreentiende que es susceptible de ser fundamentado, justificado mediante razones”.⁶² Justicia es, entonces, el atributo predicable a las conductas y normas cuya realización y validez, respectivamente, está justificada-fundamentada en su corrección.

¿Qué hace realmente a una conducta o a una norma justas-correctas? Las concepciones de lo justo se distinguen unas de otras por las características que proponen para aquello que merece ser juzgado como correcto, así como el camino para llegar a tal conclusión. La concepción de lo justo basada en los derechos humanos gira en torno a un axioma que establece: por el hecho de ser y como condición necesaria para realizarse *qua* seres humanos, todos los individuos de la especie humana son titulares de un conjunto de bienes, prerrogativas e inmunidades que representan sus intereses fundamentales, impostergables e incondicionados.⁶³

A partir de este axioma, se sigue: *i*) que la existencia de un sistema de normas positivas está justificada para garantizar el respeto y disfrute de los bienes, prerrogativas e inmunidades inherentes a los derechos; *ii*) que las normas son justas, y, por lo tanto, coactivamente vinculantes si y sólo si su cumplimiento protege y promueve los intereses fundamentales de todos los seres humanos; *iii*) que el criterio de corrección y justicia para los actos distributivos y correctivos coincide con el grado de respeto, protección y promoción de los intereses fundamentales de todos los seres humanos.

La realización del axioma de los derechos humanos y sus implicaciones prácticas impulsa tendencias que dan forma a la *praxis* contemporánea, tanto a nivel nacional como internacional. Desde mi punto de vista, esas tendencias son: *a*) la ampliación del contexto de juridicidad de una conducta: del nexo con la ley a la relación entre personas; *b*) la consolidación del

⁶² Alexy, Robert, “Justicia como corrección”, *Doxa*, núm. 26, 2002, p. 163.

⁶³ Hierro, Liborio, *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 53.

imperativo por eliminar situaciones de discriminación; *c*) la integración de la matriz de racionalidad de lo jurídico con la matriz de racionalidad de los intereses humanos fundamentales; *d*) la superación de los obstáculos que inhiban la realización de los intereses humanos fundamentales; *e*) el cumplimiento de la promesa moral de los derechos humanos. Analicemos a continuación cada una de estas tendencias.

a) Respecto de la primera tendencia arriba anunciada, puede observarse que, en razón de los derechos humanos, el propósito del cumplimiento de un amplio sector de deberes jurídicos adquiere una renovada claridad. Efectivamente, desde que los derechos humanos son reconocidos e institucionalizados conviven obligaciones jurídicas cuyo cumplimiento logra un objetivo (pensemos en el objetivo de establecer el horario comercial en una ciudad), y obligaciones jurídicas cuyo cumplimiento realiza un fin: la realización plena de cada ser humano. El deber vinculado a un derecho humano, explica Ernest Tugendhat,⁶⁴ deviene una obligación en el sentido originario del término: por virtud de tal obligación el responsable de su cumplimiento se encuentra unido o ligado al bien del titular del derecho. A este tipo de vínculo Habermas lo denomina *relación moral*. Aquí, una persona vinculada a otra se pregunta lo que le debe prescindiendo completamente de cuál sea la relación social en que se encuentra respecto a ella, de cuál pueda ser su comportamiento o lo que de ella pueda esperar.⁶⁵

Con los derechos humanos, nos situamos ante una forma de justicia cualificada por el valor inconmensurable de su titular. Esto debe llevarnos a considerar que el incumplimiento de una obligación basada en normas ordinarias puede ser compensado, mientras que el incumplimiento de una obligación vinculada a un derecho humano provoca un daño que en no pocas ocasiones puede ser irremediable.

b) La segunda tendencia impulsada por la concepción de la justicia fundada en los derechos humanos propaga, con una intensidad sin precedente histórico, el deber de trato igual para todos. Hoy es un principio moral indisputado la proscripción de las discriminaciones primarias, es decir, aquellas que niegan el igual valor de todo ser humano. Por otro lado, y con el mismo propósito inclusivo, se autorizan las distinciones secundarias; es decir, aquellas que suponen una distribución desigual de bienes justificada por el mismo respeto hacia todos. En ambos casos queda claro que la dignidad

⁶⁴ Tugendhat, Ernest, *Justicia y derechos humanos*, Barcelona, Publicacions Universitat de Barcelona, 1993, p. 15

⁶⁵ Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, vol. LV, núm. 64, 2010, p. 113.

humana está presente en cada ser humano concreto, de tal forma que resulta un imperativo actualizar la universalidad de los derechos atendiendo a la pluralidad de modos en que se manifiesta el *ser* del ser humano.⁶⁶

c) Durante un dilatado periodo de tiempo las tesis de Hobbes sobre la justicia como legalidad fueron hegemónicas en el diseño y realización de lo jurídico. Recordemos que en la perspectiva hobbesiana de la justicia tiene primacía la positividad de las leyes. Lo justo se predica de un acto que se ajusta a lo prescrito en la ley, pero ésta no es ni justa ni injusta. Se trata de la conocida como *no-rights thesis*, donde lo jurídico, en su afán de certeza, no compromete su validez con contenidos sustantivos, como los derechos humanos, de tal manera que puede ser completamente válido-vinculante-coactivo aun cuando legalice la esclavitud u otras formas graves de vulneración de la dignidad humana.⁶⁷

La tendencia emergente es diametralmente opuesta, y ha implicado una reinterpretación de la certeza jurídica. Un claro ejemplo de esto se encuentra en las reflexiones de Aulis Aarnio⁶⁸ sobre el razonamiento jurídico. Antes de los derechos el valor de tal certeza jurídica reposaba únicamente en la posibilidad de anticipación sobre la base de una práctica previsible. De acuerdo con esta formulación, certeza jurídica es el antídoto contra la arbitrariedad de la discrecionalidad. A partir de la incorporación de los derechos humanos en la práctica jurídica cotidiana, la certeza del derecho ya no descansa exclusivamente en la forma, sino que abarca dos elementos: un razonamiento jurídico no arbitrario que concreta el principio de legalidad, y la obtención de un bien sustantivo, que es provisto por los derechos humanos. Con esto, las prioridades del Estado de derecho se enfocan en garantizar la calidad de vida, y, coherentemente con ello, proteger al más débil en cualquier relación social.⁶⁹

d) En abril de 1966, Theodor Adorno abre la célebre conferencia *La educación después de Auschwitz*, con la siguiente tesis: “La exigencia de que Auschwitz no se repita es la primera de todas en la educación. Hasta tal punto precede a cualquier otra que no creo deber ni poder fundamentarla”. Estas palabras sintetizan la cuarta tendencia sobre la que quisiera reflexionar: la tendencia por superar los obstáculos que impidan el respeto y la realización

⁶⁶ Fernández, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, cit., p. 49.

⁶⁷ Fox-Decent, Evan, “Is the Rule of Law Really Indifferent to Human Rights?”, *Law and Philosophy*, vol. 27, 2008, p. 533.

⁶⁸ Aarnio, Aulis, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa*, núm. 8, 1990, p. 25.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 26.

de los intereses fundamentales inherentes a los derechos humanos. Se trata del propósito civilizatorio que resulta de haber reconocido los derechos, y que se traduce en la lucha permanente contra la injusticia para concretar la justicia. Con palabras de Luis Villoro: “La injusticia es una carencia experimentada de valor objetivo; de esa experiencia puede partir la proyección, basada en razones, de una situación posible en que se daría ese valor”.⁷⁰

Entre los obstáculos que se levantan contra los derechos humanos hay uno que, desde mi punto de vista, resulta particularmente pernicioso: su trivialización moral. Por trivialidad moral entiendo la pérdida de capacidad de los derechos para transformar positivamente a las sociedades donde se han reconocido, e incluso la pérdida de capacidad para mantener el ritmo de reconocimiento global que hasta ahora han desarrollado. Uno de los fenómenos que la propicia es la incapacidad para distinguir entre auténticos e inauténticos derechos; entre reivindicaciones que se asientan verdaderamente en intereses humanos fundamentales y las que no. Como lo explica John Tasioulas: “Para evitar que los derechos humanos sean víctimas de su propia popularidad se requiere de una forma organizada, conforme a principios, para distinguir a los derechos verdaderos de la supuesta avalancha de derechos falsos”.⁷¹

Por razones de espacio, este no es lugar para ahondar en esta cuestión. Sin embargo, vale la pena tener conciencia del problema para superarlo oportunamente. Mientras tanto, adelanto que una estrategia para realizar la distinción entre derechos auténticos y derechos inauténticos se sitúa en el contexto de su adjudicación. Como sabemos, la adjudicación es contexto de emergencia de colisión entre derechos. En efecto, éstos “son en cierta medida exclusivos, pues cada uno exige la excelencia en la garantía de un bien; son plurales pues son muchos los bienes a garantizar; pero, simultáneamente, no pueden ser tutelados unos en detrimento de otros”.⁷² Admitiendo lo anterior, en el momento de su adjudicación los derechos demuestran su autenticidad si son compatibles con el ejercicio de otros derechos. O con términos de Isabel Trujillo: los derechos son jurídicamente razonables, y por tanto, verdaderos cuando *no excluyen* a otros derechos ni a otros principios jurídicos.⁷³

⁷⁰ Villoro, Luis, “Sobre el principio de injusticia: la exclusión”, *Isegoría. Revista de Filosofía, Moral y Política*, núm. 22, 2000, p. 105.

⁷¹ Tasioulas, John, “La realidad moral de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, 2008, p. 41.

⁷² Trujillo, Isabel, “Derechos y falsos derechos. Derechos razonables y no razonables”, *Persona y Derecho*, núm. 52, 2005, p. 230.

⁷³ *Ibidem*, p. 231. Debemos aclarar que, en el contexto de este argumento, excluir no significa limitar. La exclusión sería una eliminación absoluta de las posibilidades de ejercicio

Esto es crucial para la universalidad y la indivisibilidad de los derechos humanos: simple y llanamente tal compatibilidad es la garantía radical para el ejercicio de los derechos de todos, y por tanto del imperativo de trato igual. Los supuestos derechos que se manifiestan incompatibles con el ejercicio de otros derechos no son razonables, por lo que realmente son falsos derechos o no derechos. En síntesis, los derechos humanos auténticos son aquellos que tutelan intereses fundamentales sin cancelar otros intereses fundamentales; de ello puede derivarse un principio: “ningún derecho humano debe ser absolutamente sacrificado en favor del apoyo o promoción de otro derecho humano”.⁷⁴

e) Finalmente, de capital importancia para la concepción de la justicia basada en los derechos humanos es la tendencia que apunta al cumplimiento de la denominada por Habermas como la “promesa moral” de los derechos humanos. Tal promesa consiste en realizar, con el mayor grado de perfección posible, el sustrato normativo de la igual dignidad de cada ser humano. Con palabras de Habermas:

Los derechos humanos constituyen una utopía realista en la medida en que no proponen más imágenes engañosas de una utopía social que promete felicidad colectiva, sino que fundan el ideal de una sociedad justa en las instituciones de los Estados constitucionales; es una idea de la justicia que pretende trascender todo contexto, e introduce una tensión problemática con las realidades sociales y políticas.⁷⁵

La promesa moral de los derechos humanos empuja hacia la realización histórica de dos de sus rasgos más destacables: la universalidad y la indivisibilidad. No es gratuito que sea calificada como causa de la tensión permanente para realidades institucionales y sociales. En efecto, si estamos dispuestos a reconocer los derechos humanos con todas sus consecuencias, su promesa moral es revolucionaria y radical, porque al exigir el respeto incondicionado a favor de su titular robustecen la crítica sobre la moral y el derecho positivos que atentan contra la dignidad de la persona, e impulsan los cambios necesarios para superar tales situaciones. Una sociedad y

de un derecho. La limitación de un derecho, por su parte, modera su ejercicio contando con razones que de forma solvente así lo justifican. La resolución razonable o de compatibilidad de controversias en las que se ven involucrados derechos humanos buscaría la limitación fundamentada cuando el caso lo amerite.

⁷⁴ Trujillo, Isabel y Viola, Francesco, *What Human Rights are not (or not only). A Negative Path to Human Rights Practice*, Nueva York, Nova Publishers, 2014, p. 13.

⁷⁵ Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *cit.*, p. 19.

sus instituciones no pueden ser jamás las mismas si en ellas se ha introducido la conciencia sobre el valor e importancia de los derechos humanos. No importa qué tan alejada se encuentre una sociedad de los presupuestos culturales que facilitan esa conciencia; tarde que temprano entrará en contacto con la concepción de lo justo anclada en los derechos, evidenciando la hondura de su promesa.

LOS DEBERES DE PREVENIR, INVESTIGAR, SANCIONAR Y REPARAR LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Juan Manuel ACUÑA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los deberes específicos en el contexto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.* III. *Derechos y obligaciones.* IV. *Las obligaciones en materia de derechos humanos.* V. *Obligaciones genéricas y deberes específicos.* VI. *Los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar.* VII. *Reflexiones finales.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El este trabajo nos proponemos analizar el significado y contenido de los deberes específicos de prevenir, investigar, sancionar y reparar, como componentes de la obligación genérica de proteger los derechos humanos también contenida en el artículo primero constitucional. En la primera sección del capítulo procuraremos contextualizar la inclusión de los deberes específicos en el marco de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, y particularmente del artículo primero constitucional. En la segunda sección, analizaremos la importancia de concentrar nuestra atención en las obligaciones de derechos humanos, pues ello permite conocer de manera más efectiva la complejidad de los imperativos normativos que conllevan los derechos. A continuación, abordaremos la relación entre las obligaciones genéricas y los deberes específicos, y estableceremos su pertenencia al ámbito de la obligación de protección. Por último, estudiaremos el contenido obligacional de cada uno de los deberes específicos.

* Universidad Panamericana, campus Ciudad de México.

II. LOS DEBERES ESPECÍFICOS EN EL CONTEXTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

La reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011 representó un importante hito de un proceso iniciado varios años antes, y que aún se encuentra en desarrollo. Por un lado, se trató de un momento estelar del proceso de construcción de una nueva democracia constitucional en México, fruto de la transición política iniciada varios años antes, y que debió necesariamente motivar una transición jurídica capaz de generar instituciones y prácticas para alcanzar una democracia de calidad. Por otro lado, la reforma marcó el inicio de un nuevo estadio en ese proceso, marcado por la necesaria renovación del sistema político y jurídico, que ahora, y debido a una decisión política fundamental, debería ser configurado y dinamizado teniendo como eje a los derechos humanos.

Analizada en su conjunto, se podría afirmar que la reforma tuvo como objetivo preferente incrementar el impacto institucional de los derechos humanos a través del fortalecimiento de las relaciones del sistema constitucional mexicano con el sistema internacional e interamericano de derechos humanos, proceso que fue nominado como “internacionalización del derecho constitucional”.¹

Este objetivo se logró a través de diversas modificaciones constitucionales, todas ellas enderezadas a ese fin, aunque distinguibles entre sí, por estar orientadas a coadyuvar de diferente modo. Un primer grupo de modificaciones estuvo encaminado a armonizar los sistemas constitucional y convencional mediante la configuración de vasos comunicantes y mecanismos de coadyuvancia entre los respectivos cuerpos normativos, y un segundo grupo de cambios estuvo orientado a modificar la dinámica y operatividad de los derechos humanos.

En el primer grupo incluiríamos los siguientes cambios: el reconocimiento de un bloque de derechos; la inclusión en el artículo 15, del control

¹ Ferrer Mac Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel, Salazar, Pedro (coords), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2012, pp. 345 y ss. El proceso de internacionalización del derecho constitucional apuntado se genera a partir del desarrollo progresivo del derecho convencional de los derechos humanos, que de manera consecuente, genera un proceso de constitucionalización del derecho internacional, la otra cara de la moneda de este proceso, y que consiste en la recepción del derecho internacional de los derechos humanos por los sistemas constitucionales.

de constitucionalidad y convencionalidad de tratados internacionales a través de la prohibición de la celebración de tratados internacionales que alteren los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales; la incorporación en el artículo 89, fracción X, de los derechos humanos como principio rector de la política exterior mexicana; la introducción del control abstracto de convencionalidad mediante la reforma al artículo 105, fracción segunda; la adopción de la expresión “derechos humanos” para reemplazar la de “garantías individuales”, cambio con el que no sólo se buscó actualizar la denominación para acoplarse a los nuevos aires teóricos, sino además se quiso asimilar la denominación constitucional de los derechos con la del derecho internacional de los derechos humanos para así evitar el peligro de distinciones tendencialmente limitadoras como las que se sostienen sobre la base de clasificaciones que diferencian entre derechos humanos y garantías individuales o derechos fundamentales y derechos humanos. Adicionalmente, esta nueva denominación buscó eliminar la confusión entre los derechos y sus garantías, es decir, entre aquellos y los medios instrumentales para su protección; se reemplazó la idea del “otorgamiento” de los derechos por la de “reconocimiento”, para dejar atrás una visión estatalista acerca de cómo fundar los derechos y asumir la idea de su preestatalidad;² también, se enfatizó la idea acerca de la necesidad de adoptar un enfoque más robusto de derechos humanos en materia de educación (artículo 3), asilo y refugio (artículo 11), sistema penitenciario (artículo 18) y extranjeros (artículo 33); en todos estos casos, la reforma procuró acompañar las previsiones constitucionales con el derecho internacional de los derechos humanos. Mismo objetivo tuvo la reforma al artículo 29, que incorporó los estándares interamericanos al régimen de suspensión y restricción de derechos, y, por último, el incremento de supuestos para la interdicción absoluta de la discriminación.

El segundo grupo de modificaciones tuvo por objeto incidir en la dinámica de los derechos, en su práctica y operatividad. Aquí podemos incluir la recepción en el artículo primero constitucional de dos principios hermenéuticos centrales: el principio pro persona y el principio de interpretación conforme, y también de una serie de conceptos y principios fundamentales desarrollados en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Nos referimos a los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad, las obligaciones generales de respetar, proteger, garantizar y promover y los deberes específicos de prevenir, investigar, san-

² Para un estudio acerca de la fundamentación estatalista de los derechos y sus consecuencias véase Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2000.

cionar y reparar las violaciones a los derechos humanos. A estos últimos nos referiremos en este trabajo.

III. DERECHOS Y OBLIGACIONES

La inclusión de estos principios, obligaciones y deberes implicó a su vez la recepción de conceptos, estándares, interpretaciones y obligaciones concretos y precisos, desarrollados a lo largo de los años por la práctica interpretativa de los órganos de los diversos sistemas supranacionales de protección de derechos humanos y por la labor de académicos especialistas. Las autoridades (y todos en general) deben conducirse en atención a ellas y generar prácticas y políticas públicas en materia de derechos humanos.

Que los derechos humanos generan obligaciones o deberes lo sabemos.³ Sin embargo, nuestra aproximación a los derechos tiende a concentrarse en su estructura, en particular en el contenido deóntico habilitado por el derecho para el sujeto activo del mismo; así, por ejemplo, Alexy clasifica a los derechos desde este punto de vista en derechos a algo, libertades y competencias.⁴ El énfasis en remarcar aquello que los derechos permiten o habilitan, tal vez haya provocado un menor interés por analizar aquello que los derechos imponen, es decir, se ha tendido a descuidar el análisis de las obligaciones.⁵

En un camino diferente, el garantismo se ha esforzado por poner el acento en los derechos, claro, pero también en su correlato, consistente en aquello que obligacionalmente hablando implican. De acuerdo con Ferrajoli, el derecho como sistema es un sistema de garantías, y éstas se conciben sobre la base de las relaciones deónticas que se dan en los sistemas normativos entre expectativas y modalidades imperativas, de modo que las garantías positivas son las obligaciones correlativas a las expectativas positivas, y de manera correlativa también se debe considerar como garantía a la prohibición correlativa a una expectativa negativa.⁶ En este sentido, las obligacio-

³ Hohfeld, Wesley Newcomb, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", 23, *Yale Law Journal*, 16 (1913) New Haven, Connecticut, pp. 30 y ss.

⁴ Alexy, Robert, "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, V (8) (ene-jun 2000), pp. 22 y ss.

⁵ Nickel, James W., "How Human Rights Generate Duties to Protect and Provide", 15, *Human Rights Quarterly*, 77 (1993)

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gazcón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruíz Miguel, *Teoría del derecho y de la democracia, 1 Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 188 y 189.

nes especifican y detallan las conductas necesarias para dar cumplimiento a un derecho determinado.

Los principios, obligaciones y deberes no son expresiones genéricas, abstractas, con un significado denotativo incierto, que las autoridades pueden precisar y completar a su antojo o no hacerlo. No se trata de meras expresiones orientadoras para el trabajo en materia de derechos: representan algo así como caballos de Troya, que, tras el disimulo propio de las expresiones lacónicas, portan en realidad compromisos normativos precisos, fuertes, estándares interpretativos, mínimos exigibles y conductas determinadas exigibles a las autoridades.⁷ Expresiones simples, reenvían a un complejo y rico entramado obligacional detallado en sentencias, observaciones generales, recomendaciones y diversos productos normativos del sistema internacional y regional de derechos humanos.

Para ejemplificar lo dicho, vamos a detenernos en el contenido de los principios de aplicación de derechos humanos. A simple vista pudiera considerarse que los principios de aplicación son orientaciones para una mejor comprensión de los derechos en el nivel conceptual; sin embargo, estos principios generan obligaciones y deberes para las autoridades.⁸ Si pensamos en el principio de universalidad, y por él entendemos de manera algo elemental, la adscripción de los derechos a todas las personas por el hecho de ser tales sin exclusiones,⁹ en condiciones de igualdad,¹⁰ entonces la autoridad debe omitir exclusiones que atenten contra tal principio. También, será obligación de las autoridades adaptar el contenido de los derechos a necesidades y características concretas y puntuales para poder cumplir con la nota central del principio consistente en la adscripción efectiva del derecho en cuestión a todas las personas. Un ejemplo de esta exigencia se encuentra en la reinterpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nica-*

⁷ Serrano, Sandra, “Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos”, en Ferrer MacGregor, Eduardo *et al.*, *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fundación Konrad Adenauer, 2013, p. 91.

⁸ Vázquez, Daniel y Serrano, Sandra, “Principios y obligaciones de derechos humanos. Los derechos en acción”, *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos de la CDMX-Suprema Corte de Justicia de la Nación-Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013, vol. 5, p. 20.

⁹ Pérez Luño, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 24.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 687.

ragua, para otorgar protección a las tierras comunales mediante el derecho de propiedad, pero reinterpretándolo en clave tradicional, colectiva y no individualista.¹¹

Algo similar puede decirse respecto a los principios de interdependencia e indivisibilidad, que obligan a evitar interpretaciones que tiendan a ver a los derechos como compartimentos separados e incommunicados, incluso a descartar ciertas consideraciones según las cuales ciertos tipos de derechos (pongamos el caso de los derechos económicos, sociales y culturales), pueden afectar a los derechos civiles. Esta clase de argumentos impidieron que durante mucho tiempo los derechos sociales desplegaran sus efectos normativos. El principio de interdependencia obliga a descartar interpretaciones contradictorias y antitéticas entre derechos civiles y sociales, que tendieran a restarle vigencia a los últimos.¹²

Resulta aún más claro ver el contenido obligacional del principio de progresividad. Este principio, de acuerdo con la Observación General 3, elaborada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, implica dos nociones: la gradualidad y la progresividad. La primera implica el reconocimiento de que los derechos sociales no podrán lograrse en un periodo breve de tiempo; pero aun asumiendo eso, el estado en esos casos tendrá ciertas obligaciones, entre ellas la de moverse lo más rápido y efectivamente como sea posible. La segunda noción implica la obligación de mejorar las condiciones de goce de los derechos sociales. Para ello, las medidas adoptadas deben ser deliberadas, concretas y orientadas a tal fin.¹³ Vistos así, los principios permiten identificar el contenido obligacional de los derechos en el momento de su puesta en marcha.

IV. LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Hemos insistido en la relación entre derechos y obligaciones, y advertimos sobre la importancia de los principios, obligaciones y deberes y su invitación a adoptar el punto de vista obligacional para analizar los derechos. El artículo

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 31 de agosto de 2001, párr., 140 y ss.

¹² Una impecable explicación de esta idea se puede ver en Nino, Carlos, “Sobre los derechos sociales”, *Los escritos de Carlos Nino, Derecho, moral y política II*, Barcelona, Gedisa, 2007, pp. 68 y ss.

¹³ Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 93.

lo. es fundamental para apuntalar este enfoque, y parece convertirse, a pesar de su simple redacción, en un complejo dispositivo normativo que introduce un sinnúmero de imperativos normativos.

En esta sección del trabajo queremos dar razones más detalladas para insistir en la importancia del enfoque centrado en deberes y su importancia para la práctica de los derechos.

Además de los principios comentados en la sección precedente, el artículo 1o. constitucional recoge lo que se conoce como obligaciones genéricas en materia de derechos humanos. Se trata de las obligaciones de respetar, proteger, garantizar y promover. No realizaremos aquí un estudio sobre estas obligaciones porque no nos corresponde en el ámbito de la obra en la que se incluye este trabajo; sin embargo, consideramos necesario ofrecer algunos comentarios acerca de las razones por las cuales resulta valioso el enfoque, y porque los deberes específicos a cuyo análisis nos avocaremos en la sección siguiente, son obligaciones derivadas de estas obligaciones generales.

En primer lugar, las obligaciones genéricas nos permiten comprender la complejidad deóntica contenida en los derechos, y así abandonar posiciones simplistas y reduccionistas que afectan la eficacia de los derechos humanos. Debemos recordar que, de acuerdo con ciertas posiciones tradicionales, los derechos pueden reducirse a componentes obligacionales negativos y positivos. Así, los clásicos derechos liberales fueron reducidos a derechos negativos, que implicarían para la autoridad un deber de abstención. Por su parte, los derechos sociales se identificaban con obligaciones positivas, y en tal sentido exigían en todo momento un actuar por parte del Estado, normalmente a través del cumplimiento de obligaciones de dar algo, debido a los satisfactores materiales que suelen ser objeto de los derechos sociales. Sin embargo, desde la doctrina¹⁴ y los organismos integrantes de los sistemas internacional y regionales de derechos humanos, se advirtió hace tiempo que los entramados obligacionales eran definitivamente más complejos en el caso de unos y otros derechos. En cierta medida, las posiciones tradicionales como las aquí comentadas, asumen una punto de vista simplista, según el cual existen un tipo de obligaciones para cada tipo de derechos. La identificación de las obligaciones generales ha permitido superar este punto de vista e instalar la idea de la existencia de obligaciones comunes a todos los dere-

¹⁴ Fredman, Sandra, *Human Rights Transformed: Positives Duties and Positives Rights*, Legal Research paper series, Paper 38/2006, University of Oxford, August 2006, p. 2. Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 427 y ss.

chos, que naturalmente se materializarán en conductas específicas según lo exigido por cada derecho. El punto de vista que permite tomar el enfoque centrado en las obligaciones refuerza la idea de continuidad entre derechos, evitan la segmentación y afirman el principio de interdependencia.

Si bien en la actualidad existen diversos criterios clasificatorios sobre las obligaciones generales, todos ellos reflejan una complejidad soslayada por el enfoque tradicional. Tal vez una de las propuestas más relevantes sobre este tema fue la elaborada por Van Hoof, quien distinguió cuatro niveles de obligaciones: la obligación de respetar, de proteger, de garantizar y de promover. Como se puede observar, nuestra Constitución adoptó esta clasificación. La obligación de respetar consistiría en el deber del Estado de no impedir o dificultar el acceso al disfrute del derecho; la obligación de proteger, en cuidar que terceros impidan o dificulten el acceso al derecho; la obligación de garantizar, en asegurar al titular el acceso al derecho, y, por último, la obligación de promover, en desarrollar las condiciones para que las personas accedan al disfrute del derecho.¹⁵ Una simple lectura de estas obligaciones en abstracto da cuenta de la complejidad apuntada.

En segundo lugar, asumir esta complejidad permite también identificar las conductas exigibles.¹⁶ Si aplicamos el esquema complejo al derecho a la salud, el resultado podría ser el siguiente: la obligación de respeto consistiría en que el Estado no debería cerrar hospitales o disminuir las partidas presupuestales asignadas a la compra de medicamentos; la obligación de protección, en impedir que las personas vean obstruido por otros el acceso a los servicios de salud; por ejemplo, negando un tratamiento que corresponda brindar de acuerdo con un contrato de seguro de gastos médicos; la obligación de garantía consistiría en la adopción de medidas para asegurar a las personas que no puedan acceder a servicios para la atención de su salud, las prestaciones requeridas; por ejemplo, la puesta en marcha de un seguro universal, y, por último, la obligación de promoción consistiría en el desarrollo de planes de cuidados para la salud de las personas o programas para la generación de controles médicos, entre otras posibles medidas.

En definitiva, la identificación de las obligaciones genéricas en materia de derechos humanos permite una práctica adecuada de los derechos, una mejor implementación y, en definitiva, incrementar los niveles de efecti-

¹⁵ De acuerdo con Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *op. cit.* p. 29.

¹⁶ Ortega Soriano, Ricardo Alberto *et al.*, *Deberes específicos de prevención, investigación y sanción, Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, Comisión de Derechos Humanos de la CDMX-Suprema Corte de Justicia de la Nación-Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013, vol. 6, p. 18.

vidad de los mismos al orientar el desarrollo legislativo, reglamentario, el diseño de políticas públicas y las labores de adjudicación en casos de judicialización por incumplimiento de las autoridades.

V. OBLIGACIONES GENÉRICAS Y DEBERES ESPECÍFICOS

En la sección anterior mencionamos la existencia de diversos criterios clasificatorios de las obligaciones en materia de derechos humanos. Normalmente la doctrina ha propuesto criterios clasificatorios más complejos, que comienzan por postular más obligaciones, y los organismos internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU, trabajan sobre la base de sólo dos obligaciones genéricas principales.

Para ejemplo sirve la clasificación ya comentada de Van Hoof, que postula la existencia de cuatro obligaciones: respetar, proteger, garantizar y promover. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos humanos y el Comité de Derechos Humanos refieren a dos: las de respeto y garantía. Tanto la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 1, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2, establecen las obligaciones genéricas de respeto y garantía; es por eso que los órganos mencionados sólo refieran a estas dos obligaciones.¹⁷ El texto convencional determina necesariamente su trabajo interpretativo. Sin embargo, eso no ha significado que la Corte y el Comité hubieren excluido del marco de las obligaciones de respeto y garantía los contenidos que la doctrina suele incluir en obligaciones identificadas por separado, sobre todo respecto a la obligación de proteger. Las divergencias clasificatorias se originan en todo caso en la necesidad de los órganos, de ceñirse a los respectivos textos convencionales y en la inexistencia de dicha limitación para quienes elaboran aproximaciones teóricas. Si la finalidad de las obligaciones

¹⁷ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

es ayudarnos a identificar las conductas exigibles para cada derecho, tal fin se cumple en ambos casos, aunque tal vez con mayor precisión conceptual cuando se utilizan las clasificaciones teóricas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde su primera sentencia, emitida en el caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, identificó dos obligaciones generales: la obligación de respetar los derechos y la obligación de garantizar los derechos.¹⁸

La obligación de respeto consiste en no violar, sea por acción o por omisión, los derechos de la convención o tratado.¹⁹ La Corte IDH ha sostenido que a la obligación de respeto subyace la idea según la cual los derechos son atributos de la persona, y como tales, inviolables por el Estado y por los superiores a éste.²⁰

La obligación de garantizar los derechos fue también conceptualizada por la Corte IDH en el caso *Velázquez Rodríguez* y en posteriores pronunciamientos, en los cuales determinó que la obligación de garantía implica organizar el aparato del Estado y sus estructuras para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos²¹ y tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudieran existir para el disfrute de los derechos por parte de las personas.²²

A su vez, esta obligación de garantía incluye deberes y obligaciones específicos, distinguibles, que, como tales, generan conductas y vías de acción puntuales para del Estado. Entre ellas, y principalmente, los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar violaciones a los derechos humanos.²³ Entonces, es en el marco de la obligación de garantizar los derechos donde la Corte Interamericana ubica los deberes específicos.²⁴

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988. Fondo. párr., 164.

¹⁹ Dulitzky, Ariel, “Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos”, en Martín, Claudia *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara, 2004, p. 84. También Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos, análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 65.

²⁰ Caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 165.

²¹ *Ibidem*, párr., 166. “Esta obligación implica el deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder político, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva 11, 10 de agosto de 1990, excepciones al agotamiento de los recursos internos, párr., 34.

²³ Caso *Velázquez Rodríguez*, párr. 175.

²⁴ Para un análisis pormenorizado del contenido de la obligación de garantía véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Moller, Carlos, “La obligación de respetar y garantizar

Ahora bien, nuestro texto constitucional, a diferencia de tratados internacionales, como la Convención Americana de Derechos humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha adoptado una clasificación de las obligaciones más compleja, y, por ello, tenemos la posibilidad de ubicar a nuestros deberes de manera más adecuada en términos conceptuales.

En nuestra opinión, fue un acierto del poder reformador de la Constitución, distinguir entre las obligaciones de garantía y protección, pues entendemos que resulta más adecuado desde el punto de vista conceptual. En tal sentido, compartimos la opinión de Serrano y Vázquez, quienes identifican comportamientos propios y distinguibles en el ámbito de cada una de las obligaciones. Afirman los autores que la obligación de garantizar implica la conducta positiva del Estado en aras de lograr la realización del derecho, e impondría adoptar medidas para que el derecho exista, lo que conllevaría no sólo a generar cambios normativos; por ejemplo, de adecuación del derecho interno al derecho interamericano, sino además la generación de una “maquinaria institucional”; es decir, políticas públicas, que establezcan agencias, autoridades, prestaciones, prácticas y, además, la provisión de bienes y servicios cuando las personas no puedan acceder a ellos por sus propios medios.²⁵ La garantía implicaría permitir el disfrute del derecho a través de la generación de las condiciones institucionales y materiales para tal fin.

Por su parte, la obligación de protección consiste en crear el marco institucional y jurídico para prevenir violaciones a los derechos por parte de terceros, sean particulares o agentes estatales.²⁶

Entonces, ambas obligaciones exigen actividad por parte del Estado; también implican la generación de estructuras y procesos institucionales; sin embargo la distinción entre una obligación y otra consistiría en que en la obligación de garantía las estructuras y procesos tienen por objeto lograr la efectividad de los derechos; en el caso de la obligación de protección, el objetivo consiste en evitar violaciones al derecho en cuestión,²⁷ o bien hacer concluir las conductas y omisiones generadoras de las violaciones, y, por último, reparar los efectos de las violaciones.

La obligación de protección implica a su vez complejas obligaciones de naturaleza positiva,²⁸ que responden a formas diversas. En tal sentido, es

los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 2, 2012, pp. 141-192.

²⁵ Vázquez Daniel, Serrano, Sandra, *op. cit.*, p. 21

²⁶ *Ibidem*, p. 27.

²⁷ *Ibidem*, p. 28.

²⁸ Ortega Soriano, Ricardo Alberto *et al.*, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

posible distinguir entre obligaciones de tipo sustantivo y de tipo procesal.²⁹ Entre las primeras, podríamos considerar acciones encaminadas a generar lo que Ortega, Robles, García y Bravo identifican como *condiciones de previsibilidad*³⁰ a través de la generación de *contextos de prevención y desincentivando la consumación de amenazas concretas*.³¹ Las medidas de tipo procesal refieren a las garantías secundarias, de tipo procesal o cuasiprocesal, jurisdiccionales o no, tendientes a ofrecer protección en caso de amenazas o violaciones a derechos. La generación de procedimientos de denuncia, o de procesos judiciales serían buenos ejemplos de esta clase de medidas; también, la modificación y ampliación del espectro tuitivo de cierta institución procesal ya existente. Si aplicamos estas ideas a México, las modificaciones en materia de juicio de amparo referidas a su procedencia contra violaciones cometidas por particulares, o la recepción del interés legítimo, entre otras, han ampliado el ámbito de protección del amparo. También deberíamos incluir las interpretaciones realizadas por órganos jurisdiccionales que procuren introducir criterios más tuitivos; por ejemplo, las interpretaciones restrictivas acerca del fuero militar.

En el desenvolvimiento de las actividades tendientes a proteger los derechos humanos, las autoridades deben proceder sujetas a ciertas bases o niveles de exigencia. Existe una forma particular mediante la cual la autoridad debe actuar al ejercitar todas las actividades involucradas en la obligación de protección y en los deberes particulares, que estudiaremos más adelante, y esa forma es con “debida diligencia”. Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Honduras en el caso Velázquez Rodríguez, le indicó al Estado que la responsabilidad estatal no sólo se configura cuando la violación es atribuida al Estado o a uno de sus agentes, sino también cuando sea cometida por un particular, no por el hecho en sí, sino por la falta de debida diligencia para prevenir la violación.³²

Ahora bien, la debida diligencia no sólo opera con relación a la obligación de prevenir, sino también con relación a los deberes de investigar y sancionar; por ello, consideramos que se trata de un componente general de la obligación de protección llamada a incidir y a medir la actividad de la autoridad con relación al cumplimiento específico de cada deber en concreto.

²⁹ Akandji Kombe, Jean François, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights, A guide to the implementation of the European Convention of Human Rights*, Human Rights Handbooks, No. 7, Council of Europe, Belgium, 2007.

³⁰ Ortega Soriano *et al.*, *op. cit.*, p. 34.

³¹ *Idem.*

³² Caso Velázquez Rodríguez, párr. 172.

VI. LOS DEBERES DE PREVENIR, INVESTIGAR, SANCIONAR Y REPARAR

1. *El deber de prevenir*

El deber de prevenir, como componente específico de la obligación de proteger, es una obligación de medios consistente en llevar a cabo todas las conductas necesarias y con la debida diligencia para evitar que las violaciones sucedan.

Respecto a la obligación de protección, este deber implica la necesidad de generar lo que se ha denominado un *segundo nivel de aseguramiento*,³³ es decir, actividades más específicas para cumplir con los fines y funciones determinados por los marcos normativos, estructuras e instituciones establecidos en cumplimiento de la obligación de protección.

Es posible considerar tres escenarios diferenciados para el ejercicio del deber de prevención. En primer lugar, el deber de prevención en situaciones de ausencia de riesgo. En segundo lugar, el deber de prevención se debería desenvolver de modo diferente en contextos en los cuales existe una situación de riesgo. Por último, podríamos configurar otra modalidad en situaciones de amenazas a derechos de personas en especial situación de vulnerabilidad. Cada uno de estos tres escenarios indicará el deber del Estado de llevar a cabo medidas diferentes, es decir, de ejercer el deber de prevención de modo diferenciado.

Afirmar que se trata de una obligación de medios, es decir, de comportamiento, implica que no se exige la consecución de un resultado determinado, sino el desenvolvimiento de ciertas y específicas actividades y comportamientos que razonablemente contribuyan a prevenir una violación a los derechos humanos. Además, tales actividades orientadas al fin de prevenir deben realizarse con la debida diligencia.

El deber de prevención en ausencia de riesgos específicos fue abordado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Velázquez Rodríguez vs Honduras*, donde estableció que

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito,

³³ Ortega Soriano *et al.*, p. 40.

que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.³⁴

Las actividades del Estado deben orientarse hacia el diseño de una estrategia integral de prevención, actuar sobre las causas y los factores de riesgo, y también, en fortalecer las instituciones para que de manera oportuna puedan responder cuando se presenten situaciones de riesgo efectivo o se cometan violaciones a los derechos.³⁵

El deber de prevención en situaciones de riesgo implicaría un nivel diferente de actividad por parte del Estado y una mayor intensidad en las medidas preventivas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, determinó que las situaciones de riesgo acentúan el deber de prevención.³⁶ La situación de riesgo implica entonces la necesidad de robustecer las medidas de prevención y, en consecuencia, establecer un escrutinio más estricto para evaluar la actitud del Estado con relación al contenido del deber de debida diligencia. Asimismo, la Corte admite que no es posible exigir responsabilidad ilimitada para el Estado, sobre todo cuando se trata de violaciones a derechos humanos cometidos por otros particulares. En estos casos, la responsabilidad está condicionada a que el Estado tenga conocimiento de la situación de riesgo real e inminente y que haya posibilidades razonables de prevenir la violación.³⁷

Por último, el deber de prevenir presenta particularidades y deberes reforzados en el caso de personas pertenecientes a grupos vulnerables. Con relación a la violencia contra las mujeres, en el caso *González y otras ("Campo Algodonero")*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció:

La relatoría especial sobre violencia contra la mujer de la ONU, ha proporcionado directrices sobre qué medidas deben tomar los estados para cumplir con sus obligaciones internacionales de debida diligencia en cuanto a prevención, a saber: ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer, existencia de leyes nacionales y sanciones administrativas que proporcionen reparación adecuada a las mujeres víctimas de la violencia, políticas o planes de acción que se ocupen de la cuestión de la violencia contra la mujer, sensibilización del sistema

³⁴ Velázquez Rodríguez *vs.* Honduras, párr., 175. El criterio ha sido reiterado entre otros en: caso González y otras ("Campo Algodonero") *vs.* México, párr., 252

³⁵ Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Moller, *op. cit.*, p. 157.

³⁶ Corte IDH, caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia, sentencia del 31 de enero de 2006, párr. 126.

³⁷ *Ibidem*, párr. 123.

de justicia penal y la policía en cuanto a cuestiones de género, accesibilidad y disponibilidad de servicios de apoyo, existencia de medidas para aumentar la sensibilización y modificar las políticas discriminatorias en la esfera de la educación y en los medios de información y reunión de datos y elaboración de estadísticas sobre la violencia contra la mujer.³⁸

Los niños y niñas también son beneficiarios de medidas especiales, reforzadas, que permitan configurar un plexo de obligaciones diferenciado y reforzado de prevención especial. En el caso de *Las niñas Yean y Bósico vs. República Dominicana*, la Corte Interamericana refirió a este deber de prevención diferenciado.³⁹ En el caso, el interés superior del menor conlleva a un nivel de prevención reforzado.

2. *El deber de investigar*

La Constitución establece el deber de investigar las situaciones que hayan generado violaciones a los derechos humanos. Consiste en una obligación de medios que se considerará cumplida independientemente del resultado de la investigación. Sin embargo, este carácter no implica que el cumplimiento del deber se pueda reducir al cumplimiento de meras formalidades.⁴⁰ Para que el deber de investigar resulte adecuadamente cumplido es preciso que su ejercicio esté sometido al cumplimiento de ciertos estándares, que han sido desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos humanos.⁴¹ Asimismo, si bien se trata de una obligación de medios, debe estar orientada hacia la búsqueda de la verdad⁴² y ser diligente, es decir, realizada sin dilaciones, con esmero y eficacia.⁴³

³⁸ Caso González y otras (“Campo Algononero”), párr. 256.

³⁹ Corte IDH, caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia del 8 de septiembre de 2005, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 130, párr. 133 y ss.

⁴⁰ Corte IDH, caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, sentencia del 27 de febrero de 2012, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr., 203.

⁴¹ Becerra Ramírez, Manuel, “Artículo 1o., tercer párrafo. Prevenir, investigar, sancionar y reparar como deberes del Estado frente a las violaciones de derechos humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, *Derechos humanos en la Constitución, Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fundación Konrad Adenauer, 2013, p. 139.

⁴² Corte IDH, caso Escué Zapata vs. Colombia, sentencia de 4 de julio de 2007, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 165, párr. 106.

⁴³ Corte IDH, caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia del 23 de noviembre de 2003, reparaciones y costas, párr. 101.

Las investigaciones deben ser exhaustivas, es decir, deben ser realizadas con el empleo de todos los medios disponibles y orientadas a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual sanción de los responsables.⁴⁴

Con relación a la forma de dar inicio de las investigaciones, en cuanto las autoridades tengan conocimiento del hecho de las violaciones a derechos humanos, deben iniciar las investigaciones *ex officio* y sin dilaciones.⁴⁵

En cuanto a la forma de llevar adelante las investigaciones, el tribunal interamericano ha indicado los requerimientos mínimos para configurar el deber de debida diligencia: tomar en cuenta la complejidad de los hechos, el contexto, las circunstancias y la posible existencia de patrones en las violaciones a derechos.⁴⁶

Las investigaciones deben llevarse a cabo a través de la realización de tareas específicas: identificar a las víctimas, recuperar y preservar el material probatorio, identificar testigos y tomar sus declaraciones, determinar la causa, forma, lugar y momento de la comisión del ilícito y analizar la posible existencia de patrones en las violaciones de derechos. En caso de fallecimientos, se debe determinar si éstos acaecieron por causas naturales, accidente, suicidio u homicidio.⁴⁷

El concepto de debida diligencia incluye, además de los elementos indicados, que la investigación debe ser llevada a cabo en un plazo razonable. De acuerdo con la Corte interamericana, los elementos a tomar en cuenta para evaluar la razonabilidad del tiempo de las investigaciones son los siguientes: I. La complejidad del asunto, que incidirá en la complejidad del proceso en general y de actos procesales en particular. II. La actividad procesal del interesado; es decir, que realice los actos de impulso procesal que le correspondan, o bien que no incurra en dilaciones. III. La conducta de las autoridades judiciales, es decir, que actúen de manera diligente. Ciertos actos resultan clara evidencia de lo contrario; por ejemplo, la demora en ordenar medidas de prueba, la declinación de competencia a fueros que no pueden ejercer jurisdicción en ciertos asuntos y materias, como ha ocurrido en México en diversos asuntos de violaciones a derechos humanos cometi-

⁴⁴ Corte IDH, caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia del 12 de agosto de 2008, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 186, párr. 144.

⁴⁵ Corte IDH, caso *González Medina y familiares vs. República Dominicana*, sentencia del 27 de febrero de 2010, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 204. Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs. Colombia*, (2006), párr. 143. Caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, (2009), párr. 290.

⁴⁶ Corte IDH, caso *Escué Zapata vs. Colombia* (2007), párr. 106.

⁴⁷ *Idem*.

das por fuerzas militares, la demora en la tramitación de cuestiones interlocutorias y la dilación en el dictado de providencias, entre otros.⁴⁸

Las investigaciones deben realizarse siguiendo escrupulosamente las pautas determinadas por el debido proceso, en cuyo marco resulta indispensable asegurar la independencia e imparcialidad de las autoridades que tienen a su cargo las investigaciones. En atención a esta exigencia, debería impedirse por ejemplo que las investigaciones estuvieran en manos de las mismas autoridades involucradas en las violaciones. También, se deberían excluir de las labores de investigación a aquellas autoridades que pertenezcan al mismo ámbito o estructura a la que pertenezcan los posibles autores de las violaciones; por ello, la exigencia de imparcialidad debe llevar a excluir a la jurisdicción militar de investigaciones en las que los posibles responsables sean otros militares, y en aquellas en las cuales también lo sean las víctimas.⁴⁹

Es relevante indicar también que permitir o no impedir la participación de las víctimas y sus familiares integra también el contenido del deber de investigar. La participación consiste en brindar acceso y capacidad de activación en las diversas etapas del proceso y la investigación.⁵⁰

Por último, es preciso apuntar que, en ciertos casos, el deber de investigar debe ser cumplido bajo estándares de mayor exigencia. La Corte Interamericana ha considerado que el deber de investigar tiene *alcances adicionales* cuando se trata de evaluar casos de violencia de género, específicamente cuando una mujer sufre violaciones a sus derechos en un contexto de violencia generalizada contra las mujeres.⁵¹ En el caso de violaciones graves a los derechos humanos cometidas en casos de tortura, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, los estándares serán más elevados y exigirán la realización de conductas más específicas. Así, las investigaciones deberán estar orientadas a la localización de la persona desaparecida o bien a la localización de sus restos,⁵² a esclarecer la identidad de

⁴⁸ Corte IDH, caso Fornerón e hija *vs.* Argentina, sentencia del 27 de abril de 2012, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 242, párr. 66.

⁴⁹ Corte IDH, caso Radilla Pacheco *vs.* Estados Unidos Mexicanos, sentencia del 23 de noviembre de 2009, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 209, párr. 273. Aunque la Corte no señaló directamente la violación de este principio, refirió a las afectaciones a los principios de juez natural, debido proceso y acceso a la justicia.

⁵⁰ De León Gisela, Krsťicevic, Viviana, Obando, Luis, *Debida diligencia en la investigación de graves violaciones a derechos humanos*, Buenos Aires, Cejil, 2010, p. 33.

⁵¹ Corte IDH, caso González y otras (Campo Algodonero) (2009), párr. 293.

⁵² Corte IDH, caso de las Hermanas Serrano Cruz *vs.* El Salvador, sentencia del 1o. de marzo de 2005, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 120, párr. 178.

las víctimas,⁵³ orientada a la totalidad de los hechos,⁵⁴ que se realicen los estudios forenses necesarios por expertos, es decir, por personal capacitado de manera adecuada, y que sigan los protocolos internacionales que garantizan la calidad de los estudios científicos.⁵⁵

En general, los incumplimientos en materia del deber de investigar por parte del Estado implican a su vez una violación a los derechos de garantías judiciales contemplado en el artículo 8, y de protección judicial del artículo 25, ambos de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado el contenido de estos derechos y las diversas conductas que implican afectaciones a ellos. Sin embargo, es particularmente relevante lo decidido a propósito de los incumplimientos del Estado por no ejercer el deber de investigar en casos de graves violaciones a los derechos humanos, y específicamente en materia de leyes de amnistía, disposiciones de prescripción, o aquellas que establecen eximentes de responsabilidad. Las leyes y disposiciones de este tipo impiden la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, impiden que las víctimas sean oídas por el juez, el acceso a la verdad, y así, privan a las víctimas de las reparaciones.⁵⁶

3. *El deber de sancionar*

Cuando las investigaciones permiten constatar las violaciones a los derechos humanos y la identificación de los responsables, sobre éstos deben recaer sanciones administrativas o penales. La falta de sanción, al igual que la falta de investigación, generan impunidad. En esta línea ha insistido la Corte Interamericana en los casos *Barrios Altos* y *Almonacid Arellano*, ya comentados, al analizar el incumplimiento al deber de investigar. La impunidad ha sido definida por este tribunal como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables.⁵⁷

⁵³ Corte IDH, caso Juan Humberto Sánchez *vs.* Honduras, sentencia del 7 de junio de 2003, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 99, párr. 127.

⁵⁴ Corte IDH, caso del Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú, sentencia del 25 de noviembre de 2006, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 160, párr. 390.

⁵⁵ Corte IDH, caso Ximenez López *vs.* Brasil, sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm. 149, párr. 187.

⁵⁶ Corte IDH, caso Barrios Altos *vs.* Perú, sentencia del 14 de marzo de 2001, fondo, serie C, 75, párrs. 44 y ss. Caso Almonacid Arellano *vs.* Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 154, párr. 111.

⁵⁷ Corte IDH, caso Masacre de Río Negro *vs.* Guatemala, sentencia del 4 de septiembre de 2012, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 250, párr. 196.

La vinculación entre sanción e impunidad se sustenta en la idea de que la sanción permitirá disuadir de la comisión de violaciones similares en el futuro. Se trata de una posición identificada por Nino como prevenciónismo,⁵⁸ que más allá de las críticas que pueda despertar debido al rol que pudiera tener la sanción más bien como un incentivo prospectivo en contextos de gobiernos autoritarios para no dejar el poder, resulta un incentivo sin dudas positivo para evitar violaciones futuras fuera de esos contextos tan particulares.⁵⁹ La Corte Interamericana ha asumido este punto de vista al sostener que la impunidad propicia la violación crónica de derechos humanos.⁶⁰

La sanción tiene además un vínculo particular con el derecho a la verdad. Si bien el juicio y la sanción como su final no representan la única forma de acceder a la verdad o al conocimiento de los hechos, sí ofrecen la mejor alternativa para reconocer a las víctimas de violaciones de derechos su condición de tales y su autorrespeto. El juicio ofrece mejor que ninguna otra opción la posibilidad de escuchar a las víctimas, que lo narrado por ellas será reconocido oficialmente, y que los actos cometidos en su contra y quienes los perpetraron, sean oficialmente condenados. La sanción es la expresión jurídica de una descalificación moral efectuada por la sociedad, necesaria para dar a las víctimas su lugar como tales.⁶¹

4. *El deber de reparar*

En esta sección no nos hemos propuesto esclarecer y detallar el sistema de reparaciones por violaciones a los derechos humanos establecidos a nivel interno por las leyes y reglamentos infraconstitucionales. Nuestro objetivo es más modesto, y consiste en sentar algunas ideas acerca de la forma en que debe ser pensado el contenido del deber específico de reparar tomando como base el derecho convencional, considerando que ello puede representar un buen punto de partida en aras de adecuar nuestro derecho en la materia. Adicionalmente, analizaremos algunas determinaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con relación a las reparaciones que muestran cierta inclinación a leer el deber de reparación del artículo

⁵⁸ Nino, Carlos, *Juicio al mal absoluto*, trad. de Martín Böhmer, Buenos Aires, Ariel, 2006, pp. 210 y 211.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Corte IDH, caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) *vs.* Guatemala, sentencia del 8 de marzo de 1998, fondo, serie C, núm 37, párr. 173.

⁶¹ *Idem*.

primero constitucional en la clave desarrollada por el derecho internacional de los derechos humanos.

Puede resultar pertinente comenzar nuestro análisis con una pregunta que para algunos puede resultar algo obvia; ¿es posible admitir la existencia de dos sistemas diferenciados en materia de reparaciones, uno, el sistema desarrollado desde el derecho internacional y regional de los derechos humanos, y otro, el sistema mexicano, desarrollado a partir del deber de reparar las violaciones a derechos humanos establecido por el párrafo tercero del artículo primero constitucional? La respuesta obvia es que sí, por supuesto; sin embargo, junto a esa lacónica respuesta inicial, es preciso aclarar que ambos sistemas deben vincularse, comunicarse y adaptarse mutuamente. Aplicando a este tema ideas ya conocidas por todos, la forma de comunicación a la que nos referimos consiste en, por un lado, que a través de un ejercicio de circulación de prácticas los organismos internacionales adopten ideas gestadas en los ámbitos estatales. Pero en sentido inverso, los órganos internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toman decisiones que nos vinculan, y que por ende debemos internalizar en nuestros sistemas en cumplimiento del deber de adecuar el derecho interno. En atención a esto, consideramos que en materia de reparaciones las cosas no deben ser diferentes que con relación al resto del derecho, y, por ende, los Estados deben adoptar los estándares que en materia de reparaciones se establecen desde el derecho internacional de los derechos humanos. Esta idea pretende poner sobre la mesa la idea según la cual nuestro sistema debe desarrollar mecanismos de reparación que estén a la altura de los estándares internacionales y convencionales, no sólo a través de la creación de nuevas formas y medios, sino también mediante la adaptación de las formas y medios ya existentes, por más intocables que éstos se perciban.

El deber de reparación es considerado como un principio del derecho internacional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; así lo sostuvo en la sentencia de reparaciones del caso Velázquez Rodríguez, más específicamente, consideró que la reparación debe ser adecuada.⁶² En consecuencia, toda violación debe ser reparada. Este principio, que ya formaba parte de nuestro derecho, ahora tiene una presencia reforzada al ser recogido por nuestra Constitución.

La reparación a la que alude la Constitución en su artículo 1, en consonancia con el derecho internacional, es la reparación integral o *restitutio in*

⁶² Corte IDH, caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 21 de julio de 1989, reparaciones y costas, serie C, núm. 7, párr. 25.

integrum. En el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos y lo previsto por el artículo 63.1, la Corte Interamericana sostuvo que la reparación del daño ocasionado por la violación implica el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias de la infracción y el pago de una indemnización que abarque el daño patrimonial y extrapatrimonial, incluido el daño moral.⁶³ Ésta es también la comprensión que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación le ha dado al deber de reparar, al sostener que

para entender el concepto de reparación incorporado a la constitución, el senado invocó el concepto de reparación integral desarrollado en el marco de las Naciones Unidas, partiendo de los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.⁶⁴

y por tanto es la comprensión que se le debe dar en nuestro sistema constitucional. La reparación a la que alude el artículo primero constitucional es la reparación integral.

La siguiente idea en orden a conceptualizar el deber de reparación de manera adecuada es pensar las reparaciones centradas en las víctimas. Nash sugiere que este punto de vista consistiría en preocuparse por la forma en la que el derecho puede restablecer la situación, no sólo patrimonialmente, sino apreciando a la persona como un todo, en su integralidad.⁶⁵ Este cambio de óptica tiene ya un importante desarrollo en el sistema interamericano, pero es casi imperceptible aún en nuestro sistema.

La siguiente cuestión a considerar se refiere a las modalidades de la reparación. Se trata de un tema complejo, alrededor del cual nuestras reflexiones suelen estar previamente limitadas por las formas jurídicas preexistentes en nuestro propio sistema. Tanto es así, que en ocasiones es más factible encontrar cierto conformismo en orden a la imposibilidad de cumplir con las exigencias de un deber robusto de reparación, que cierta insatisfacción que genere la necesidad de pensar en la manera de adaptar nuestras formas jurídicas a las exigencias sustantivas. La distancia entre las posibilidades internas de reparación y las formas externas se acrecienta debido a

⁶³ *Ibidem*, pár. 26.

⁶⁴ Tesis 1 a CCCXXXVII/2018 (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, diciembre de 2018, p. 400.

⁶⁵ Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998-2007)*, 2a. ed., Santiago, Universidad de Chile, 2009, p. 36.

que tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde hace tiempo han demostrado ser particularmente creativos a la hora de establecer formas diversas y alternativas de reparar las violaciones a derechos humanos.

La Corte Interamericana siempre ha tenido un concepto amplio de reparación,⁶⁶ y así, la nómina de medidas de reparación se ha incrementado, con relación a las modalidades que la reparación puede asumir, Nash ofrece una nómina exhaustiva desarrollada sobre la base del trabajo del tribunal interamericano, y en dicha lista incluye tres grandes tipos de modalidades: el cese de la violación, que normalmente tiene que ver con ordenar las medidas con las que el Estado puede cumplir con el derecho o bien cesar con la violación;⁶⁷ las reparaciones materiales o indemnizatorias, que a su vez incluyen el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y las afectaciones al proyecto de vida,⁶⁸ y el rubro que las otras formas de reparación, ámbito en el cual la Corte Interamericana se ha mostrado muy creativa. Allí incluiríamos la restitución, garantías de no repetición y deberes de actuar en el ámbito interno.⁶⁹ En este ámbito, las medidas en el sistema interamericano pueden ser de lo más variadas y transitar desde la orden de cese de medidas, las indemnizaciones, cambios legislativos y constitucionales, entrega de prestaciones, etcétera. Incluso, cuando la restitución no fuera posible, que en muchos casos será impracticable, se deberán buscar alternativas plausibles. Aun en esos casos, y como acertadamente apunta García Ramírez, la restitución es una alternativa plausible.⁷⁰

El punto es señalar la necesidad de generar más y mejores vías de reparación a la altura de los graves conflictos generados por violaciones en materia de derechos humanos. Nuevamente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación parece estar haciéndose eco de esta necesidad apuntada:

La obligación de reparar a las víctimas cuando se ha concluido que existe violación a los derechos humanos de aquellas, es una de las fases imprescindibles en el acceso a la justicia. Así pues, cuando existe una violación de derechos humanos, el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado

⁶⁶ *Ibidem*, p. 39.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 40

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 41 y ss

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 59 y ss.

⁷⁰ García Ramírez, Sergio, “Reparaciones de fuente internacional por violaciones a los derechos humanos”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (comps.), *La reforma constitucional de derechos humanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 181.

por parte de las autoridades, e incluso —dependiendo del tipo de violación—, de impulsar un cambio cultural. La reparación ideal luego de una violación de derechos humanos es la entera restitución a la víctima (*restitutio in integrum*), la cual consiste en restablecer la situación antes de la violación. No obstante, ante la limitada posibilidad de que todas las violaciones de derechos humanos sean reparadas en su totalidad por la naturaleza misma de algunas de ellas, la doctrina ha desarrollado una amplia gama de reparaciones que intentan compensar a la víctima de violaciones de derechos humanos, mediante reparaciones pecuniarias y no pecuniarias. Las medidas no pecuniarias —también conocidas como reparaciones morales—, se clasifican en a) restitución, y rehabilitación; b) satisfacción, y c) garantías de no repetición.⁷¹

El reconocimiento que hace la Primera Sala aquí no sólo puede ser eventualmente útil para imaginar cambios generados desde la propia Corte, sino como criterio que conforme una nueva narración en nuestro sistema de derechos, y, en tal sentido, sirva como criterio para evaluar, leyes, actos y prácticas internas en general, sobre todo cuando no estén a la altura de los estándares en materia de reparaciones.

La siguiente cuestión a considerar es la referida a la adaptabilidad de nuestros medios de defensa constitucional para habilitar en su seno la posibilidad de desarrollar un sistema de reparación más completo. Particularmente relevante es pensar en el juicio de amparo, sobre todo, pensar en las opciones que ofrece este proceso constitucional para conceder medidas de reparación no pecuniarias. Debemos anticipar que no es nuestra intención postular la idea de alterar la fisonomía del amparo de un modo tal que permita replicar sin matices los alcances reparadores del sistema interamericano. Ello no sería posible, por razones de diverso talante, que van desde la propia fisonomía procesal del amparo hasta la existencia de otros mecanismos para tales fines, y cuya discusión excede los márgenes de este trabajo. Sin embargo, creemos que es posible comenzar una reflexión al respecto. En ese sentido, otra tesis aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación parece animarse en este camino respecto a la posibilidad de establecer medidas de satisfacción ante violaciones a derechos humanos en el marco de la Ley de Amparo. Sobre el punto, la tesis establece en su parte más relevante:

Las sentencias estimatorias de amparo constituyen en sí mismas una medida de satisfacción, pues al declarar la existencia de una violación a derechos hu-

⁷¹ Tesis 1a. CCCXLII/2015, *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, noviembre de 2015, p. 949.

manos, las sentencias operan como una declaratoria oficial que contribuye a restaurar la dignidad de la persona. Así, más allá de las medidas restitutorias, las sentencias de amparo tienen un valor fundamental como parte de un proceso reparador de las consecuencias de un hecho victimizante. ... Por otro lado, en los casos en que la violación a derechos humanos pueda ser constitutiva de algún delito, la vista que están obligados a dar los jueces a las autoridades competentes... también debe verse como una medida de satisfacción. Finalmente, esta primera sala considera que cuando se acude al incidente de cumplimiento sustituto y se opte por realizar un convenio sancionado ante el propio órgano jurisdiccional, las partes pueden pactar reparaciones que no sean compensaciones económicas, como medidas de satisfacción y los jueces de amparo pueden autorizarlas, siempre y cuando las autoridades responsables puedan obligarse a ello de acuerdo con el marco jurídico que establezca sus atribuciones y las citadas medidas de satisfacción no contravengan principios de orden público.⁷²

En definitiva, en nuestra opinión, el deber constitucional de reparar implica también el deber de pensar si los remedios procesales existentes requieren adaptaciones para concebirlos como medios capaces de obtener una reparación adecuada en términos constitucionales, y también convencionales.

VII. REFLEXIONES FINALES

Hemos sostenido que el enfoque centrado en las obligaciones resulta óptimo para determinar con mayor precisión las obligaciones de las autoridades para dar cabal cumplimiento a los derechos. Las obligaciones genéricas y los deberes específicos constitucionalizados en el artículo primero resultan indispensables para identificar las obligaciones implicadas en cada derecho reconocido en nuestro sistema. Hemos procurado ofrecer algunas ideas en orden a identificar el contenido de los deberes específicos con la guía del derecho internacional de los derechos humanos, y particularmente del trabajo interpretativo de la Corte Interamericana, que es derecho interno de fuente internacional. La lectura correcta del contenido de los deberes permite asumir la complejidad del plexo obligacional de los derechos, como un primer paso en pos de mejorar su vigencia y de controlar la actividad de las autoridades.

⁷² Tesis. 1a. LIV/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, mayo de 2017, p. 474.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- AKANDJI KOMBE, Jean François, *Positive obligations under de European Convention on Human Rights, A guide to the implementation of the European Convention of Human Rights*, Belgium, Human Rights Handbooks, núm. 7, Council of Europe, 2007.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALEXY, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, V (8) (ene-jun 2000).
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “Artículo 1o., tercer párrafo. Prevenir, investigar, sancionar y reparar como deberes del Estado frente a las violaciones de derechos humanos”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.*, *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fundación Konrad Adenauer. 2013.
- DE LEÓN, Gisela *et al.*, *Debida diligencia en la investigación de graves violaciones a Derechos humanos*, Buenos Aires, CEJIL, 2010.
- DULITZKY, Ariel, “Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos”, en MARTIN, Claudia *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, Principia iuris. *Teoría del derecho y de la democracia, I Teoría del derecho*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gazcón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 2012.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MOLLER, Carlos, “La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 2, 2012.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2000.

- FREDMAN, Sandra, “Human Rights Transformed: Positives Duties and Positives Rights”, *Legal Research paper series*, Paper 38/2006, University of Oxford, August 2006.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Reparaciones de fuente internacional por violaciones a los derechos humanos”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (comps.), *La reforma constitucional de derechos humanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- GROS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- HOHFELD, Wesley Newcomb, “Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning”, 23 *Yale Law Journal*, 16 (1913), New Haven.
- NASH ROJAS, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998-2007)*, 2a. ed., Santiago, Universidad de Chile, 2009.
- NICKEL, James, W, “How Human Rights Generate Duties to Protect and Provide”, 15, *Human Rights Quarterly*, 77 (1993).
- NINO, Carlos, *Juicio al mal absoluto*, trad. de Martín Böhmer, Buenos Aires, Ariel, 2006.
- NINO, Carlos, “Sobre los derechos sociales”, *Los escritos de Carlos Nino. Derecho, moral y política II*, Barcelona, Gedisa, 2007.
- ORTEGA SORIANO, Ricardo Alberto *et al.*, *Deberes específicos de prevención, investigación y sanción, Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, Comisión de Derechos Humanos de la CDMX-Suprema Corte de Justicia de la Nación-Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013, vol. 6.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- SERRANO, Sandra, “Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.*, *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fundación Konrad Adenauer, 2013.

VÁZQUEZ, Daniel y SERRANO, Sandra, *Principios y obligaciones de derechos humanos. Los derechos en acción, metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos de la CDMX-Suprema Corte de Justicia de la Nación-Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013, vol. 5.

*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.*

LA PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD

Emilio MAUS RATZ*

Siendo el objeto de todo Gobierno el amparo y protección del individuo... el primer requisito que debe llenar la Constitución Política, tiene que ser la protección... a la libertad humana, en todas las manifestaciones que de ella derivan... como constitutivas de la personalidad del hombre. Por esta razón, lo primero que debe hacer la Constitución Política de un pueblo, es garantizar, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana.

Exposición de motivos,
Constitución de 1917¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Historia constitucional y legislativa.* III. *Relación del párrafo cuarto con los otros párrafos del artículo 1o. constitucional.* IV. *Relación del párrafo 4o. con otras disposiciones constitucionales.* V. *Bloqueo de constitucionalidad.* VI. *Concepto de esclavitud.* VII. *¿Un derecho como cualquier otro? Naturaleza de la prohibición de la esclavitud como derecho humano.* VIII. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

La prohibición de la esclavitud, consagrada en el cuarto párrafo del artículo 1o. constitucional, constituye uno de los pilares fundacionales del Estado

* Profesor-investigador de la Universidad Panamericana y director de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

¹ *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, 1o. de diciembre de 1916.

mexicano. Desde la conquista hasta nuestros días, el clamor por la libertad ha estado presente en el debate público. Esta disposición recoge siglos de historia jurídica, social, cultural y política. Si bien su antecedente más próximo es el artículo 2o. de la misma Constitución de 1917, su texto permanece prácticamente intacto desde su antecesor en la Constitución de 1857. Sin embargo, esta disposición tan breve se vincula, a la vez, con los debates constitucionales del siglo XIX, las Cortes de Cádiz, la lucha por la Independencia, el México virreinal, las discusiones teológicas y jurídicas (Vasco de Quiroga, Las Casas, Vitoria) posteriores a la conquista, y un sinfín de ordenanzas reales y decretos.

La prohibición de la esclavitud pudiera parecer un tema del pasado. Sin embargo, resulta profundamente actual. Diversas formas contemporáneas de explotación, de restricciones a la libertad personal y comercio —mercantilización— de seres humanos tienen plena vigencia en México y en el mundo. Por ello, la disposición en comento se inserta en la discusión actual sobre el combate a la trata de personas y las formas contemporáneas de esclavitud, que han dado pie a un importante cuerpo normativo de carácter convencional —integrado por innumerables tratados internacionales—, que abarca, además, la prohibición de la servidumbre y prácticas análogas a la esclavitud, de los trabajos forzados, de la explotación de la prostitución ajena, y otras formas de explotación sexual, de las peores formas de trabajo infantil, la prostitución infantil, la venta de niños y su utilización en la pornografía, entre otras.

Este derecho fundamental —el derecho a no ser sometido a esclavitud— ha sido reconocido por varios de nuestros textos constitucionales, y fue refrendado y actualizado mediante la reforma en materia de derechos humanos de 2011. Este nuevo acto legislativo no constituye una mera inercia normativa; más bien, viene a respaldar los esfuerzos internacionales para hacer frente a nuevas formas de esclavitud y actualizar el contenido normativo de esta norma iusfundamental.

Si bien el rechazo jurídico a la esclavitud y la trata de esclavos es hoy en día constante y unánime, la realidad muestra que diversas formas de explotación del hombre por el hombre siguen estando presentes en México y en el mundo.² En este capítulo se analizará el pasado, el presente y el futuro de esta disposición. Tras un breve repaso de su evolución histórica, se hará énfasis en la actualidad de esta disposición, destacando algunas formas contemporáneas de esclavitud, y se abordarán algunos de los retos que

² Véase, a modo de ejemplo, International Labor Office, *ILO 2012 Global Estimate of Forced Labour*, Suiza, 2012; United States Department of State, *Trafficking in Persons Report*; Walk Free Foundation, *Global Slavery Index 2016*, *passim*.

habrá de enfrentar el Estado mexicano en un futuro próximo. Asimismo, se analizarán los principales tratados internacionales en la materia, los cuales, junto con el artículo 1o., párrafo cuarto, de la Constitución, forman parte del *bloque de constitucionalidad* relacionado con esta disposición.

II. HISTORIA CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVA

La esclavitud es prácticamente tan antigua como la humanidad misma; se ha desarrollado en distintas culturas, regiones y contextos.³ Como institución jurídica —es decir, como práctica reconocida, avalada y reglamentada por el Estado—, estuvo presente en la Nueva España desde la conquista hasta la primera mitad del siglo XIX, época en que cristalizó el ímpetu abolicionista. Sin embargo, su proscripción desde el punto de vista normativo no significó su erradicación práctica.⁴

Frecuentemente se cita como fecha de la abolición de la esclavitud en México el bando de Hidalgo del 6 de diciembre de 1810. Sin duda, esta solemne declaración tiene un papel relevante, y fungió como faro orientador en los esfuerzos constitucionales del siglo XIX. Sin embargo, al mirar con detenimiento, se advierte que el tema jurídico es mucho más amplio y complejo de lo que pareciera a simple vista, y de lo que ha mostrado la historiografía oficial. A lo largo de la historia nacional se han emitido diversos pronunciamientos relacionados con la abolición de la esclavitud,

³ Si bien la esclavitud existió desde tiempos muy antiguos, la utilización de mano de obra esclava para la producción industrial o mercantil data de los siglos inmediatamente anteriores a la era cristiana, particularmente en las ciudades-Estado griegas y el Imperio Romano. Más tarde, en los inicios de la Edad Media, surge una forma de trabajo semiservil. En cambio, en el mundo islámico la esclavitud adquiere gran relevancia como factor de producción. La expansión del islam en África permitió el desarrollo de un importante tráfico internacional de esclavos. Tras las primeras cruzadas, varios europeos comenzaron a involucrarse en el tráfico de personas, muchas de ellas de origen eslavo, de donde surgió el término “esclavo”. Las incursiones portuguesas en el África subsahariana a inicios del siglo XV propiciaron un nuevo desarrollo de la esclavitud. El descubrimiento de América y el auge de la industria azucarera, aunado a la dificultad de echar mano de los nativos para la producción, así como a la desaparición de indios caribes en las primeras islas americanas, abrió la puerta a la exportación de esclavos africanos a territorios americanos. Más tarde comenzarían a involucrarse también esclavistas españoles, italianos e ingleses, iniciando una práctica comercial que duraría tres siglos. Véase Klein, Herbert S. y Vinson III, Ben, *Historia mínima de la esclavitud en América Latina y el Caribe*, México, El Colegio de México, 2013, pp. 15-30.

⁴ Bales, Kevin, “Slavery in its Contemporary Manifestations”, en Allain, Jean (comp.), *The Legal Understanding of Slavery. From the Historical to the Contemporary*, Oxford University Press, 2012.

en distintos momentos, en distintas circunstancias y con distintos efectos y alcances.⁵

1. *México prehispánico*

En el México prehispánico, diversos pueblos originarios practicaban cierto tipo de esclavitud, más parecida a una obligación temporal de prestar servicios personales —en cumplimiento de una pena o para el pago de una deuda— que a la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre la persona sujeta a dicho régimen. No corresponde al presente estudio profundizar en ese tema; baste señalar que aun cuando no resulta factible determinar —siquiera de modo aproximado— el número, hubo una gran cantidad de esclavos.⁶ Sin embargo, la naturaleza, características y condiciones de la esclavitud prehispánica, así como el régimen jurídico y los derechos de las personas sujetas a ésta, difieren ampliamente de la institución española, por lo que resulta inapropiado equipararlas.⁷ Sin embargo, durante décadas esta servidumbre indígena fue utilizada como argumento de los conquistadores para justificar la esclavitud en la Nueva España. Ello se debe a que la Corona española prohibió —en términos generales— reducir a los indios a esclavitud; sin embargo, durante algunas décadas se toleró que los españoles pudieran comprar esclavos indios a los caciques.

2. *Conquista y virreinato*

El problema jurídico en torno a la esclavitud en la Nueva España se refiere, ante todo, a la práctica introducida por los españoles. De manera bastante temprana, la Corona española emitió una cédula real, firmada el 20 de junio de 1500, que condenaba las actividades esclavistas desplegadas por Colón y prohibía la esclavitud de los naturales, y declaraba que los indios debían ser considerados, jurídicamente, como vasallos libres de la Corona de Castilla, equiparándolos jurídicamente a los españoles.⁸

⁵ Olveda Legaspi, Jaime, “La abolición de la esclavitud en México, 1810-1917”, *Signos Históricos*, núm. 29, enero-junio de 2013, p. 11.

⁶ Bosch García, Carlos, *La esclavitud prehispánica entre los aztecas*, México, El Colegio de México-Fondo de Cultura Económica, 1944, *passim*.

⁷ *Ibidem*, pp. 21 y ss.

⁸ Ots Capdequí, José María, *El Estado español en las Indias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 26.

Sin embargo, ello no fue obstáculo para que algunos colonos y conquistadores españoles recurrieran a la esclavitud de los indios, como habían hecho en las Antillas, ya fuera al amparo de la doctrina de la “guerra justa” o a la compra (“rescate”) de esclavos a los caciques y señores indios.⁹ Posteriormente, una instrucción de la Corona a Hernán Cortés, fechada el 26 de junio de 1523, autorizó reducir a esclavitud a los indios si se mantenían en rebeldía. La Corona era consciente de la necesidad de proteger a los indios, y procuró —sin mucho éxito— impedir que los españoles los provocaran, a fin de someterlos a servidumbre bajo pretexto de guerra justa.¹⁰

De ahí derivaron innumerables abusos, y ello dio pie a un debate filosófico, teológico y jurídico, que se desarrolló en ambos lados del Atlántico durante la primera mitad del siglo XVI; durante este tiempo, se expidieron diversos decretos y ordenanzas, unas veces prohibiendo, otras autorizando la esclavitud de los indios. Así, el 2 de agosto de 1530 se emitió una real cédula del emperador don Carlos,¹¹ por la que se prohibía hacer esclavos a los indios, ya fuera como botín de guerra —incluso “justa”— o mediante la figura del *rescate*, por el que algunos españoles compraban esclavos a los caciques indios, con el pretexto de liberarlos, sin que luego lo hicieran.¹² Más tarde, el 20 de febrero de 1534, se emitió una real cédula que autorizó nuevamente la esclavitud.¹³

Esta situación persistió hasta 1542. El 20 de noviembre de ese año, el rey Carlos I promulgó las Leyes Nuevas, que prohibieron la esclavitud de los indios, ordenaron que todos quedaran libres y fueran puestos bajo la protección de la Corona, y prohibieron también la práctica del rescate.¹⁴ Posteriormente, a fin de dar eficacia a lo dispuesto en las Leyes Nuevas, el 3 de septiembre de 1543 se dictó una provisión para todas las Indias, que ordenaba *[q]ue nadie ose hacer esclavos indios so pena de muerte y pérdida de todos sus bienes*.¹⁵

⁹ Zavala, Silvio, *Los esclavos indios en Nueva España*, México, El Colegio Nacional, 1968, cit. por León-Portilla, Miguel, *Historia Mexicana*, vol. 19, núm. 1 (73), julio-septiembre de 1969, p. 145.

¹⁰ *Ibidem*, p. 147.

¹¹ León Pinelo, Antonio de, *Recopilación de las indias*, edición y estudio preliminar de Ismael Sánchez Bella, México, Miguel Ángel Porrúa, 1992, t. II, pp. 1873 y ss.

¹² Arce Gargollo, Pablo, *Biografía y guía bibliográfica. Vasco de Quiroga: jurista con mentalidad secular*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2007, p. 56 y ss.

¹³ *Ibidem*. Véase también Zavala, Silvio, *op. cit.*, p. 148.

¹⁴ Nuevas Leyes y Ordenanzas, del 20 noviembre 1542. Véase García Añoveros, Jesús María, “Carlos V y la abolición de la esclavitud de los indios. Causas, evolución y circunstancias”, *Revista de Indias*, vol. LX, núm. 218, 2000, pp. 73 y ss.

¹⁵ García Añoveros, Jesús María, *op. cit.*, p. 74.

De este modo, la cuestión quedó aparentemente zanjada, al menos respecto de la esclavitud de los indios, que fue prohibida definitiva y tajantemente; asimismo, se ordenó su libertad, y éstos quedaron bajo la protección de la Corona española. Existen dudas respecto de la eficacia y celeridad de su implementación, como evidencian diversas provisiones, cartas e instrucciones posteriores,¹⁶ pero ciertamente las Leyes Nuevas tuvieron un impacto significativo y constituyeron un parteaguas en la controvertida cuestión sobre la esclavitud de los indios. Por otra parte, las leyes no resolvieron el tema de la esclavitud de negros y mulatos, que persistió durante el virreinato.

3. *Primeras declaraciones e independencia*

La abolición de la esclavitud fue uno de los principios fundamentales de la lucha de Independencia,¹⁷ y, precisamente en el siglo XIX, se reabrió el debate sobre la libertad de los esclavos, reforzado por las ideas de la Ilustración y los planteamientos de libertad, igualdad y fraternidad, así como los movimientos abolicionistas en el Reino Unido.¹⁸ Para entonces, habían transcurrido casi tres siglos desde la prohibición de la esclavitud de los naturales, por lo que quienes aún tenían la condición jurídica de esclavos eran negros y mulatos, no los indios.¹⁹ No existen cifras precisas acerca del número de esclavos presentes en el virreinato de la Nueva España al inicio de la Independencia, aunque ha llegado a estimarse en diez mil, en una población total de seis millones.²⁰ Sin embargo, la vehemencia e insistencia con que los insurgentes abordan el tema hace pensar que no se trataba de una situación meramente marginal.

Entre las distintas declaraciones relativas a la esclavitud cabe resaltar el *Primer Bando de Hidalgo aboliendo la esclavitud, publicado en la ciudad de Valladolid el 19 de octubre de 1810 por el intendente Anzorena*, en “puntual cumplimiento de las

¹⁶ *Ibidem*, pp. 74-76.

¹⁷ Soberanes Fernández, José Luis, *La abolición de la esclavitud en México*, México, Universidad Panamericana, 2015, p. 250.

¹⁸ Ya en las Cortes de Cádiz se advierte la influencia de la Corona británica por boca del diputado Argüelles, quien propuso abolir el tráfico esclavista haciendo referencia también al decreto inglés sobre la abolición del comercio de esclavos. Arenal Fenochio, Jaime del, “La utopía de la libertad: la esclavitud en las primeras declaraciones mexicanas de derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, núm. 6, 1994, p. 9.

¹⁹ Olveda Legaspi, Jaime, *op. cit.*, p. 11.

²⁰ Helg, Aline, *Plus jamais esclaves! De l'insoumission à la révolte, le grand récit d'une émancipation (1492-1838)*, París, La Découverte, 2016, pp. 264 y ss. Véase también Olveda Legaspi, Jaime, *op. cit.*, p. 11.

sabias y piadosas disposiciones del Excmo. Sr. capitán general de la nación Americana, doctor don Miguel Hidalgo y Costilla”, del tenor siguiente:²¹

[P]revengo a todos los dueños de esclavos y esclavas, que luego inmediatamente que llegue a su noticia esta plausible superior orden, los pongan en libertad, otorgándoles las necesarias Escrituras de Alahorria con las inserciones acostumbradas, para que puedan tratar y contratar, comparecer en juicio, otorgar testamentos, codicilos y ejecutar las demás cosas que ejecutan y hacen las personas libres; y no lo haciendo así los citados dueños de esclavos y esclavas, sufrirán irremisiblemente la pena capital, confiscación de todos sus bienes. Bajo la misma que igualmente se impone, no comprarán en lo sucesivo ni venderán esclavo alguno, ni los escribanos, ya sean del número o reales, extenderán escrituras concernientes a este género de contratos, pena de suspensión de oficio y confiscación de bienes, por no exigirlo la humanidad ni dictarlo la misericordia.

Diversos aspectos llaman la atención. En primer lugar, el bando está dirigido a sujetos particulares. La liberación ordenada es absoluta e incondicional, a diferencia de lo sucedido en otras latitudes, en donde se condicionaba la libertad de los esclavos a su integración a los ejércitos liberacionistas.²² Las obligaciones de los dueños, tanto de esclavos como esclavas, consistían en una doble acción: poner en libertad y entregar las correspondientes escrituras de alahorria,²³ que les permitieran comparecer como sujetos libres en operaciones jurídicas. El bando no preveía indemnización alguna; de igual modo, imponía sanciones de confiscación y suspensión de su oficio a los escribanos que autorizaran escrituras de compraventa de esclavos. La gravedad de las penas es también reflejo del alto valor que Hidalgo reconocía a la libertad, al grado de sancionar con pena capital y confiscación de todos los bienes a quienes se negaran a cumplir lo ordenado, es decir, por retener en esclavitud o por la compraventa de esclavos. Si bien el bando carecía de validez formal, es muy probable que haya surtido efectos en algunas regiones, particularmente en zonas ocupadas por los insurgentes; así, es posible que dueños de esclavos los hayan liberado, a fin de evitar la pena capital, y que haya disminuido significativamente la compraventa

²¹ *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, vol. I, *Historia constitucional*, 9a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2016, p. 93.

²² Tal fue el caso de la proclamación de lord Dunmore para Estados Unidos en 1775, la de revolucionarios franceses en las Antillas en 1793, o de los independentistas de Venezuela o Río de la Plata; Helg, Aline, *op. cit.*, p. 265.

²³ La expresión deriva de “libertad” en árabe; véase Helg, Aline, *op. cit.*, p. 264.

de esclavos, ante el riesgo de perderlos.²⁴ Por otra parte, no puede descartarse que tales sanciones se hayan aplicado efectivamente.

Al bando de octubre siguieron otras proclamaciones, en su mayoría menos detalladas, como el Plan del Gobierno Americano entregado por Hidalgo a Morelos y expedido por éste, del 16 de noviembre de 1810,²⁵ los Elementos Constitucionales, circulados por el señor Rayón, del 30 de abril de 1812, que establecen en el punto 24 que “queda enteramente proscrita la esclavitud”,²⁶ los Sentimientos de la Nación, del 14 de septiembre de 1813, dictados por Morelos, así como su decreto sobre la abolición de la esclavitud, del 5 de octubre de 1813.

4. *Primeras Constituciones*

A pesar de las proclamaciones reseñadas anteriormente, la abolición de la esclavitud tardó en materializarse jurídicamente. Poco después de iniciada la Independencia, tuvieron lugar las Cortes de Cádiz. Durante los debates, se abordó ampliamente el tema de la esclavitud, y hubo una participación significativa de diputados americanos.²⁷

En las Cortes tuvo una destacada participación un eclesiástico tlaxcalteca, José Miguel Guridi y Alcocer, quien planteó la abolición absoluta del comercio de esclavos, *bajo la pena de nulidad del acto y pérdida del precio exhibido por el esclavo, el que quedará libre*. Plantea, además, una elaborada propuesta para mejorar la condición de los esclavos; si bien los esclavos actuales *permanecerán en su condición servil, bien que aliviada*; así, *serán tratados del mismo modo que los criados libres*, con la salvedad de que no podrán cambiar de amo y *ganarán salario proporcionado a su trabajo y aptitud*. Además, el esclavo podrá comprar su libertad, pagando al dueño su precio, sin que éste pueda oponerse; si el estado físico del esclavo se ha deteriorado, se reducirá proporcionalmente el precio que el esclavo deba pagar por su libertad (en cambio, si aumenta su valor, no aumentará el precio). Se establece también la *libertad de vientre*, es decir, que los hijos de los esclavos nacerán libres. Finalmente, si el esclavo queda

²⁴ Olveda Legaspi, Jaime, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

²⁵ *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, vol. I, *Historia constitucional*, 9a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2016, p. 87.

²⁶ *Ibidem*, p. 158.

²⁷ Galván Rodríguez, Eduardo, “La abolición de la esclavitud en el Imperio español: debates entre las dos orillas (México y Cádiz, 1810-1815)”, *XXI Coloquio de Historia Canario-Americana (2014)*, Las Palmas de Gran Canaria, 2016, XXI-026, p. 2.

incapacitado para trabajar, sea por enfermedad o vejez, el dueño tiene obligación de mantenerlo durante la inhabilidad.²⁸

En esta materia, sin embargo, no se logró consenso, por lo que, al final, la Constitución de 1812 omitió pronunciarse sobre el tema. Prácticamente la misma suerte corrió la discusión sobre el tema de la esclavitud en el Congreso Constituyente, que culminaría con la promulgación de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos el 4 de octubre de 1824, la primera del México independiente. Ésta tampoco se pronunciará sobre el tema de la esclavitud, no obstante que en el Congreso Constituyente se habían aprobado diversas medidas tendentes a prohibir el comercio de esclavos, así como a la destacada participación, como diputado constituyente, de Guridi y Alcocer.²⁹ Sin embargo, puede afirmarse que las discusiones y argumentos vertidos en Cádiz darían fruto posteriormente. Así, algunas de las ideas planteadas en Cádiz fueron recogidas en Constituciones estatales promulgadas entre 1824 y 1827,³⁰ como se verá a continuación.

5. *Constituciones estatales*

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, primera del México independiente, guardó silencio sobre el tema de la esclavitud. Sin embargo, el artículo 161, fracción II, dispuso la obligación de cada uno de los estados, de publicar su Constitución, leyes y decretos. En cumplimiento de ello, los estados de la Federación, al promulgar sus respectivas Constituciones, sí hicieron referencia —en su mayoría— al tema de la esclavitud, y llevaron a cabo distintos esfuerzos por suprimirla. A pesar de las diferencias entre unas y otras, pueden agruparse en tres categorías.

El primer grupo se integra por estados como Jalisco,³¹ Michoacán,³² Querétaro³³ o el Estado de Occidente³⁴ (hoy Sonora y Sinaloa), que prohibieron absolutamente la esclavitud en todo su territorio. Algunos de ellos

²⁸ Galván Rodríguez, Eduardo, *op. cit.*, p. 5, y Arenal Fenochio, Jaime del, *op. cit.*, pp. 9 y ss.

²⁹ Soberanes Fernández, José Luis, *Una historia constitucional de México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, t. I, pp. 281, 354-366.

³⁰ Arenal Fenochio, Jaime del, *op. cit.*, pp. 9 y ss.

³¹ Constitución de Jalisco, 18 de noviembre de 1824, artículo 8o.

³² Constitución del estado de Michoacán, 19 de julio de 1825, artículos 12-14.

³³ Constitución Política del Estado Libre de Querétaro, 12 de agosto de 1825, artículo 7o.

³⁴ Constitución Política del Estado Libre de Occidente, 13 de octubre de 1825, artículos 4o. y 5o.

ordenaron la libertad de los esclavos, ya fuera directamente, como Nuevo León,³⁵ Durango³⁶ y el Estado de Occidente, o mediante acto o ley posterior, como Oaxaca,³⁷ Querétaro y Chihuahua,³⁸ las Constituciones de algunos estados dispusieron otorgar una indemnización; fue el caso de Oaxaca, Chiapas,³⁹ Estado de Occidente y Michoacán (en este último, “si la exigieren los dueños”).

En el segundo grupo había estados que únicamente prohibieron el comercio, como Zacatecas,⁴⁰ o la introducción de esclavos en su territorio, ya fuera inmediatamente, como en el caso de Tabasco,⁴¹ Yucatán,⁴² Puebla⁴³ y Estado de México,⁴⁴ o transcurrido cierto tiempo, como fue el caso del estado de Coahuila y Texas,⁴⁵ posiblemente influenciado por la práctica esclavista del sur de Estados Unidos. Las Constituciones de diversos estados dispusieron, a la vez, que serían libres las personas nacidas en el territorio del estado —*nadie nace esclavo*—, como Veracruz,⁴⁶ Chihuahua, Puebla, Estado de México y Coahuila y Texas, o declarando libres a los hijos que nacieran de los que actualmente existen en él (Oaxaca, Tabasco, Yucatán, Veracruz).

Finalmente, en el tercer grupo se encuentran los estados de Tamaulipas,⁴⁷ Guanajuato⁴⁸ y San Luis Potosí,⁴⁹ que omitieron pronunciarse sobre la esclavitud, avalando la situación prevaleciente hasta ese momento.

Para el primer grupo, la prohibición absoluta de la esclavitud implicó, necesariamente, la prohibición del comercio e introducción de esclavos (en algún caso, se decretó la manumisión inmediata de aquellos esclavos que ingresaran al territorio), así como la libertad de los nacidos en el estado (en algunos casos, declarado explícitamente; en otros, se omitió, probablemente por considerarse redundante). En cambio, para el segundo grupo, el efecto

³⁵ Constitución del estado de Nuevo León, 5 de marzo de 1825, artículo 12.

³⁶ Constitución del estado de Durango, 1 de septiembre de 1825, artículo 14.

³⁷ Constitución del estado de Oajaca, 18 de enero de 1825, artículo 7o.

³⁸ Constitución del estado de Chihuahua, 7 de diciembre de 1825, artículo 7o.

³⁹ Constitución del estado de las Chiapas, 12 de noviembre de 1825, artículo 7o.

⁴⁰ Constitución Política del Estado Libre de Zacatecas, 17 de enero de 1825, artículo 7o.

⁴¹ Constitución Política del Estado Libre de Tabasco, 5 de febrero de 1825, artículo 5o.

⁴² Constitución Política del Estado Libre de Yucatán, 6 de abril de 1825, artículo 4o.

⁴³ Constitución Política del Estado Libre de Puebla, 7 de diciembre de 1825, artículo 8o.

⁴⁴ Constitución del estado de México, 14 de febrero de 1827, artículo 6o.

⁴⁵ Constitución del estado de Coahuila y Texas, 11 de marzo de 1827, artículo 13.

⁴⁶ Constitución Política del Estado Libre de Veracruz, 3 de junio de 1825, artículo 10.

⁴⁷ Constitución de las Tamaulipas, 6 de mayo de 1825.

⁴⁸ Constitución del estado de Guanajuato, 14 de abril de 1826.

⁴⁹ Constitución Política del Estado Libre de San Luis Potosí, 16 de octubre de 1826.

fue gradual: no se erradicó la esclavitud de tajo, sino progresivamente. En primer lugar, se garantiza que no crezca el número de esclavos. Al prohibirse el tráfico (comercio, introducción) y suprimirse el nacimiento como causa de esclavitud, ésta tendería a desaparecer, pero quienes se encontraban en condición de esclavitud permanecían en ella; de este modo, quedaban a salvo los intereses de los “dueños” que en aquel entonces tuvieran esclavos.

6. *Constituciones y leyes generales*

La primera abolición formal con carácter general —para toda la República— fue decretada por el general Vicente Guerrero, en uso de facultades extraordinarias, el 15 de septiembre de 1829, en los términos siguientes:⁵⁰

1. Queda abolida la esclavitud en la República.
2. Son por consiguiente libres los que hasta hoy se habían considerado como esclavos.
3. Cuando las circunstancias del erario lo permitan, se indemnizará a los propietarios de esclavos en los términos que dispusieran las leyes.

Cabe destacar que el 24 de febrero de 1841 se firmó el Tratado para la Abolición del Tráfico de Esclavos celebrado entre la República Mexicana y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda, que reconoce, en su artículo I, que el comercio de esclavos se declara por este tratado total y perpetuamente abolido en todo el mundo, por parte de la República Mexicana, como lo está ya la esclavitud en el territorio mexicano, y el mencionado tráfico de esclavos por parte de la Gran Bretaña. Asimismo, las partes contratantes se obligan a implementar diversas medidas y presentar iniciativas de carácter legislativo, a fin de dar eficacia al objeto y fin del tratado.

Posiblemente ello haya contribuido a la incorporación, en junio de 1843, de la abolición absoluta de la esclavitud en las Bases Orgánicas.⁵¹ De este modo, el tema se introduce por vez primera en una Constitución general.⁵² El artículo 9o. establece en su fracción 1a. que *ninguno es esclavo en el territorio de la nación, y el que se introduzca, se considerará en la clase de libre, quedando bajo la*

⁵⁰ Colección de órdenes y decretos de la Soberana Junta Provisional Gubernativa y Soberanos Congresos Generales de la Nación Mexicana, México, Imprenta de Galván, 1829, t. IV, p. 93, cit. por Arenal Fenochio, Jaime del, *op. cit.*, pp. 23 y ss.

⁵¹ Bases de Organización Política de la República Mexicana, acordadas por la Honorable Junta Legislativa, 12 de junio de 1843.

⁵² Arenal Fenochio, Jaime del, *op. cit.*, pp. 9 y ss.

protección de las leyes. A diferencia del decreto de Vicente Guerrero, no dispone nada respecto de una posible indemnización.

Poco después, la Constitución de 1857 estableció en el artículo 2o. que: *En la República todos nacen libres. Los esclavos que pisen el territorio nacional, recobran, por ese solo hecho, su libertad, y tienen derecho a la protección de las leyes.* Existen algunas diferencias entre esta disposición y la de 1843. La nueva disposición es regresiva, comparada con su antecedente de las Bases Orgánicas. La nueva disposición retoma el concepto de libertad de vientre, pero omite pronunciarse respecto de los esclavos preexistentes.

7. La Constitución de 1917. Texto vigente

El texto de la Constitución de 1857 pasó con pocas modificaciones al artículo 2o. de la Constitución de 1917, cuyo texto original era del tenor siguiente: *Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional, alcanzarán, por ese sólo hecho, su libertad y la protección de las leyes.* Esta disposición permaneció sin reformas hasta el 14 de agosto de 2001, fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de la reforma constitucional por la que se reconoce la composición pluricultural del Estado mexicano y se reconocen los derechos de los pueblos originarios. A fin de incorporar este tema trascendental —y largamente olvidado— y destacar la importancia de los pueblos y comunidades indígenas, el Constituyente Permanente optó por trasladar el contenido del entonces artículo 2o. —prácticamente sin modificación alguna— al artículo 1o., y lo ubicó como párrafo segundo.

Posteriormente, en el decreto de reforma en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, se reformó el primer párrafo del artículo 1o. y se insertaron dos párrafos nuevos, segundo y tercero, y se recorrieron los demás en su orden, para quedar en su ubicación actual. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 1o., cuarto párrafo, establece que *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.*

8. Comparación entre las disposiciones de 1857 y 1917

Entre la disposición de 1857 y la de 1917 se advierten, sin embargo, algunas diferencias. La primera establece que *[e]n la República todos nacen libres.*

Esta disposición busca garantizar la libertad de los individuos desde el momento de su nacimiento. El derecho romano reconocía el nacimiento como causa de esclavitud: nace esclavo el hijo de madre esclava, incluso si había sido concebido por obra de hombre libre.⁵³ Inicialmente, se tomaba en consideración la condición de la madre al momento del parto. Posteriormente, ya en el derecho clásico, se reconoció la libertad del hijo si la madre fue libre en algún momento durante la gestación.⁵⁴ Si bien la disposición aprobada por el Constituyente de 1857 garantizaba que todos los habitantes gozaran de libertad al momento de su nacimiento, no garantizaba, en estricto sentido, la libertad a futuro; es decir, el texto constitucional era ambiguo respecto de la posibilidad de que una persona pudiera, con posterioridad, ser sometida a esclavitud. Tampoco resolvía la situación de las personas que se encontraran en condición de esclavitud al entrar en vigor la Constitución. Por tal motivo, resulta acertado que la Constitución de 1917 la prohibiera tajantemente. Así, la formulación *[e]stá prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos* otorga una protección más amplia y categórica.

La segunda parte de la disposición presenta también algunas diferencias. La redacción de 1857 habla de los esclavos que *pisen el territorio nacional*; esto podía interpretarse de manera muy literal, exigiendo el desembarco de la persona y pisar tierra firme, para poder adquirir su libertad. Por ello, resulta más adecuado hablar —como lo hace el texto actual— de esclavos que *entren* al territorio nacional, que a partir de 1960 comprende, además, las aguas de los mares territoriales, así como el espacio aéreo.⁵⁵ Otra diferencia consiste en que, con la Constitución anterior, los esclavos *recobraban* su libertad, mientras que en la de 1917 la *adquieren*.

III. RELACIÓN DEL PÁRRAFO CUARTO CON LOS OTROS PÁRRAFOS DEL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL

Los tres primeros párrafos del artículo 1o. constituyen el núcleo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos: establecen el reconocimien-

⁵³ Iglesias, Juan, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11a. ed., Barcelona, Ariel, 1993, p. 115, con más referencias.

⁵⁴ *Idem*. Véase también D'Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, 8a. ed., Pamplona, EUNSA, 1991, p. 274.

⁵⁵ Esta disposición ha sido reformada en dos ocasiones: por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de enero de 1934 (en que se excluye la Isla de la Pasión, al perder el Estado mexicano soberanía sobre la isla) y por decreto del 20 de enero de 1960, en que se le dio su redacción actual.

to y universal protección de éstos, su jerarquía dentro del sistema jurídico mexicano, el reconocimiento de las garantías y restricciones, los principios de aplicación y principios rectores, así como las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. En cambio, el párrafo cuarto contiene el primer derecho humano reconocido por la Constitución. Resulta pertinente, por tanto, analizar someramente este derecho a la luz de los otros párrafos que integran el artículo 1o.

1. *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.

Todas las personas: el texto constitucional no distingue entre personas físicas y morales; sin embargo, la SCJN se ha pronunciado ya, en el sentido de que las personas morales pueden invocar los derechos humanos que sean acordes con su naturaleza. De primera impresión, parecería que éstas no son susceptibles de ser privadas de su libertad personal. Sin embargo, puede plantearse el supuesto de que se pretenda constreñir a una persona moral a llevar a cabo determinado trabajo o servicio, para el cual no se haya ofrecido voluntariamente, y que, en caso de incumplimiento, pueda hacerse acreedora a algún tipo de sanción, actualizando así la definición de trabajos forzados prevista en el Convenio 29 de la OIT.⁵⁶ En ese sentido, cabe afirmar que las personas morales, eventualmente, pueden invocar el derecho en cuestión. Por su parte, el *nasciturus* debe gozar también de protección constitucional, de conformidad con lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño, según la cual todo niño *necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*,⁵⁷ en tal sentido, algunas prácticas, como la explotación de mujeres con fines reproductivos, caen bajo la prohibición de esclavitud.⁵⁸ Por otra parte, en su juris-

⁵⁶ Convenio Internacional del Trabajo núm. 29 relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio (1930).

⁵⁷ Prámbulo, décimo párrafo.

⁵⁸ Bartolini Esparza, Marcelo *et al.*, *Maternidad subrogada: explotación de mujeres con fines reproductivos (EMFR)*, México, Cámara de Diputados, 2014, *passim*; Lara Aguado, Ángeles, “Una nueva forma de esclavitud: el alquiler de úteros”, en Mercado Pacheco, Pedro *et al.*, *Formas*

prudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la titularidad de este derecho a colectivos de personas.⁵⁹

Como se mencionó anteriormente, el párrafo primero integra, a su vez, el llamado bloque de constitucionalidad, por el que se reconoce rango constitucional a otras normas del sistema que, formalmente, se encuentran fuera de la Constitución. Al respecto, cabe destacar el amplio conjunto de fuentes convencionales (véase *infra*). Las personas gozan no sólo del derecho constitucional a no ser sometidas a esclavitud, sino también de las correspondientes garantías para la protección del mismo.

Finalmente, el párrafo primero señala que el ejercicio de los derechos humanos no es susceptible de suspensión o restricción, salvo en los casos autorizados por la misma Constitución, por lo que cabría preguntar si el derecho a no ser sometido a esclavitud puede ser objeto de restricción. Frente a ello, debe resaltarse que la prohibición de la esclavitud constituye un derecho absoluto, y queda evidenciado por la formulación categórica de la norma iusfundamental: *Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos*. Ni la norma ni algún otro precepto constitucional permiten excepciones a este derecho. Por otra parte, el artículo 29, relativo a la suspensión de derechos en caso de excepción, establece en el párrafo segundo que *no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal... la prohibición de la esclavitud y la servidumbre... ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos*.

2. 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”.

El segundo párrafo del artículo 1o. establece dos principios interpretativos fundamentales del nuevo paradigma constitucional en materia de derechos humanos: el principio *pro personae* (así, en plural) y el principio de interpretación conforme.

contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 311 ss.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 octubre de 2016, con más referencias.

El principio de interpretación conforme se desarrolla en diversos planos: en primer lugar, el texto constitucional hace referencia directa a las normas relativas a los derechos humanos, que de ordinario son de fuente constitucional o convencional. Ello implica que el operador jurídico, al momento de aplicar normas iusfundamentales, deberá esmerarse por encontrar una interpretación que armonice el contenido normativo de ambas fuentes, superando —por la vía interpretativa— cualquier posible antinomia. Cuando ello no resulte posible, deberá recurrir al principio *pro personae*, que ordena seleccionar aquella disposición que otorgue a las personas la protección más amplia.

La interpretación conforme busca, además, la interpretación armónica entre las normas de derechos humanos —independientemente de su fuente— con el resto del texto de la propia Constitución y con los tratados de derechos humanos.⁶⁰ Lo anterior tiene particular relevancia respecto de la prohibición de la esclavitud. El Estado debe interpretar las relaciones jurídicas entre particulares —especialmente, de carácter laboral y civil— a la luz de este derecho humano. En tal sentido, cualquier pacto o convenio contrario a este derecho deberá ser declarado nulo.⁶¹

Por otra parte, una interpretación de este derecho que resulte conforme con los tratados internacionales de la materia exige ampliar el contenido normativo para abarcar otras figuras o prácticas cercanas. En tal sentido, cobran especial relevancia la prohibición de la servidumbre, de la trata de personas, de instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, así como de trabajos o servicios forzosos. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “Artículo 8: 1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie estará sometido a servidumbre. 3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio...”. En similar sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre 1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre y tanto estas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio...”.

⁶⁰ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Salazar Ugarte, Pedro y Carbonell, Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, p. 46.

⁶¹ Torre Martínez, Carlos de la, “Prohibición de la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre”, en Ferrer Mac-Gregor Poissot, Eduardo *et al.*, *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fundación Konrad Adenauer, 2013, pp. 291 y ss.

La interacción entre este derecho sustantivo, garantizado constitucionalmente, y los tratados internacionales de la materia, llevan a la conclusión de que existe una *prohibición absoluta y categórica* de la esclavitud, la servidumbre, las prácticas análogas a la esclavitud y la trata de personas. Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la prohibición de *la trata de esclavos y la trata de mujeres* abarca de manera genérica la trata de personas.⁶²

Los trabajos y servicios forzados se encuentran igualmente prohibidos. Sin embargo, existen ciertos supuestos de excepción. Por una parte, no constituyen trabajo forzoso u obligatorio los trabajos que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia dictada por autoridad judicial competente; tampoco el servicio militar (o su equivalente), el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales. Por otra parte, en los casos de delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, la autoridad judicial puede válidamente imponerlos siempre y cuando ello no afecte la dignidad ni la capacidad física e intelectual del recluso.⁶³

3. 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.

El párrafo tercero consta de tres partes: obligaciones primarias, principios de aplicación y obligaciones secundarias. La primera incluye cuatro obligaciones a cargo del Estado. En relación con la prohibición de la esclavitud, la primera obligación que se impone al Estado (antes que promover) es la de *respetar* este derecho, es decir, abstenerse de echar mano del trabajo esclavo. La Organización Internacional del Trabajo estima que, actualmente, 2,2 millones de personas se encuentran sometidas a formas de esclavitud y trabajos forzados impuestos por el Estado (en contravención con los estándares internacionales de protección).⁶⁴

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra Brasil*.

⁶³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 6o.

⁶⁴ Organización Internacional del Trabajo (OIT-ILO), *Profits and Poverty. The Economics of Forced Labour*, Ginebra, ILO, 2014, p. 17.

Una segunda obligación del Estado consiste en *proteger* este derecho. Para ello, se deben implementar medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole, a fin de brindar protección suficiente. La Convención Relativa a la Esclavitud (1926) obliga a los Estados parte a impedir y reprimir la trata de esclavos, así como a llevar a cabo la supresión total de la esclavitud en cualquiera de sus formas, de modo progresivo y tan pronto como sea posible (artículo 2o.). En consecuencia, *se comprometen a tomar las medidas necesarias para que las infracciones sean castigadas con penas severas* (artículo 6o.). Por su parte, la jurisprudencia internacional considera que los Estados tienen una obligación positiva, derivada de la prohibición de la esclavitud, que exige no sólo la penalización, sino también la persecución efectiva de las conductas tendentes a mantener a una persona en condición de esclavitud.⁶⁵ Ello implica, incluso, la adopción de medidas operativas para proteger a las víctimas o posibles víctimas de la trata de personas.⁶⁶

En México, durante décadas, no existió en la legislación secundaria algún tipo penal relativo a la esclavitud. En 2012, con la expedición de la Ley General en Materia de Trata de Personas,⁶⁷ se procuró subsanar esta laguna, al establecer en el artículo 11 que

[a] quien tenga o mantenga a otra persona en una situación de esclavitud, será sancionado (sic) con pena de 15 a 30 años prisión... Se entiende por esclavitud el dominio de una persona sobre otra, dejándola sin capacidad de disponer libremente de su propia persona ni de sus bienes y se ejerciten sobre ella, de hecho, atributos del derecho de propiedad.

Esta definición difiere en parte de la prevista en la Convención de 1926;⁶⁸ al exigir más requisitos para acreditar la esclavitud, acota indebi-

⁶⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Siliadin v France*, solicitud 73316/01, sentencia del 26 de julio de 2005, párrafo 112. La identidad sustantiva entre las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos permiten invocar, como referencia y argumento de autoridad, la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Para un comparativo de las disposiciones, véase *infra*.

⁶⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Rantsev v. Chipre y Rusia*, solicitud núm. 25965/04, sentencia del 7 de enero de 2010.

⁶⁷ Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de junio de 2012 (en lo sucesivo, Ley General o Ley General en Materia de Trata de Personas).

⁶⁸ A diferencia de la definición internacional, la Ley General exige acreditar, además: 1) el dominio de una persona sobre otra, y 2) que ello la deje sin capacidad de disponer libremente de su propia persona ni de sus bienes.

damente el ámbito de protección constitucional y convencional. De ello, se extraen diversas conclusiones: 1) el ámbito de protección constitucional y convencional es más amplio que el penal; 2) ello se traduce en una protección insuficiente para las personas, lo cual puede hacer incurrir al Estado mexicano en responsabilidad internacional;⁶⁹ 3) aunque el término “esclavitud” es el mismo en la Constitución, los tratados internacionales y la Ley General, se trata de *conceptos* distintos, que si bien se encuentran relacionados entre sí, no son idénticos.

El Estado tiene, además, obligación de *garantizar* el ejercicio de este derecho, es decir, el Estado debe asegurar que toda persona, cuyos derechos o libertades hayan sido violados, pueda interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de funciones oficiales.⁷⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha advertido que cuando las autoridades estatales *tengan conocimiento de un acto constitutivo de esclavitud, servidumbre o trata de personas*, deberán *iniciar ex officio la investigación pertinente a efecto de establecer las responsabilidades individuales que correspondan*.⁷¹ Por otra parte, en relación con el artículo 25 de la CADH, *la existencia de recursos judiciales, por sí sola, no colma la obligación convencional del Estado, sino que, en los hechos, debe tratarse de instrumentos idóneos y efectivos*.⁷²

Finalmente, el Estado debe también *promover* este derecho —especialmente, mediante campañas de sensibilización, que permitan identificar escenarios de vulneración— y proteger a los habitantes frente a amenazas y riesgos que pudieran derivar de terceros. Como se señaló anteriormente, este derecho —desde sus inicios— se dirige primordialmente a particulares.

Respecto de las obligaciones secundarias, éstas pueden dividirse en obligaciones *ex ante* y *ex post*. En primer lugar, el Estado tiene obligación de *prevenir* violaciones a este derecho. En relación con las distintas formas de explotación, los tratados internacionales contienen una amplia gama de medidas. Por ejemplo, el artículo 9o. del Protocolo de Palermo enumera la obligación de establecer políticas, programas y otras medidas de carácter amplio con miras a prevenir y combatir la trata, proteger a las víctimas contra un nuevo

⁶⁹ En el caso *Siliadin v France*, *cit.*, el Tribunal consideró que “la legislación penal vigente en el momento de los hechos no ofrecía a la demandante... una protección práctica y efectiva contra los actos de los que era víctima”, y, por lo tanto, consideró que había habido “una violación de las obligaciones positivas del Estado demandado”, párrafos 148 y ss.

⁷⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 3.a.

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de octubre de 2016, párrafo 362.

⁷² *Ibidem*, párrafo 395.

riesgo de victimización, aplicar medidas (investigación, campañas de información y difusión), iniciativas sociales y económicas, incluir la cooperación con organizaciones no gubernamentales, adoptar medidas a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades que hacen a las personas especialmente vulnerables a la trata, adoptar medidas legislativas o de otra índole (educativas, sociales, culturales), a fin de desalentar la demanda que propicia la explotación.

En igual sentido, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, considera una labor fundamental del Estado combatir los factores de vulnerabilidad que propician la explotación, tales como el subdesarrollo, las disparidades económicas, las estructuras socioeconómicas no equitativas, la disfunción de las familias, la falta de educación, la migración del campo a la ciudad, la discriminación por motivos de sexo, el comportamiento sexual irresponsable de los adultos, las prácticas tradicionales nocivas y los conflictos armados, entre otras causas (preámbulo).

Por otra parte, el Estado tiene obligaciones *ex post*. En caso de actualizarse una violación a los derechos humanos, sea directamente o por omisión u omisión, tiene obligación de investigar dichas violaciones, sancionar a los responsables y reparar el daño a las víctimas de manera integral.

4. Quinto párrafo

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 esclavitud constituye una de las formas más severas de discriminación. Históricamente, han sido precisamente los grupos marginados por su origen étnico o racial quienes más han padecido la esclavitud (indígenas, afrodescendientes, judíos). En el fondo de la explotación se encuentra *la transferencia forzada del valor del trabajo y sus productos hacia otras personas*, en el marco de relaciones de subordinación marcadas por la *asimetría de poder de una persona frente a otra, constituyendo... una forma extrema de discriminación*.⁷³ Por otra parte, *la pobreza desempeña un papel fundamental en la existencia del trabajo en*

⁷³ Torre Martínez, Carlos de la, *op. cit.*, p. 275.

*condiciones de servidumbre, y los trabajadores en condiciones de servidumbre generalmente pertenecen a grupos socialmente excluidos, quienes sufren particular discriminación y exclusión.*⁷⁴

Por otra parte, el quinto párrafo constituye, junto con otras disposiciones constitucionales, el fundamento jurídico de la dignidad humana, que es reconocida como *un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica*. Se trata de un *principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también de un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso*. Este mandato constitucional —dirigido a todas las autoridades, e incluso particulares— consiste, en su núcleo más esencial, en *el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada*.⁷⁵ Por tal motivo, el respeto a la dignidad de las personas constituye el fundamento y origen de la prohibición de la esclavitud.

IV. RELACIÓN DEL PÁRRAFO 4o. CON OTRAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

El cuarto párrafo del artículo 1o. constitucional se relaciona con otras disposiciones constitucionales. El artículo 5o. constitucional establece la libertad de trabajo, al tiempo que prohíbe la servidumbre y la explotación. Así, *[n]adie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial* (primer párrafo). Por otra parte, *[n]adie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento*. Queda exceptuado el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, que, en todo caso, debe respetar la jornada máxima establecida en las fracciones I y II del artículo 123, así como ciertos servicios públicos obligatorios, como el de las armas, jurados, cargos concejiles y de elección popular (tercer y cuarto párrafos).

El Estado *no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa* (quinto párrafo). De este modo, se previene cualquier posibilidad de servidumbre por deudas. Un aspecto relevante de esta disposición es que produce efectos frente a particulares, e impone al Estado deberes de vigilancia. El contrato de trabajo no podrá exceder de un año en perjuicio del trabajador (séptimo párrafo), y su incumplimiento sólo da

⁷⁴ *Ibidem*, p. 291.

⁷⁵ Tesis 1a./J. 37/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 33, agosto de 2016, t. II, p. 633.

lugar a responsabilidad civil, sin que pueda coaccionarse al trabajador a realizarlo (octavo párrafo).

El artículo 15 prohíbe la celebración de tratados que tengan por objeto la extradición de delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos. Esta disposición es una emanación y consecuencia del principio establecido en el artículo 1o., en el sentido de que los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán su libertad y la protección de las leyes. Aunque la disposición prohíbe la celebración de tratados que permitan la extradición, el artículo debe leerse, ante todo, como la prohibición de extraditar o retornar al país de origen a una persona que haya tenido la condición de esclavo. Por otra parte, el ámbito de protección de la norma debiera abarcar no sólo al sujeto activo de un delito, sino también —y con mayor razón— a las víctimas del mismo. En el contexto actual, ello se traduce en la prohibición de repatriación de las víctimas de los delitos previstos en la Ley General de trata: “no serán repatriadas... cuando su vida, libertad, integridad, seguridad o las de sus familias, corra algún peligro” (artículo 3o., fracción VI), en particular cuando exista algún riesgo de que sean nuevamente victimizadas.

Por su parte, el artículo 29, segundo párrafo, dispone que en los casos de conflicto o peligro grave para la sociedad, el presidente de la República podrá restringir o suspender el ejercicio de los derechos y las garantías, con excepción, entre otros, de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, así como la prohibición de la esclavitud y la servidumbre. Esta disposición reafirma el carácter absoluto e inderogable del derecho a no ser sometido a esclavitud. Al mismo tiempo, reconoce normativamente ciertos derechos —derecho a la vida, prohibición de la servidumbre— que se encuentran implícitos en el texto constitucional, a pesar de no estar tutelados explícitamente.

Finalmente, el artículo 123, apartado A, contempla una serie de derechos de los trabajadores; léidos en su conjunto, establecen una protección sustantiva contra la esclavitud, explotación y abusos. En primer lugar, se establece el derecho de toda persona al trabajo digno, así como una jornada máxima de ocho horas; se prohíben labores insalubres o peligrosas y se prohíbe el trabajo de personas menores de quince años. Todas las personas tienen derecho a gozar, al menos, de un día de descanso a la semana, así como de percibir un salario mínimo, que deberá ser suficiente para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia y... proveer a la educación de los hijos. El salario mínimo queda exceptuado de embargo, compensación o descuento, debe pagarse en moneda de curso legal (se prohíbe, por tanto,

pagarlo con mercancías, vales o fichas), se establece la obligación de pagar horas extras y se limita su duración.

Asimismo, se establece la obligación del patrón, de proporcionar a los trabajadores, habitaciones cómodas e higiénicas; que los servicios de intermediación serán gratuitos para los trabajadores, y las cláusulas abusivas en los contratos de trabajo serán nulas, especialmente las que establezcan jornadas inhumanas o excesivas, fijen un salario que no sea remunerador, estipulen plazos o condiciones para la percepción del jornal contrarias a la Constitución, obliguen a los trabajadores a adquirir artículos de consumo en tiendas o lugares determinados, etcétera.

V. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La prohibición de la esclavitud ha sido también objeto de diversos tratados internacionales. A raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en junio de 2011, las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales son elevadas a rango constitucional. Para el derecho internacional de los derechos humanos, los tratados sobre esclavitud revisten particular trascendencia, pues con ellos se inaugura esta rama del derecho internacional.⁷⁶ De este modo, al hablar de la prohibición constitucional de la esclavitud debe hacerse referencia a las disposiciones de carácter convencional. Éstas se refieren no sólo a los tratados específicos en materia de derechos humanos, sino a toda norma de derechos humanos contenida en un tratado internacional.⁷⁷

Los tratados en la materia integran un amplio catálogo, el cual refleja, por una parte, la prevalencia del fenómeno a nivel mundial y la enorme variedad de formas de esclavitud y prácticas análogas a ésta, y, por la otra, el interés de la comunidad internacional por abordar y combatir las distintas prácticas de explotación.⁷⁸ Dentro de los tratados celebrados por México cabe resaltar el Tratado para la Abolición del Tráfico de Esclavos celebrado entre la República Mexicana y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda, del 24 de febrero de 1841. Inglaterra jugó un papel preponderante en la abolición internacional del comercio de esclavos y la esclavitud, particularmente a raíz de la Act for the Abolition of the Slave Trade, del 25 de marzo

⁷⁶ Buergenthal, Thomas *et al.*, *International Human Rights in a Nutshell*, 5a. ed., Minnesota, West Academic Publishing, 2017, p. 8.

⁷⁷ En igual sentido, Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *op. cit.*, p. 45.

⁷⁸ Maus Ratz, Emilio, “Trata de personas y derechos humanos”, *Revista de la Realidad Mexicana Actual. El Cotidiano*, México, núm. 209, 2018, p. 69.

de 1807, que prohibía el comercio de esclavos, y del Act for the Abolition of Slavery throughout the British Colonies; for promoting the Industry of the manumitted Slaves; and for compensating the Persons hitherto entitled to the Services of such Slaves, del 28 de agosto de 1833.⁷⁹

Dentro de los tratados sobre abolición de la esclavitud y prácticas análogas a ésta cabe destacar la Convención relativa a la Esclavitud (1926), que define esclavitud como aquel *estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercen los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos*. Asimismo, entiende por trata de esclavos *todo acto de captura, de adquisición o de cesión de un individuo, con miras a reducirlo a la esclavitud, cualquier acto tendiente a su venta o cambio, cualquier acto de cesión y, en general, cualquier acto de comercio o de transporte de esclavos* (artículo 1o.). También establece la obligación para los Estados partes, de *impedir y reprimir la trata de esclavos y de llevar a cabo la supresión total de la esclavitud en cualquiera de sus formas, de modo progresivo y tan pronto como sea posible*. Debe destacarse, además, la Convención suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (1956), que prohíbe la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, toda práctica en virtud de la cual una mujer, sin que le asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contraprestación; el marido de una mujer o la familia de éste tiene el derecho de cederla a un tercero, o la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona, así como toda práctica en virtud de la cual un niño es entregado por sus padres para ser explotado él o su trabajo.

Por otra parte, deben considerarse los tratados para la abolición, represión y erradicación de la “trata de blancas” —*white slave trade*—, es decir, el tráfico de mujeres con fines de explotación sexual. Diversos tratados han versado sobre esa materia: el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena y Protocolo Final (1950), Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores (1921), la Convención Internacional relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad (1933), el Protocolo que enmienda la Convención para la Supresión del Tráfico de Mujeres y Niños, concluida en Ginebra el 30 de septiembre de 1921 y la Convención para la Supresión del Tráfico de Mujeres Mayores de Edad, concluida en Ginebra el 11 de octubre de 1933, el Convenio Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas, firmado en París el 18 de mayo de 1910, enmendado por

⁷⁹ Martínez, Jenny S., *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, p. 15.

el Protocolo firmado en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949, el Acuerdo Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas, firmado en París el 18 de mayo de 1904, enmendado por el Protocolo firmado en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949.

En el ámbito laboral se encuentran diversos tratados. Algunos han sido referidos ya en relación con grupos específicos de personas. Sin embargo, conviene resaltar el Convenio Internacional del Trabajo núm. 29, relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio (1930), que define el *trabajo forzoso u obligatorio* como *todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente* (artículo 2o.). Por su parte, el artículo 25 señala que el hecho de exigir ilegalmente trabajo forzoso u obligatorio *será objeto de sanciones penales*, y los Estados parte deberán cerciorarse *de que las sanciones impuestas por la ley son realmente eficaces y se aplican estrictamente*. El Convenio Internacional del Trabajo núm. 95, relativo a la Protección del Salario (1949), prevé que el salario deberá pagarse a intervalos regulares, y prohíbe los sistemas de retribución que priven al trabajador de la posibilidad real de poner término a su empleo; asimismo, establece la obligación de pagar en moneda de curso legal, y prohíbe el pago con pagarés, vales o cupones (artículo 3o.). Cabe señalar, además, el Convenio Internacional del Trabajo núm. 105, relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso (1957), así como alrededor de setenta tratados adicionales sobre temas diversos como trabajo forzado, trabajo infantil, salarios, tiempo de trabajo, seguridad y salud en el trabajo, seguridad social, igualdad de oportunidades y de trato, seguridad en el empleo, política social, libertad sindical, etcétera.

Los tratados generales sobre derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966), el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH, 1950) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, 1969) prohíben la esclavitud, los trabajos forzosos y la servidumbre en términos muy similares. Tal similitud permite invocar la jurisprudencia dictada en aplicación de un tratado como punto de referencia para interpretar las disposiciones análogas de otro.

Dentro de los tratados sobre grupos específicos de personas se encuentran: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW (1979), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belem do Pará” (1994), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos

del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía (2000), el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados (2000), el Convenio Internacional del Trabajo núm. 182 sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación (1999), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, entre otros.

Finalmente, en el ámbito penal se encuentra la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), con sus protocolos facultativos, entre los que destacan el relativo al Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, y, en particular, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolos de Palermo), que define la trata de personas como

[L]a captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos (artículo 3o.).

Esta definición constituye, hoy día, la norma sustantiva más relevante en el combate a este delito. Por otra parte, el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional⁸⁰ incluye la esclavitud y la esclavitud sexual como crímenes de lesa humanidad, cuando sean cometidos de manera sistemática por el Estado contra un grupo de la población.⁸¹

⁸⁰ Adoptado el 17 de julio de 1998; entrada en vigor internacional: 1 de julio de 2002; vinculación del Estado mexicano: 28 de octubre de 2005; entrada en vigor para México: 1 de enero de 2006; publicado en el *DOF* del 31 de diciembre de 2005.

⁸¹ Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad. 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:... c) Esclavitud;... g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violen-

VI. CONCEPTO DE ESCLAVITUD

Al intentar definir la esclavitud se presenta una paradoja: por una parte, se advierte que la esclavitud se ha presentado de muy distintas maneras a lo largo de la historia.⁸² La esclavitud prehispánica difiere de la práctica introducida por los españoles; ésta, a su vez, difiere tanto de la esclavitud romana como de la *chattel slavery*, que se extendió en los estados del sur de Estados Unidos en el siglo XIX.⁸³ Por otra parte, es difícil encontrar definiciones de esta práctica. En los innumerables decretos, cédulas reales, pronunciamientos, declaraciones, leyes y disposiciones constitucionales emitidas en el territorio nacional, el concepto de esclavitud se da por supuesto, y ninguno ofrece una definición jurídica.

1. Estado de la cuestión

Algunos autores, a partir tanto de los instrumentos internacionales como de la jurisprudencia, de las políticas contemporáneas y de las aportaciones de activistas y académicos, han procurado aproximarse al concepto de esclavitud moderna. Para ello, identifican tres denominadores: 1) el control de una persona sobre otra; 2) un aspecto involuntario en su relación; 3) un elemento de explotación.⁸⁴ Esta aproximación, sin embargo, presenta inconvenientes. El primer criterio constituye, sin duda, un elemento esencial de la definición de esclavitud, derivado de los atributos del derecho de propiedad. En cambio, la ausencia de consentimiento (“aspecto involuntario”) resulta irrelevante y no debe formar parte de la definición,⁸⁵ por dos motivos: históricamente, durante siglos se reconoció la esclavitud o servidumbre

cia sexual de gravedad comparable;... 2. A los efectos del párrafo 1:... c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.

⁸² Bales, Kevin, “Slavery in its Contemporary Manifestations”, en Allain, Jean (ed.), *The Legal Understanding of Slavery. From the Historical to the Contemporary*, Oxford University Press, 2012.

⁸³ Se entiende por *chattel* la propiedad sobre bienes muebles. Voz ‘*chattel*’, en Garner, Bryan, *Black’s Law Dictionary*, 7a. ed., West Group, 1999. El término, al parecer, se encuentra emparentado con *cattle* (ganado). Johnson, Walter (ed.), *The Chattel Principle. Internal Slave Trades in the Americas*, New Haven, Yale University Press, 2004.

⁸⁴ Mende, Janne, “The Concept of Modern Slavery: Definition, Critique, and the Human Rights Frame”, *Human Rights Review*, 2019, 20, p. 233.

⁸⁵ Bales, Kevin, “Professor Kevin Bale’s Response to Professor Orlando Patterson”, en Allain, Jean (ed.), *The Legal Understanding of Slavery... cit.*

voluntarias; por ejemplo, de personas que asumen una deuda, y a cambio se colocan bajo la potestad de otra persona. Por otra parte, diversos tratados internacionales consideran que el consentimiento del sujeto pasivo resulta irrelevante para la actualización de la explotación.

Por otra parte, la esclavitud se ha definido como la condición de una persona que no está reconocida como portadora de derechos, sino sobre quienes otras personas ejercitan derechos de propiedad.⁸⁶ Tal definición se asemeja a la prevista en el artículo 11 de la LGPSEDMTPPAVD, que entiende por esclavitud *el dominio de una persona sobre otra, dejándola sin capacidad de disponer libremente de su propia persona ni de sus bienes* y sobre la cual se ejerciten, de hecho, atributos del derecho de propiedad. Este concepto corresponde a algunas formas históricas de esclavitud, en las que el esclavo carecía de facultad de ejercicio, de modo que no podía contratar libremente. Para el contexto actual, tal requisito resulta no sólo inapropiado, sino también nocivo: como el orden jurídico reconoce a todas las personas como portadoras de derechos, ninguna persona podría caer en una situación de esclavitud.

También se ha afirmado la presencia de esclavitud cuando sobre la persona se ejerce un control basado en la violencia, y se le priva de su libertad personal con el propósito de explotarla económicamente.⁸⁷ La realidad muestra, sin embargo, que la violencia no es un elemento indispensable del control. De hecho, se presentan casos de dominación fáctica a través de la manipulación, deudas, creencias, etcétera, sin que medie violencia alguna. Por otra parte, la privación de la libertad personal, si bien es una consecuencia de la esclavitud, no debiera considerarse un requisito; menos aún el propósito de explotación económica, pues no toda explotación es económica, y porque el acreditamiento de la condición de esclavitud no puede basarse en elementos subjetivos, como la intención. Ello pudiera configurar un elemento de prueba, pero no un requisito.

En sentido similar, las *Directrices Bellagio-Harvard de 2012 sobre los Parámetros Jurídicos de la Esclavitud*,⁸⁸ a partir de la definición internacional, agregan que el ejercicio de “los atributos del derecho de propiedad” debe entenderse como *la manifestación de un control sobre una persona de tal manera que se le prive significativamente de su libertad individual, con intención de explotación mediante el uso, la gestión, el beneficio, la transferencia o el despojarse, de esa persona*.⁸⁹ Aquí cabe rei-

⁸⁶ Nowak, Manfred, *cit.* por Tiedemann, Paul, *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, p. 335.

⁸⁷ Höfling, Wolfram, *cit.* por Jarass, Hans, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar*, 2a. ed., C.H. Beck, München, 2013, p. 67.

⁸⁸ Disponibles en Allain, Jean (ed.), *The legal understanding of slavery...*, *cit.*.

⁸⁹ Existe una traducción al castellano de las Directrices, a cargo de Carlos Espaliú Berdud y Eulogio Bedmar Carrillo.

terar la crítica anterior, agregando que la privación de la libertad personal debe ser *significativa* para poder considerarse esclavitud. Si bien reconoce que la explotación puede realizarse por distintas vías, continúa haciendo referencia a un criterio subjetivo.

2. *Definición jurídica*

No fue sino hasta 1922 cuando la comunidad internacional, en el marco de la Liga de las Naciones, se dio a la tarea de elaborar una definición de esclavitud, en pleno auge del imperialismo europeo.⁹⁰ Este esfuerzo cristalizó en la Convención Relativa a la Esclavitud (1926),⁹¹ que define esclavitud como el *estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercen los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos* (artículo 1o.). Posteriormente, la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (1956)⁹² retoma la definición de 1926 e introduce un catálogo adicional de instituciones y prácticas que, igualmente, deben ser abolidas: la servidumbre (de la gleba y por deudas), los matrimonios forzosos y la explotación de personas menores de edad. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998)⁹³ también recoge la definición establecida en la Convención de 1926, y agrega que la

⁹⁰ Allain, Jean, “The Legal Definition of Slavery into the Twenty-First Century”, en Allain, Jean (ed.), *The Legal Understanding of Slavery... , cit.* Este autor identifica tres etapas en la historia mundial reciente, que a su vez coinciden con la evolución del marco jurídico internacional en torno a la esclavitud: el primero, de 1922 a 1956, del cual derivó la Convención Relativa a la Esclavitud (1926), el Convenio sobre el Trabajo Forzoso (1930) y la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (1956); el segundo periodo, de 1966 a 1998, se identifica con el desarrollo de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, comenzando con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y, posteriormente, con tratados relativos a grupos específicos de personas; finalmente, el tercer periodo, a partir de 1998, desde un enfoque de derecho penal internacional, primero con el Estatuto de Roma (1998) y el Protocolo de Palermo (2000) y, posteriormente, las sentencias del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia.

⁹¹ Adoptada el 25 de septiembre de 1926; entrada en vigor internacional: 9 de marzo de 1927; vinculación del Estado mexicano: 8 de septiembre de 1934; entrada en vigor para México: 8 de septiembre de 1934; publicada en el *DOF* del 13 de septiembre de 1935.

⁹² Adoptada el 7 de septiembre de 1956; entrada en vigor internacional: 30 de abril de 1957; vinculación del Estado mexicano: 30 de junio de 1959; entrada en vigor para México: 30 de junio de 1959; publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de junio de 1960.

⁹³ Adoptado el 17 de julio de 1998; entrada en vigor internacional: 1 de julio de 2002; vinculación del Estado mexicano: 28 de octubre de 2005; entrada en vigor para México: 1o. de enero de 2006; publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 2005.

esclavitud, cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático, constituye un crimen de lesa humanidad. Asimismo, incluye —dentro del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad— el tráfico de personas, en particular mujeres y niños; asimismo, agrega el concepto de esclavitud sexual, que debe entenderse no como un delito distinto, sino como un tipo de esclavitud.⁹⁴

La relativa ausencia de una definición jurídica, así como la ambigüedad que subsiste hoy día, permiten extraer algunas conclusiones, en particular, que debe atenderse más a la realidad, es decir, a un concepto sociológico, condicionado histórica y temporalmente, que a criterios rígidos. Resulta significativo que la misma Convención de 1926, después de definir la esclavitud, señale que las altas partes contratantes se comprometen a llevar a cabo la supresión total de la esclavitud *en cualquiera de sus formas* (artículo 2.b). Lo cierto es que la esclavitud aparece prácticamente en todos los países y continentes, en formas nuevas y antiguas.⁹⁵

3. *La jurisprudencia internacional*

La jurisprudencia internacional a este respecto es bastante escasa, y la mayoría de las sentencias abordan estas cuestiones de manera más bien tangencial. Sin embargo, algunos pronunciamientos recientes se han erigido en referentes de consulta obligada, a fin de conocer las claves interpretativas de las disposiciones relativas a estas materias: el caso *Siliadin v. France* (TEDH),⁹⁶ el caso *Prosecutor v. Kunarac* (ICTY),⁹⁷ el caso *Rantsev v. Chipre y Rusia* (TEDH),⁹⁸ así como el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde v. Brasil* (CIDH).

El caso *Siliadin v. France* versa sobre una mujer togolesa que llegó a Francia en 1994, a la edad de quince años, a instancias de una mujer francesa, la cual le había ofrecido arreglar su situación migratoria y disponer lo necesario para su educación; a cambio, la demandante debía realizar tareas

⁹⁴ McDougall, Gay J., *Informe final. Formas contemporáneas de la esclavitud. La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado*, Reporte de la Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, E/CN.4/Sub.2/1998/13 22 de junio de 1998.

⁹⁵ Mende, Janne, “The Concept of Modern Slavery: Definition, Critique, and the Human Rights Frame”, *Human Rights Review*, 2019, 20, p. 230.

⁹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, n. 73316/01, sentencia del 26 de julio de 2005.

⁹⁷ Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (ICTY), caso *Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT9623, sentencia 23/1 del 22 de febrero de 2001.

⁹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, núm. 25965/04.

domésticas hasta pagar el costo de su traslado. Sin embargo, su pasaporte fue confiscado, y durante varios años fue obligada a trabajar jornadas de quince horas al día, sin percibir sueldo alguno ni días de descanso. En una ocasión pudo exponer su situación a un vecino, quien informó a una organización de la sociedad civil, que a su vez notificó a la policía, que logró el rescate de la demandante. La responsable y su esposo fueron condenados en primera instancia a doce meses de prisión (siete de ellos con suspensión de la pena), y luego absueltos en segunda instancia. Posteriormente, el tribunal de casación regresó el asunto al tribunal de apelación, que declaró culpables a la señora y a su esposo, pero consideró que sus condiciones de trabajo y de vida no eran incompatibles con la dignidad humana, por lo que únicamente los condenó al pago de una indemnización (moderada).

El TEDH determinó que, en estricto sentido, la demandante no había sido víctima de esclavitud, porque aun cuando había perdido su libertad de decisión y sus empleadores ejercían control sobre ella, *no habían tenido un verdadero derecho de propiedad legal sobre ella, que la redujera a la condición de “objeto”*. Sin embargo, consideró que sí había sido sometida a un régimen de servidumbre y trabajos forzados, en violación del artículo 4o. del CEDH. Esta interpretación estrecha y anacrónica ha sido criticada por la doctrina, en especial, por exigir el ejercicio de un derecho de propiedad —en términos del derecho privado— para poder hablar de esclavitud.⁹⁹ Ello resulta contrario al sentido y a la letra de la Convención sobre Esclavitud, la cual requiere que se ejerzan sobre la persona no un *derecho de propiedad*, en estricto sentido (que implicaría la posibilidad jurídica de ejercer dominio sobre una persona), sino alguno de los *atributos* del derecho de propiedad, es decir, *utilizarla, aprovecharse o disponer* de ella.

En contraste, el caso *Prosecutor v. Kunarac* de 2001 arroja más luz sobre el tema; este caso es anterior a *Siliadin v. Francia*, pero pasó desapercibido al Tribunal. El asunto se refiere a crímenes de guerra cometidos durante la Guerra de los Balcanes en contra de varias mujeres, una de las cuales fue sometida a esclavitud sexual. En este caso, el Tribunal estableció una serie de criterios relevantes que pueden servir para acreditar la existencia de esclavitud: 1) la restricción o el control de la autonomía de un individuo, de su libertad de elección o de movimiento; 2) la obtención de una ganancia por el perpetrador; 3) ausencia de consentimiento, el cual, de ordinario, es inexistente o resulta anulado a causa de amenazas, uso de la fuerza u otras formas de coacción, temor a la violencia, engaño o falsas promesas, abuso

⁹⁹ Pati, Roza, *Der Schutz der EMRK gegen Menschenhandel*, Neue Juristische Wochenschrift, 2011, pp. 129 y ss.

de poder o de una posición de vulnerabilidad de la víctima; 4) otros factores, como la retención o el cautiverio, la opresión psicológica o condiciones socioeconómicas, que pueden contribuir al sometimiento; 5) la explotación, que puede consistir en obligar a la persona a realizar trabajos o servicios forzados u obligatorios, a menudo sin remuneración y, frecuentemente, complicados o extenuantes, o de carácter sexual, como la prostitución; 6) la “compra” o “venta” de una persona no es un requisito para la existencia de esclavitud, pero puede constituir un claro indicio.¹⁰⁰

Otros factores a considerar son: 7) el control de movimientos de la víctima o de su entorno físico; 8) control psicológico; 9) implementación de medidas para prevenir o impedir la fuga; 10) la amenaza o uso de la fuerza; 11) la duración de la situación; 12) la exigencia de exclusividad; 13) el sometimiento a tratos crueles y abusos; 14) el control de la sexualidad, y 15) la imposición de trabajos forzados, etcétera.¹⁰¹ Esta sentencia fue recogida posteriormente por el TEDH en la sentencia *Rantsev v. Chipre y Rusia*, con lo cual el Tribunal Europeo asumió el estándar de protección del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, que fue recogido posteriormente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, en la sentencia *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra Brasil*, la Corte Interamericana¹⁰² desarrolló los siguientes criterios, a fin de determinar si una situación equivale a esclavitud, es decir, si se cumple el requisito de que se ejerzan sobre una persona los “atributos del derecho de propiedad” o algunos de ellos: *a)* restricción o control de la autonomía individual; *b)* pérdida o restricción de la libertad de movimiento de una persona; *c)* la obtención de un provecho por parte del perpetrador; *d)* la ausencia de consentimiento o de libre albedrío de la víctima, o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo de violencia, el engaño o las falsas promesas; *e)* el uso de violencia física o psicológica; *f)* la posición de vulnerabilidad de la víctima; *g)* la detención o cautiverio; *h)* la explotación. Lo anterior acarrea una *restricción sustancial de la personalidad jurídica del ser humano*, así como *violaciones a los derechos a la integridad personal, a la libertad personal y a la dignidad*, entre otros, dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso.¹⁰³

¹⁰⁰ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), caso *Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT9623, sentencia 23/1 del 22 de febrero de 2001, n. 542.

¹⁰¹ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), caso *Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT9623, sentencia 23/1 del 22 de febrero de 2001, n. 543.

¹⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs Brasil*, n. 272.

¹⁰³ *Ibidem*, n. 273.

4. *Definición constitucional: contenido normativo*

“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”.

Como bien puede advertirse, el párrafo consta de dos partes. La primera protege el derecho de libertad de manera negativa: está prohibida la esclavitud. Se trata de un principio de carácter absoluto. Corresponde al orden jurídico establecer medidas para darle eficacia. En un primer lugar, ello se cumple erradicando todas aquellas disposiciones que pudieran autorizar o avalar la esclavitud. Sin embargo, la disposición, tal como quedó enunciada en los textos constitucionales de 1857 y 1917, recoge siglos de historia y un sinfín de debates.

Como se ha señalado anteriormente, en la disposición cristalizan diversas cuestiones: en primer lugar, prohíbe que una persona pueda tener la condición de esclavo. En segundo lugar, y a consecuencia de lo anterior, nadie puede ser reducido a esclavitud, es decir, que su libertad pueda ser constreñida o que se puedan ejercer sobre ella los atributos del derecho de propiedad. Así, nadie puede ser esclavizado por guerras, por deudas ni por convenio. En este sentido, se reconoce —paradójicamente— un límite a la libertad misma: nadie tiene la libertad de renunciar a su libertad. Ello queda tajantemente prohibido mediante el artículo 5o. constitucional, que prohíbe la celebración de pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo o pérdida irrevocable de su libertad.

Otra dimensión del derecho de libertad consagrado en el artículo 1o. es que nadie *nace* esclavo. En consecuencia, los motivos que hubieran podido dar lugar a la esclavitud de los padres, en ningún momento se transmiten a los hijos. Tal prohibición tenía particular relevancia en el contexto de la transición de un régimen que toleraba la esclavitud al régimen de su abolición. La prohibición de la esclavitud abarca también la prohibición del comercio o trata de esclavos.

La jurisprudencia internacional detalla el contenido normativo actual de la prohibición de la esclavitud. Así, la CIDH considera que el Estado, a fin de garantizar el derecho reconocido en el artículo 6o. de la CADH, debe *prevenir e investigar posibles situaciones de esclavitud, servidumbre, trata de personas y trabajo forzoso*. Entre otras medidas, debe iniciar *de oficio e inmediatamente* una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existan indicios de la comisión de una de estas conductas. Asimismo, debe *eliminar toda legislación que legalice o tolere la esclavitud*

y la *servidumbre*, tipificar penalmente dichas figuras (con sanciones severas), realizar visitas de inspección y adoptar medidas de protección y asistencia a las víctimas.¹⁰⁴

Dentro de las medidas de prevención, los Estados deben cumplir con la debida diligencia en casos de servidumbre, esclavitud, trata de personas y trabajo forzoso, ajustar su legislación para contar con un marco jurídico adecuado y garantizar su efectiva aplicación. La estrategia de prevención debe ser integral, buscando prevenir los factores de vulnerabilidad y fortalecer las instituciones. En caso de identificar grupos de personas en situación de riesgo, deberán adoptar medidas preventivas específicas.¹⁰⁵

5. *Definición convencional: contenido normativo*

En 1926, mediante la adopción de la Convención relativa a la Esclavitud (1926), se introdujo en el sistema jurídico mexicano una definición de esclavitud, que ha tenido vigencia desde 1934 —fecha de entrada en vigor para México— hasta nuestros días. Pudiera preguntarse si existe coincidencia sustantiva entre ambos conceptos, es decir, si el concepto de esclavitud previsto en la Constitución es el mismo del contenido en el tratado internacional o, dicho en otros términos, si el concepto de esclavitud previsto en el tratado internacional puede utilizarse para interpretar una norma constitucional anterior. No corresponde, por ahora, dirimir esa cuestión. Por lo pronto, baste señalar que a partir de esa fecha el concepto de esclavitud quedó enriquecido y ampliado por lo dispuesto en las normas convencionales, y pasó a formar parte, en términos del artículo 133 constitucional, de la ley suprema de la Unión. Lo mismo puede decirse de los subsecuentes tratados internacionales que amplían y desarrollan el concepto de esclavitud. Finalmente, a raíz de la reforma constitucional de 2011, tales normas convencionales adquirieron rango constitucional. Por ello, puede afirmarse con certeza que el párrafo cuarto del artículo 1o. constitucional incorpora los tratados internacionales en la materia. Para completar el cuadro, cabe hacer referencia a la jurisprudencia dictada en aplicación de tales disposiciones, que resultará obligatoria, a fin de conocer el contenido y alcances.

De la suscripción de la Convención derivan distintas consecuencias: la obligación del Estado mexicano de *a)* impedir y reprimir la trata; *b)* llevar a cabo la supresión total de la esclavitud en cualquiera de sus formas, de modo

¹⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde v. Brasil*, n. 319.

¹⁰⁵ *Ibidem*, n. 320.

progresivo y tan pronto como sea posible (artículo 2o.). Así, la obligación del Estado no es sólo negativa —respetar, abstenerse de injerencia— sino, ante todo, positiva: impedir y reprimir. Se trata, además, de obligaciones de resultado, y se traducen tanto en la implementación de medidas de carácter legislativo (penal) como de cualquier otra índole. El Estado debe tomar medidas necesarias para que las infracciones sean castigadas *con penas severas* (artículo 6o.). Aunque la disposición no lo señala expresamente, los actos a desarrollar impactarán necesariamente en personas particulares. Materia de la regulación será no sólo la esclavitud, sino también la trata, entendida como el proceso de captación. Resulta también llamativa la referencia a diferentes formas de esclavitud. Aquí se advierte, a la vez, una de las primeras referencias al principio de progresividad (en el sentido de gradualidad) y al de celeridad.

Este tratado internacional incorpora también la prohibición del trabajo forzado. La redacción pareciera ser más tenue: los Estados *procurarán [ir] aboliendo* el trabajo forzado u obligatorio; lo anterior, de manera *progresiva y lo más pronto posible*. Mientras subsista, se impondrá únicamente a título excepcional y mediante una remuneración adecuada (artículo 5o.).

VII. ¿UN DERECHO COMO CUALQUIER OTRO? NATURALEZA DE LA PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD COMO DERECHO HUMANO

En la historia de los derechos humanos, la prohibición de la esclavitud ocupa un lugar preeminente, por diversos motivos. En el orden temporal, se trata de uno de los primeros derechos humanos en ser reconocidos y garantizados. Diversos autores señalan los acuerdos para prohibir el tráfico de esclavos entre los más antiguos. Antes de ello, debe recordarse la discusión teológica, filosófica y jurídica de los siglos XVI y XIX, así como las ordenanzas y decretos reales expedidos al inicio del siglo XVI. Así, la prohibición de la esclavitud —y el correlativo derecho a no ser sometido a esclavitud— es anterior incluso a la categoría conceptual y la posterior formulación de los derechos del hombre, los derechos humanos, las garantías individuales y los derechos fundamentales.

Adicionalmente, la jurisprudencia y la doctrina internacionales lo han reconocido como una norma de *ius cogens*,¹⁰⁶ es decir, como una norma im-

¹⁰⁶ Los tratados multilaterales generales pueden dar origen a normas de *ius cogens*. A comienzos del siglo XIX, ante la falta de consenso, la prohibición de la esclavitud no podía ser considerada como tal. Sin embargo, la prohibición general y universal de la esclavitud en todas sus formas y manifestaciones —evidenciada por el cúmulo de instrumentos internacio-

perativa de derecho internacional general, que es aceptada y reconocida por la comunidad internacional y, sobre todo, que no admite pacto en contrario.¹⁰⁷ Asimismo, se ha reconocido que su contenido obliga no sólo a los Estados, sino que tiene carácter *erga omnes*¹⁰⁸ y, por tanto, oponible a cualquier persona. De igual modo, la esclavitud fue la primera práctica en ser designada “crimen contra la humanidad”.¹⁰⁹

Otro dato peculiar es el doble destinatario de esta disposición. La teoría clásica de los derechos humanos considera que la norma iusfundamental se dirige preponderante y directamente hacia el poder público. Ciertos sectores de la doctrina reconocen, con carácter excepcional, una eficacia horizontal, es decir, entre particulares. En cambio, en relación con la esclavitud, la prohibición se dirige en primer lugar a los particulares, y sólo de manera indirecta al poder público. De las notas históricas presentadas anteriormente se advierte que quien debe otorgar la manumisión a los esclavos —y quien debe abstenerse de tener a una persona en condición de esclavitud o de comerciar con ella— es el particular, el “dueño”; al poder público corresponde imponer las penas correspondientes en caso de incumplimiento.

nales que la proscriben, celebrados en los últimos 200 años— permiten afirmar categóricamente su carácter de *ius cogens*, esto es, de norma imperativa de derecho internacional; véase Puceiro Ripoll, Roberto, “Las normas de *jus cogens* ¿fenómeno exclusivamente universal o también eventualmente regional?”, *XXVII Curso de Derecho Internacional “Regionalismo y Universalismo”*, Washington, D. C., Organización de los Estados Americanos, 2001, pp. 399 y n. 40. Véase también Pati, Roza, “Der Schutz der EMRK gegen Menschenhandel”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2011, p. 128; Asamblea General, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 2019, (A/74/10), pp. 161, 193, 209 (n. 863), 226 s. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, sentencia del 10 de septiembre de 1993 sobre reparaciones y costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, núm. 15, alude a la prohibición de la esclavitud como una regla de *ius cogens superveniens*.

¹⁰⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 53.

¹⁰⁸ Las obligaciones *erga omnes* se refieren a la oponibilidad de las obligaciones a todos los Estados; véase Comisión de Derechos Humanos, *Informe sobre Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional*, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2005, A/CN.4/SER.A/2005/Add.1 (Part 2), n. 492. La Corte Internacional de Justicia las describe como obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional en su conjunto; por su propia naturaleza, son de interés para todos los Estados y, considerando la importancia de los derechos en cuestión, se puede afirmar que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección. Tales obligaciones derivan de los principios y normas relativos a los derechos básicos de la persona humana, entre las que destaca la protección contra la esclavitud y la discriminación racial (véase el dictum del caso *Barcelona Traction, Light and Power Company*, Reports 1970, nn. 33s). Véase también Allain, Jean, “Slavery and its Obligations Erga Omnes”, *Australian YearBook of International Law*, vol. 36, *passim*.

¹⁰⁹ Martínez, Jenny S., *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, pp. 13 y ss.

1. *Fundamento de este derecho*

Diversos instrumentos internacionales y una parte considerable de la doctrina consideran la esclavitud como una vulneración de la dignidad de las personas. La dignidad no es sólo un término filosófico, sino, ante todo, un concepto jurídico¹¹⁰ reconocido también por los tratados internacionales.¹¹¹

Para determinar si una conducta lesiona la dignidad, se han explorado varios criterios. En un primer momento, recurrió a los conceptos de degradación (humillación), estigmatización, persecución, proscripción, desprecio. Posteriormente migró a la fórmula de “objetivización” o “cosificación”, según la cual *los seres humanos no pueden ser degradados a la calidad de objeto*.¹¹² Así, la esclavitud vulnera directamente la dignidad, pues aquélla implica la cosificación de la persona.¹¹³

Resulta difícil definir con nitidez el concepto de *dignidad* (de la persona); si bien se trata de un *concepto jurídico*,¹¹⁴ es innegable que tiene un amplio y rico contenido axiológico, ético y filosófico, y con razón puede afirmarse que sobre él “pesan 2500 años de historia de la filosofía”.¹¹⁵ En términos generales, la dignidad obliga a tratar a cada ser humano como *un fin en sí mismo*, y prohíbe reducirlo o rebajarlo a un simple *medio* para fines extraños.¹¹⁶

¹¹⁰ No obstante su contenido filosófico y su fuerte carga axiológica, la *dignidad* ha sido incorporada al texto constitucional de un sinnúmero de países —especialmente a partir del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial— de prácticamente todos los continentes. Véase Tiedemann, Paul, *Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung*, Menschenrechtszentrum der Universität Potsdam, Band 29, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin, 2007, *passim* (y, en especial, pp. 43-50, 57).

¹¹¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos (preámbulo, artículo 1); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (preámbulo; art. 10.1); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Preámbulo, artículo 13.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 5.2, 6.2, 11.1), por mencionar algunos.

¹¹² *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II, 24a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2008, p. 82.

¹¹³ Jarass, Hans, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 2013, p. 43, con más referencias.

¹¹⁴ *Tiedemann*, Paul, *Menschenwürde als Rechtsbegriff-Eine philosophische Klärung*, Menschenrechtszentrum der Universität Potsdam, B. 29, Berliner Wissenschaftsverlag, *passim*; *von Münch/Kunig*, Grundgesetzkommentar, t. 1, C.H.Beck, 1992, München, p. 90, núm. 18.

¹¹⁵ *Von Münch/Kunig*, *op. cit.*, p. 90, núm. 19.

¹¹⁶ Sentencia BVerfGE 30, 1 [Escucha telefónica], en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán-Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, trad. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Fundación Konrad Adenauer, 2009, p. 204; Tiedemann, Paul, *Menschenwürde als Rechtsbegriff – Eine philosophische Klärung*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007, p. 93.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el concepto ha sido incorporado en diversas Constituciones estatales,¹¹⁷ y a partir de la fundación de las Naciones Unidas, la *dignidad humana* forma parte del *bagaje terminológico* del derecho internacional de los derechos humanos.¹¹⁸ El derecho de Naciones Unidas considera a la “dignidad humana” como un valor prejurídico y universal, reconocido por todos los pueblos.¹¹⁹

La dignidad humana es *el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos*, como han reconocido la jurisprudencia¹²⁰ y los diversos tratados internacionales.¹²¹ En tal sentido, puede decirse que la violación a cualquier derecho humano implica indirectamente la violación de la dignidad. Sin embargo, en los casos de esclavitud, la violación no es residual, sino directa.

2. Un criterio de esclavitud para el siglo XXI: cosificación y control

¿Cuál es, en última instancia, el elemento definitorio de la esclavitud? ¿Qué elementos deben acreditarse para afirmar que una situación equivale a esclavitud? En fechas recientes se han llevado a cabo esfuerzos por redefinirla, a fin de encontrar un concepto que, haciendo justicia a la *ratio legis*, resulte aplicable a las distintas manifestaciones sociales y culturales de la esclavitud. Todo intento de respuesta debe considerar que una definición demasiado estrecha necesariamente deja fuera otras formas de explotación, y que las definiciones demasiado amplias se vuelven borrosas e inútiles.¹²² Cabría agregar que las definiciones demasiado elaboradas o casuísticas, si bien procuran explicar la realidad del fenómeno, resultan de ordinario inaplicables. Por otra parte, se ha cuestionado la idea misma de establecer una definición de esclavitud, argumentando que ello puede obstaculizar el combate a distintas formas o manifestaciones de esclavitud,¹²³ y porque, en definitiva, al definir se suele excluir.

¹¹⁷ Véase, por ejemplo, las Constituciones de Alemania, España, Perú, por citar algunas.

¹¹⁸ Tiedemann, Paul, *op. cit.*, p. 9. *Cfr.* preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas: “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos... a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas...”.

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ Tesis: I.5o.C. J/30 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, libro I, octubre de 2011, t. 3, p. 1528.

¹²¹ Tiedemann, Paul, *op. cit.*, p. 9.

¹²² Quirk, J., *cit.* por Mende, Janne, “The Concept of Modern Slavery: Definition, Critique, and the Human Rights Frame”, *Human Rights Review*, 2019, 20, p. 233.

¹²³ Mende, Janne, “The Concept of Modern Slavery: Definition, Critique, and the Human Rights Frame”, *Human Rights Review*, núm. 20, 2019, p. 230.

Algunas cuestiones previas: a fin de determinar si una situación equivale a esclavitud, se debe atender al fondo del asunto, a lo que realmente ocurre, independientemente de la denominación que pudiera recibir una práctica en particular. Por otra parte, cualquier intento de categorización debe centrarse en los elementos esenciales. Sin embargo, es frecuente —como se advierte en algunas definiciones presentadas anteriormente— intentar explicar los elementos de esclavitud con base en criterios accidentales. Finalmente, tales definiciones incurren en una omisión significativa: ninguna de ellas hace referencia al fundamento de la prohibición de la esclavitud, que consiste en la dignidad de la persona.

Considerando lo anterior, se proponen aquí dos criterios necesarios y un criterio contingente para determinar la presencia de esclavitud. El primero es el *control*, como la manifestación más inmediata del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad. El segundo consiste en la *cosificación* de la persona. De ahí que la prohibición de la esclavitud consagre el absoluto moral de no tratar indignamente a nadie. Lo anterior es congruente con la definición de la Convención Relativa a la Esclavitud. Como criterio contingente puede señalarse la imposibilidad de abandonar la situación.

El control constituye un *atributo del derecho de propiedad*: la posesión. Así, *aunque la forma exacta de poseer puede variar, supone, en esencia, el control de una persona sobre otra, tal y como si se controlara una cosa*. El control puede ser tanto físico como psicológico, y puede materializarse de distintas maneras: retención de documentos, amenazas, restricción de movimientos (ya sea mediante barreras físicas, imposibilidad fáctica, vigilancia constante), impedir acceso a las autoridades estatales o a procedimientos legales o, incluso, en intentos de forjar una nueva identidad: cambio de nombre, apariencia, lugar de residencia, estado civil.¹²⁴

Ejercer sobre una persona *los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos* implica la cosificación de la persona, es decir, tratarla como si fuera un objeto. Ello puede manifestarse de distintas maneras, por ejemplo: comprar, vender o transferir a una persona; transacciones similares, como el trueque, intercambio, o dar o recibir a una persona como regalo; dar o tomar a una persona en garantía; usar a una persona, que puede traducirse en recibir su trabajo o servicios (especialmente sin contraprestación alguna), beneficiarse de dicho trabajo o servicios (por ejemplo, obtener un provecho económico), o bien utilizar a la persona para gratificaciones sexuales; administrar o gestionar el uso de una persona (como en el caso de un proxeneta); beneficiarse

¹²⁴ Directriz 3 de las *Directrices Bellagio-Harvard de 2012 sobre los Parámetros Jurídicos de la Esclavitud*, de la Red de Investigación sobre los Parámetros Jurídicos de Esclavitud.

del uso de una persona; transferir a una persona (por herencia, apuesta, en pago de una deuda); desechar a una persona, maltratarla o descuidarla; obtener un beneficio derivado de la utilización o venta, etcétera.¹²⁵

Se ha afirmado que una persona no puede ser considerada en situación de esclavitud si puede elegir abandonar a su explotador, si tiene la libertad de irse.¹²⁶ Este último elemento —la imposibilidad de abandonar la situación— resulta de utilidad como un criterio diferenciador práctico, pero resulta ajeno a la definición internacional. En ese sentido, resulta más adecuado considerarlo como un fuerte indicio de esclavitud, sin que forme parte de la definición.

3. *Aplicación del concepto a formas contemporáneas*

Los criterios anteriores resultan aplicables a otras prácticas: trata de personas, esclavitud por contrato, prostitución forzada, esclavitud de guerra, niños entregados al servicio doméstico, explotación del trabajo infantil, trabajo forzoso u obligatorio, trabajo en talleres de explotación, esclavitud por motivos de culto, trata con fines de extracción de órganos, esclavitud doméstica en hogares privados, esclavitud sexual, como *el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos, incluida la disponibilidad sexual mediante la violación u otras formas de abuso sexual*, como limitaciones de la autonomía y la facultad *de decidir sobre asuntos relacionados con la propia actividad sexual*.¹²⁷

Lo mismo cabe decir del matrimonio forzado,¹²⁸ así como de la explotación de mujeres, forzadas por la pobreza, situaciones precarias, sus maridos o redes de tratantes,¹²⁹ quienes son sometidas a técnicas de reproducción asistida para quedarse embarazadas y luego dar a luz a un bebé que debe

¹²⁵ Directriz 4 de las *Directrices Bellagio-Harvard de 2012 sobre los Parámetros Jurídicos de la Esclavitud*, de la Red de Investigación sobre los Parámetros Jurídicos de Esclavitud.

¹²⁶ Bales, Kevin, “Professor Kevin Bale’s Response to Professor Orlando Patterson”, en Allain, Jean (ed.), *The legal understanding of slavery. From the historical to the contemporary*, Oxford University Press, 2012.

¹²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *López Soto y Otros vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2018, serie C, 362, núm. 177.

¹²⁸ Allain, Jean, en *The Legal Understanding of Slavery. From the Historical to the Contemporary*, Oxford University Press, 2012.

¹²⁹ Lara Aguado, Ángeles, “Una nueva forma de esclavitud: el alquiler de úteros”, en Mercado Pacheco, Pedro et al., *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 312.

ser entregado a otra persona.¹³⁰ Ello constituye una mercantilización del cuerpo de la mujer, *una forma de violencia de género, que encaja dentro de las nuevas formas de esclavitud*.¹³¹ En esta misma línea se encuentra la trata de personas con fines de extracción de órganos, tejidos o células.

VIII. CONCLUSIÓN

La prohibición de la esclavitud es uno de los derechos humanos más ampliamente debatidos y regulados, tanto en el ámbito interno como en el internacional. Tanto el desarrollo constitucional como su evolución en el derecho internacional son testimonio fiel de la importancia de este derecho, así como de sus constantes amenazas, pero son también testigos de la historia y de la generosidad de quienes han luchado por defenderla.

La prohibición de la esclavitud no es sólo un recuerdo del pasado, sino una disposición de profunda actualidad. Su contenido normativo es vigoroso, aplicable y se actualiza constantemente, para hacer frente a las diversas realidades del mundo contemporáneo. La jurisprudencia internacional ha sabido extraer la esencia de las obligaciones de carácter convencional, articular los distintos instrumentos y aplicarlos a la realidad, a fin de dar respuesta a nuevas problemáticas.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos ha propiciado una nueva lectura a una disposición que —se creía— tenía poca utilidad práctica. Los tratados internacionales suscritos por México muestran la amplia variedad de formas contemporáneas de esclavitud y explotación. Éstas abarcan no sólo la esclavitud *tradicional*, sino también la venta de niños y niñas, la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía, la explotación del trabajo infantil, la mutilación sexual de los niños, la utilización de niños y niñas en los conflictos armados, la servidumbre por deudas, la trata de personas, la trata con fines de extracción de órganos, la explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual, la servidumbre de la gleba, la servidumbre por deudas, los matrimonios forzados, la explotación del trabajo infantil y de sus peores formas, entre otros.

¹³⁰ Lara Aguado, Ángeles, “Una nueva forma de esclavitud: el alquiler de úteros”, en Mercado Pacheco, Pedro *et al.*, *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, *cit.*, p. 312, con más referencias.

¹³¹ Pérez Alonso, “Una nueva forma de esclavitud: el alquiler de úteros”, *cit.* por Lara Aguado, Ángeles, “Una nueva forma de esclavitud: el alquiler de úteros”, en Mercado Pacheco, Pedro *et al.*, *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, *cit.*, p. 312.

La jurisprudencia demuestra que el marco jurídico —en especial el párrafo cuarto del artículo 1o. constitucional—, más allá de las palabras que, en ocasiones, pudieran parecer confusas, arcaicas o insuficientes, resulta adecuado para hacer frente a las nuevas formas de explotación, y goza, a raíz de la reforma constitucional de derechos humanos, de nuevo vigor.

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 CLÁUSULA ANTIDISCRIMINATORIA

José María SOBERANES DÍEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Constitucionalismo y cláusulas antidiscriminatorias.* III. *Las comparaciones prohibidas.* IV. *La prohibición de discriminar como derecho humano.* V. *Los sujetos de la relación iusfundamental.* VI. *Las acciones afirmativas.* VII. *El juicio de discriminación.*

I. INTRODUCCIÓN

Aunque los primeros movimientos constitucionalistas tuvieron por objeto lograr la igualdad, no fue sino hasta la segunda mitad del siglo XX cuando este valor se tradujo en la prohibición de realizar distinciones basadas en determinados criterios que atentan contra la dignidad humana. En el caso mexicano, no fue hasta el inicio del siglo XXI cuando se consagró esta premisa en la Constitución. El objeto de este trabajo es analizar la fórmula antidiscriminatoria que se encuentra en el quinto párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el propósito de entender su contenido y alcances jurídicos.

Para ello, en primer término se analizará el origen de las cláusulas antidiscriminatorias tanto en el constitucionalismo universal como en el caso específico mexicano (apartado II). Luego, se revisarán las causas por las que se prohíbe discriminar en el texto constitucional (apartado III).

* Profesor-investigador de la Universidad Panamericana. Investigador nacional, nivel II, del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt.

En el siguiente apartado (el IV), se abordará un debate doctrinal. La prohibición de discriminar está íntimamente ligada con los derechos y las libertades de las personas, en tanto pretende que no se menoscaben por determinados motivos. Por ello, hay un sector doctrinal que niega su carácter iusfundamental, aludiendo que trata sólo de un principio informante del resto de derechos humanos.

Si entendemos que constituye un derecho humano, habrá que analizar a los sujetos de esa relación jurídica, es decir, quién es el titular del derecho y frente a quién puede oponerse. De eso versará el apartado V.

Parece que la palabra discriminación se formó del prefijo *dis*, que refiere a oposición, diferencia, de *crimin*, asociado a crimen, y el sufijo *-omis*, acción. Así pues, sería el acto de diferenciar ilícitamente. Esa ilicitud se genera por usar algunos criterios previamente proscritos por una norma. Aunque en principio no pueden usarse esos motivos, hay ocasiones en que se utilizan para conseguir la igualdad material, como sucede en las acciones afirmativas. Por ello habrá que analizar la justificación de estas medidas en el apartado VI.

Finalmente, en el último apartado (el VII) se abordará la forma en que deben analizarse los planteamientos de discriminación para entender cómo han de ser formulados y, en su caso, resueltos.

II. CONSTITUCIONALISMO Y CLÁUSULAS ANTIDISCRIMINATORIAS

Constitución e igualdad parecen ser dos conceptos íntimamente ligados. Las Constituciones modernas surgieron para garantizar la igualdad. Sin embargo, la prohibición de discriminar, como una manifestación específica de la igualdad, apareció hasta mucho después. Se analizará cómo sucedió esto, tras lo cual se revisará en el desarrollo normativo constitucional mexicano.

1. *El origen de las cláusulas antidiscriminatorias*

Las cláusulas antidiscriminatorias aparecieron en las Constituciones hasta la segunda mitad del siglo XX, aunque la igualdad había sido una preocupación del constitucionalismo moderno. Los primeros autores en ocuparse de la igualdad en una forma diversa al entendimiento de la *aequalitas* de la Constitución mixta¹ la vincularon a la libertad. Fernando Váz-

¹ Sobre este concepto, Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 108 y 109.

quez de Menchaca, por ejemplo, entendía el aforismo romano *ab initio omnes homines liberi nascebantur* (al inicio todos los hombres nacieron libres), que se encuentra en las *Institutas* de Justiniano,² en el sentido de que conforme al derecho natural todos son iguales, incluso los esclavos,³ con lo que se apartaba de la postura que justificaba la esclavitud.⁴

En la misma línea, Jean-Jacques Rousseau sostuvo la existencia de un estado de la naturaleza, en el que todos los hombres eran libres, y, por tanto, únicamente existían desigualdades naturales, como las que se desprenden de las fuerzas del cuerpo, pero sin desigualdades sociales o políticas.⁵ Sin embargo, a diferencia de Vázquez de Menchaca, el ginebrino hizo una propuesta concreta para buscar que la libertad y la igualdad originarias se vuelvan a garantizar. Esta propuesta consistió en establecer un contrato social que impidiera la subordinación de cualquier persona a un titular personal o corporativo del poder, pues únicamente lo estarían al cuerpo social como un todo, es decir, el ciudadano sólo estaría sometido a la *volonté générale*.⁶

Esas ideas florecieron en la Francia revolucionaria como una lucha en contra del derecho del Antiguo Régimen, caracterizado por los fueros o las normas propias de cada uno de los estamentos en los que se dividía la sociedad. Esto se traducía, como quería Rousseau, en que los ciudadanos no pudieran ser vinculados a otra autoridad distinta al legislador; intérprete legítimo de la voluntad general.⁷ De esta forma, el principio de igualdad quedó subsumido en el principio de legalidad.

La Constitución mexicana es un buen ejemplo de este entendimiento de la igualdad, ya que se trata de un documento que proclama los derechos —por lo menos los reconocidos desde hace más años— de forma negativa: en vez de establecer un derecho, prohíbe las conductas contrarias. Por ejemplo, en vez de señalar que todas las personas tienen libertad de expresión, indica que “la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa”. En el caso de la igualdad, en vez de proclamarla, se prohibieron las leyes privativas y los tribunales especiales.

² *Institutas* I, II, 2.

³ Vázquez de Menchaca, Fernando, *Controversias ilustres*, 7, n. 3.

⁴ Carpintero, Francisco, *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1977, p. 151.

⁵ Rousseau, Jean-Jacques, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 232.

⁶ Señala Rousseau que el contrato social únicamente tiene una cláusula: “La enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, porque, primeramente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos”. Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, México, Editora Nacional, 1979, p. 198.

⁷ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 1996, p. 58.

De esta forma, la igualdad se oponía al derecho particular. Así, una norma que no tuviera privilegios, aunque hiciera diferencias respecto a sus destinatarios, no podía considerarse violatoria del principio de igualdad siempre y cuando se expresara de forma general y abstracta, como quería el movimiento codificador que era contemporáneo. La igualdad era un mandato a establecer juicios lógicos universales, a determinar genéricamente a sus destinatarios y de forma abstracta a las conductas tratadas.⁸

El caso mexicano también es interesante, pues existe el control judicial desde la mitad del siglo XIX. En los casos en los que se reclamó que una ley violaba el principio de igualdad, se desestimó el argumento en todas las ocasiones en las que se trataba de desigualdades expresadas de forma general y abstracta,⁹ bajo el entendimiento de aquella época, de que son iguales a quienes la ley considera como iguales y diferentes aquellos a quienes diferencia.¹⁰

Desde principios del siglo XX se emprendió un cambio de paradigma sobre la igualdad en los ambientes académicos,¹¹ en los que se empezó a sostener que la igualdad era un principio con un contenido axiológico, con estándar mínimo de justicia,¹² que no podía quedar reducido a la idea de fijar el derecho de forma abstracta.

Estas ideas quedaron en la mera discusión académica. Fue por ello que pudo florecer un derecho profundamente discriminatorio, como lo fue el nazi. Un derecho que, si bien cumplía las características lógicas de generalidad y abstracción, era un vehículo para exterminar a los judíos y a otros pueblos, lo que sin duda contraviene a la dignidad humana, el valor subyacente en todo el orden constitucional.

Fue por ello que las Constituciones de los países que formaron el *Eje* reaccionaron frente al horror cometido en contra de las personas y de sus derechos fundados en la discriminación,¹³ y consagraron fórmulas para prohi-

⁸ Cabo, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, p. 47.

⁹ Sobre estos criterios, Soberanes Díez, José María, *La igualdad y la desigualdad jurídicas*, México, Porrúa, 2011, pp. 54-57.

¹⁰ Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 621.

¹¹ Gallego Anabitarte, Alfredo, “La discusión sobre el método en derecho público durante la República de Weimar”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 46, 1996, p. 17.

¹² Leibholz, Gerhard, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1959, p. 72.

¹³ La Torre, Massimo, “Una critica radicale alla nozione di diritto soggettivo. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, núm. 64, 1987, p. 623.

birla. Estas normas, sin embargo, no utilizaron la palabra “discriminación”, sino que prohibieron las distinciones basadas en determinados motivos,¹⁴ o impidieron “favorecer o perjudicar” a alguien por determinadas razones.¹⁵ Sin embargo, todas estas expresiones pretendieron significar que se prohíbe discriminar. En estos textos, la forma lingüística de esta cláusula está ligada al principio de igualdad en la ley.

Posteriormente, aparecieron otras cláusulas antidiscriminatorias en las Constituciones y en los tratados internacionales, en los que ya se puede apreciar la expresión “discriminación”.¹⁶ Además, en estas redacciones más modernas se vincula la discriminación al valor de igualdad, a la igualdad real o material.¹⁷ Esta nueva redacción responde a una nueva concepción de la discriminación, que es una crítica y corrección de los fenómenos sociales anómalos.¹⁸

2. La cláusula antidiscriminatoria mexicana

México podría presumir de contar con la primera cláusula antidiscriminatoria en la historia, pues el texto original de la Constitución de 1917, al

¹⁴ Por ejemplo, la Constitución japonesa del 3 de noviembre de 1946 señala: “Artículo 14.- Todos los ciudadanos son iguales ante la ley y no existirá distinción política, económica o social por razones de raza, credo, sexo, condición social o linaje”; y la Constitución italiana de 1947 señala en su artículo 3o.: “Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales”.

¹⁵ Por ejemplo, el artículo 3.3 de la Ley Fundamental de Bonn dispone: “3.- Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico”.

¹⁶ Torre Martínez, Carlos de la, *El derecho a la no discriminación en México*, México, Porrúa-CNDH, 2006, p. 144.

¹⁷ Por ejemplo, el artículo 15 del Acta Constitucional de Canadá de 1982 señala: “No se prohíben las leyes, programas o actividades que tengan como objeto el mejoramiento de condiciones de individuos o los grupos discriminados incluyendo los que sean discriminados con motivos de raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad, o discapacidad mental o física”; el artículo 13 de la Constitución colombiana de 1991 dispone: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

¹⁸ Aparisi Miralles, Ángeles, “Notas sobre el concepto de discriminación”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, núm. 5, 1995, p. 192.

referirse a la retribución laboral, estableció que a trabajo igual debía corresponder salario igual “sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”.¹⁹ Es decir, estaba prohibiendo dos motivos por los cuales realizar distinciones.

Sin embargo, el entendimiento de esa norma se circunscribió al ámbito laboral. Se requería de una cláusula general, aplicable a cualquier actuación. Ésta llegó en 2001, en el contexto de la reforma en materia indígena.

En la iniciativa del Ejecutivo Federal no se proponía introducir esta cláusula antidiscriminatoria.²⁰ No obstante, en los trabajos de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Asuntos Indígenas y Estudios Legislativos del Senado de la República se planteó su inclusión,²¹ que finalmente fue aprobada.

Con motivo de esta reforma, la prohibición de esclavitud localizada en el artículo 2o. pasó al segundo párrafo del artículo 1o., y se adicionó un tercer párrafo con la cláusula antidiscriminatoria, que prohibía distinguir por diez motivos expresos: el origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, y el estado civil. A esas causas expresas habría que sumar otras, pues también se proscribían las distinciones basadas en cualquier motivo que atentara “contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

El 4 de diciembre de 2006 se reformó esa norma, y se cambió la referencia a “capacidades diferentes”, que resultaba discriminatoria,²² por “las discapacidades”. Y en la reforma del 11 de junio de 2011, el motivo de discriminación, consistente en “las preferencias”, pasó a ser “las preferencias sexuales”. En esta reforma, además, la cláusula pasó a ser el quinto párrafo del artículo 1o., pues se añadieron un par de párrafos antes. Así pues, el texto vigente dispone:

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.

¹⁹ Textualmente indica: “Art. 123.- [...] VII.- Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”.

²⁰ *Gaceta Parlamentaria* del 7 de diciembre de 2000.

²¹ *Gaceta Parlamentaria* del 25 de abril de 2001.

²² Exposición de motivos de la iniciativa del senador Adalberto Arturo Madero Quiroga, *Gaceta del Senado de la República* del 22 de septiembre de 2005.

III. LAS COMPARACIONES PROHIBIDAS

Se ha visto que la Constitución prohíbe realizar distinciones por algunos motivos, basada en una ampliación del entendimiento de la igualdad. Ahora se analizará cuál es la relación del principio de igualdad con éstos, tras lo cual se abordará el listado constitucional de prohibiciones de comparación.

1. *Igualdad y no discriminación*

Como se explicó en el apartado anterior, desde la mitad de siglo XX se superó la subsunción de la igualdad en la legalidad. Claro que no deben existir normas privativas y tribunales especiales. Pero, además, el contenido de la ley debe respetar el principio de igualdad. La igualdad ante la ley es solo una de las manifestaciones de ese principio.

Al tomar conciencia de la ampliación del entendimiento de la igualdad, surgió el problema de lo que debía significar ese principio. Una primera respuesta sería que implicaba tratar a todos de la misma forma. Sin embargo, en el mundo jurídico existen posiciones diversas que exigen tratos desiguales. No es lo mismo un comprador que un vendedor, por ejemplo, y las obligaciones y derechos de uno y otro deben ser diversos.²³ Por ello, se recurrió a la fórmula derivada del pensamiento clásico que postula que la igualdad consiste en tratar igual a los iguales, y jurídicamente se ha expresado como el mandato de tratar lo esencialmente igual arbitrariamente desigual.²⁴

Esa fórmula, sin embargo, entraña la dificultad de determinar desde qué perspectiva puede considerarse que dos personas o dos situaciones son esencialmente iguales a efecto de darles el mismo tratamiento. Ésta constituye la pregunta básica de la igualdad, como se ha sostenido muchas veces.²⁵

El punto de vista desde el que se predica la igualdad o la desigualdad se ha llamado “tercio de comparación” o *tertium comparationis*, y varía caso por caso, pues depende de la relación jurídica. Quien realiza un trámite para obtener un acta de nacimiento y quien tramita un pasaporte son iguales desde la perspectiva que son personas que deben ser atendidas correctamente

²³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 384.

²⁴ BVerfGE 4, 144

²⁵ Por ejemplo, Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 54; Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 21, así como el mismo Aristóteles, *Política*, 1282b.

por la administración, pero desde la perspectiva de los requisitos que han de cumplir son diferentes. Por ello es que tanto la doctrina como la jurisprudencia han ofrecido criterios para determinar el tercio de comparación.²⁶

Dicho lo anterior, hay que apuntar que a nivel internacional el primer concepto de discriminación data de 1958, en el Convenio 111 de la OIT. Ahí se indica que la discriminación es “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato”.

Analizando dicha definición obtenemos que se trata de un acto o una omisión que distingue y conlleva un trato desigual. Esas dos características se encuentran en la definición genérica de la igualdad. La especificidad de la discriminación es que la distinción se basa en una serie de motivos específicos. Se trata de causas que se entienden accidentales a lo esencial, que es la idéntica dignidad. Desde la perspectiva de la dignidad humana, se considera que todas las personas son esencialmente iguales, y por tanto se prohíbe el uso de *tertia comparationis* accidentales.

Así pues, en la discriminación el tercio de comparación adquiere una relevancia especial. No será algo que deba definirse caso por caso, como en la igualdad genérica, sino que se trata de una prohibición de uso. La discriminación veda el uso de determinados tercios de comparación.

Algunos autores han apuntado que la prohibición de discriminar debe desligarse del principio de igualdad, puesto que la discriminación en realidad es una crítica y corrección de los fenómenos sociales anómalos.²⁷ Sin embargo, no es tan clara esa emancipación. Si bien el Estado debe dar fin a ciertos fenómenos sociales de marginación, que se materializan a través de leyes y políticas públicas,²⁸ lo que sería la vertiente positiva de la discriminación, también se prohíbe segregar. En la medida en que no se puede marginar por razones previamente dispuestas por la Constitución, esto es, en tanto no pueden realizar distinciones por determinadas causas, la igualdad y la discriminación gozan de una relación de especie y género,²⁹ pues

²⁶ Se coincide en que el tercio de comparación se desprende atendiendo a la finalidad de la norma. A nivel jurisprudencial así lo ha dicho la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Railway Express Agency v. New York*, 336 US 106 (1949); o el Tribunal Constitucional español en la sentencia 114/1987 del 6 de julio, fj 4. Y a nivel teórico Aristóteles, *Política*, 1282b-1283a; y Tussman, Joseph *et al.*, “The Equal Protection of the Laws”, *California Law Review*, núm. 37, 1949, pp. 341-381.

²⁷ Aparisi Miralles, Ángeles, *op. cit.*, p. 192.

²⁸ Fernández, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 81.

²⁹ Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 56.

la discriminación no es más que una prohibición de trato diferenciado por determinados motivos.

2. Los tercios de comparación vedados por la Constitución

Son diez los tercios de comparación aludidos por la Constitución desde 2011, como ya se vio. Si revisamos los que prevén los principales tratados internacionales genéricos tanto universales como regionales,³⁰ y los comparamos con la Constitución mexicana, podemos concluir que ésta recoge casi todos esos motivos (salvo idioma), aunque algunos con distinto fraseo;³¹ además de que incluye otros, como la edad, las discapacidades, las preferencias sexuales y el estado civil.

Ciertamente, a este catálogo se le podrían agregar otras causas de discriminación, como la lengua.³² No obstante, estos motivos pueden ser incorporados mediante la interpretación que permite la cláusula de apertura establecida en la misma fórmula, que señala que además de los tercios prohibidos no debe distinguirse en razón de cualquier otro motivo que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Si partimos de la idea que la dignidad es un criterio interpretativo para determinar el alcance de los principios constitucionales,³³ las cláusulas antidiscriminatorias presuponen la igual dignidad entre los seres humanos. Al ser iguales en dignidad, no se les puede dar un trato distinto sobreponiendo una de sus cualidades específicas a su esencia.

³⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1), Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 2.2), Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1.1) y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 3o.). Todos estos instrumentos proscriben el uso de los mismos tercios de comparación, que son: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

³¹ Los instrumentos usan los términos “raza y color”, mientras que la Constitución, el de origen étnico; usan el término “opinión política o de otra índole”, mientras que la Constitución de “opiniones”; hablan de posición económica, mientras que la carta magna usa la expresión “condición social”; y hablan de “sexo”, mientras que la ley fundamental habla de “género”.

³² Carbonell, Miguel, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, UNAM-CNDH, 2007 pp. 70 y ss.

³³ Batista Jiménez, Fernando, “La eficacia del valor dignidad de la persona en el sistema jurídico español”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 11, 2004, p. 5.

En efecto, el acto discriminatorio consiste esencialmente en el menosprecio del otro, en la infravaloración que una persona hace de otra por motivo de alguna condición o característica personal. Emitir un juicio de valor respecto de una persona siempre constituye un reduccionismo, que acaba por desfigurar el valor intrínseco de la persona.³⁴

Entendiendo que la dignidad es el fundamento de la cláusula antidiscriminatoria, puede ser utilizada como pauta hermenéutica que permita a un tribunal, sostener que un trato desigual a los anglohablantes es inconstitucional, a pesar de que la prohibición de discriminar por lengua no se encuentre en el catálogo del artículo 1o. constitucional.

Así pues, los tercios de comparación prohibidos no son *numerus clausus*, sino un catálogo enunciativo de motivos de distinción que lesionan la dignidad de los sujetos discriminados. Hay que señalar que puede discriminarse aun cuando no se use directamente uno de los tercios de comparación prohibidos, sino uno neutral que esconda el uso de uno vedado. Como en estos casos no es directo el uso del motivo prohibido, pero se encuentra escondido, se le ha denominado “discriminación indirecta”.

Puede resultar ejemplificativo el caso *Bilka-Kaufha*, que conoció el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La empresa Bilka-Kaufhaus garantizaba sólo a los trabajadores a tiempo completo un plan de pensiones, excluyendo a los trabajadores a tiempo parcial. Aunque aparentemente no se distinguía con base en un tercio prohibido, pues la diferencia parecía obedecer al tiempo laborado, en realidad se trataba de una distinción basada en el sexo, pues las mujeres eran quienes ocupaban las plazas de tiempo parcial.³⁵

A partir de este caso se ha construido la noción de discriminación indirecta, entendida como “una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra que afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo”.³⁶ Aunque la definición anterior se refiere al sexo, es posible aplicarla a cualquier otro de los *tertia* vedados.

3. *El uso de los tercios de comparación vedados por la Constitución*

El primer enunciado de la expresión arquetípica del principio de igualdad que hace referencia a la igualdad esencial se concreta en unos tercios de comparación en el caso de la discriminación, pues se presupone que son

³⁴ Torre Martínez, *op. cit.*, p. 51.

³⁵ *Bilka c. Weber*, 170/74, sentencia del 13 de mayo de 1986.

³⁶ Artículo 2.2 de la Directiva 97/80/CE del Consejo de la Unión Europea.

cuestiones accidentales a la idéntica dignidad humana de la que gozan todas las personas. Es por ello que se prohíbe usar esos *tertia*. Usarlos supondría infravalorar a una persona por una cualidad.

No obstante, lo anterior resulta una generalidad. Hay ocasiones en que pueden usarse esos tercios de comparación atendiendo a criterios de razonabilidad. Por ejemplo, sería absurdo prohibir usar siempre el criterio de la edad, pues ello impediría proteger a los menores de edad del servicio militar, o sería irracional prohibir el uso del *tertium* de condiciones de salud en todos los casos, pues habría que darle tratamiento médico a los sanos o no atender a los enfermos.

Así pues, esta prohibición de uso debe entenderse en el conjunto de la definición de la discriminación. Si atendemos a la dada por el Convenio 22 de la OIT antes señalada, no podemos pasar por alto que el uso del tercio debe tener por efecto anular o alterar las oportunidades de trato para ser discriminatoria.

Es por ello que los tribunales constitucionales han considerado que no se prohíbe el uso de esas categorías, sino su utilización injustificada, lo que ocurriría, por ejemplo, al considerar superior a un grupo y tratarlo con un privilegio, o al considerar inferior a otro al tratarlo con hostilidad.³⁷

Por tanto, la prohibición del uso de los *tertia comparationis* está sujeta a un análisis de razonabilidad de la norma, que incluye tanto los elementos que permitan analizar la consideración que se tiene sobre un grupo determinado como el tratamiento perjudicial o benéfico que se les dé.

IV. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR COMO DERECHO HUMANO

La cláusula de apertura de la fórmula antidiscriminatoria mexicana, es decir, el enunciado que indica que se prohíben otros tercios de comparación que atentan contra la dignidad humana, termina señalando que su objeto debe ser “anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Esta frase puede llevar a preguntarnos si se trata de un derecho humano por sí mismo o si es una condición de los demás derechos. Para que quede más claro, pongamos un ejemplo. Si por motivo de su origen nacional se le

³⁷ Al respecto, puede verse la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 8/2014, el 11 de agosto de 2015. Esa resolución es consultable en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 24, noviembre de 2015, t. I, p. 325.

limita la libertad de tránsito a una persona, ¿estaremos en presencia de una violación a la libertad de tránsito o lo estaremos discriminando?

Para la doctrina alemana es muy claro que la discriminación es un derecho autónomo. Pero en Italia el carácter de la igualdad como derecho subjetivo no es claro.³⁸ Han apuntado que la discriminación, antes que un derecho, es una condición de eficacia general de otros derechos, pues carece de un contenido material,³⁹ pues es un principio relacional al necesitar la comparación entre dos personas o situaciones. Por ello, se ha dicho que más que un verdadero derecho es un modo de ser de los diversos derechos.⁴⁰

Para ser más claros, en el ejemplo antes aludido, el objeto de la pretensión del particular será siempre un diverso derecho, la libertad de tránsito, mientras que la lesión de la posición de igualdad ofrecerá el motivo en que se fundamenta la impugnación. Esa postura reduce la discriminación a un valor. Se trata de un “principio de principios”. Su eficacia normativa se limita a informar a los derechos, teniendo sólo una función argumentativa.

Ante esto, debe decirse que el hecho de que la discriminación tenga un contenido relacional no es suficiente para negar el carácter de derecho autónomo. Lo importante es descubrir si el derecho confiere a su titular algo que no podría exigir de otra forma.

Volviendo al ejemplo, si eliminamos la prohibición de discriminación sería muy complicado poder alegar la inconstitucionalidad de la limitación a la libertad de tránsito. Estando en una ley migratoria se actualizaría el supuesto constitucional de restricción. Por ello, la discriminación sí confiere al titular algo que no puede ser exigido de otra forma. De esta forma, si bien puede impugnarse un acto discriminatorio y violatorio de otro derecho, pueden hacerse valer violaciones a la prohibición de discriminación, aunque no se alegue que se ha trastocado otro derecho.

Por ello, puede decirse que el objeto de la prohibición de discriminación es lograr la equiparación. Es cierto que esa equiparación no se produce en abstracto, sino en relación con determinados *tertium comparationis*; pero eso sólo implica que existe un objeto particular en cada caso, lo que no obsta a que tenga un objeto general, la equiparación. Así, el contenido de discriminación está constituido por un haz de facultades que el titular del derecho tiene para conseguir el restablecimiento del mismo.⁴¹

³⁸ Baño León, José María, “La igualdad como derecho público subjetivo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 114, 1987, p. 181.

³⁹ Rossano, Claudio, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Nápoles, Jovene, 1966, cap. V.

⁴⁰ Mortati, Carlo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, Cedam, 1960, p. 786.

⁴¹ *Ibidem*, p. 183.

V. LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN IUSFUNDAMENTAL

Considerando que la prohibición de discriminar constituye un derecho humano, hay que analizar quiénes son los sujetos de esta relación jurídica. Por ello, se abordarán las problemáticas tanto al titular como al destinatario de este derecho.

1. *Titularidad*

De acuerdo con el primer párrafo del artículo 1o. constitucional, todas las personas son titulares de los derechos humanos. En esa titularidad quedan comprendidas las personas extranjeras tanto por la universalidad de la expresión como por disposición expresa del artículo 33 constitucional.⁴²

El problema más relevante que se ha presentado respecto a esta titularidad es si abarca o no a las personas morales. Desde la perspectiva del sistema interamericano de derechos humanos ha surgido la cuestión a partir del artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala expresamente: “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. La Corte Interamericana se ha pronunciado indicando que “las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales”.⁴³

Ese pronunciamiento se refiere al derecho internacional. Queda latente el tema constitucional que, además, es el que importa para este trabajo. Al respecto, desde la perspectiva doctrinal, salvo alguna postura cerradamente individualista,⁴⁴ es doctrina generalmente aceptada que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales, pues la titularidad exige reconocer a los individuos aisladamente considerados,⁴⁵ y también en cuanto forman parte de cuerpos sociales. La jurisprudencia de la Suprema Corte

⁴² Expresamente indica: “Artículo 33.- Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución”.

⁴³ Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, serie A, núm. 22, párrafo 70.

⁴⁴ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005, p. 68.

⁴⁵ Fernández Segado, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1993, p. 229.

ha ido en ese sentido, al señalar que la titularidad de los derechos comprende tanto a las personas físicas como a las morales.⁴⁶

No obstante, como la misma jurisprudencia ha indicado, no puede afirmarse la titularidad genérica de las personas morales, pues siguiendo a la doctrina mayoritaria únicamente lo serán respecto de los derechos que resulten conformes con su naturaleza y fines.⁴⁷

En efecto, hay derechos que se vinculan a ciertas propiedades de los seres humanos o a ciertos comportamientos de los que sólo éstos son capaces, y que por ello no son aplicables a las personas jurídicas. Ello exige examinar caso por caso para indicar si el derecho es o no aplicable a las personas jurídicas.

Para sistematizar la cuestión, el profesor Ángel Gómez Montoro distingue tres bloques de derechos: los derechos que claramente no son aplicables a las personas jurídicas, los que de manera más o menos indiscutida lo son, y, por último, los de aquellos supuestos que se presentan especialmente controvertidos.⁴⁸ Dentro de estos últimos se encontraría la discriminación, pues se fundamenta en que las personas tienen la misma dignidad.⁴⁹

Sobre este asunto no se ha pronunciado la Suprema Corte hasta el momento. Intentando dar una respuesta a la cuestión, habría que señalar que la titularidad dependerá del tercio de comparación, pues mientras existen algunos que no son predicables respecto a las personas jurídicas, como lo son la raza, el género o las condiciones de salud, otros sí podrían aplicar a éstas, como son el origen nacional, la edad o las opiniones. En cualquier caso, hacer valer otro tercio de comparación sería difícil, pues la cláusula de apertura hace referencia a la dignidad humana.

2. *Destinatario*

Del otro lado de la relación jurídica se encuentra el destinatario, el sujeto a quien obliga el derecho. No hay duda de que el Estado queda cons-

⁴⁶ Jurisprudencia P./J. 1/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 16, marzo de 2015, t. I, p. 117.

⁴⁷ Tesis P. I/2014 (10a.), PERSONAS MORALES. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE LES CORRESPONDE DEPENDE DE LA NATURALEZA DEL DERECHO EN CUESTIÓN, ASÍ COMO DEL ALCANCE Y/O LÍMITES QUE EL JUZGADOR LES FIJE, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 3, febrero de 2014, t. I, p. 273.

⁴⁸ Gómez Montoro, Ángel, “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 2, enero-julio de 2000, p. 56.

⁴⁹ *Idem*.

treñido por la cláusula antidiscriminatoria, como lo está respecto a cualquier derecho fundamental. Los derechos humanos surgieron como cotos de libertad de los individuos frente al Estado. Representan barreras que las autoridades no pueden franquear.

Sin embargo, es evidente que no todas las violaciones a los derechos son cometidas por autoridades. Específicamente, todos los días observamos que privados discriminan a sus semejantes, al impedirles acceder a ciertos lugares, empleos o a la educación. Es por ello que hay que determinar si existen bases constitucionales que permitan afirmar que los particulares son sujetos pasivos del derecho a la no discriminación, y, por tanto, puede exigírseles que respeten ese derecho.

En la teoría general de los derechos fundamentales suelen hacerse dos objeciones a la eficacia de los derechos frente a los particulares, también conocida por su nombre alemán, *drittwirkung*.

La primera es de índole sustantiva, pues se refiere a si los derechos deben desplegar sus efectos en las relaciones entre particulares.⁵⁰ Los que se oponen a la *drittwirkung* —que son una minoría— ponen de relieve los riesgos que esto entraña para la libertad contractual y la seguridad jurídica, y afirman que se va en contra de la lógica de libertad que informa al derecho civil.⁵¹ En contraposición, los que afirman la eficacia frente a terceros sostienen que la Constitución contiene un programa de configuración de la sociedad, y, por tanto, todos los ámbitos de lo jurídico quedan sujetos a ella. Además, ésta ha devenido en fundamento de todo el ordenamiento, y por ello también del ordenamiento jurídico-privado.⁵² Ésta es una concepción más propia de un constitucionalismo social y democrático que pretende darle una dimensión valorativa a las normas fundamentales.⁵³

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si, por un lado, se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro, se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva). A partir de

⁵⁰ Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2005, p. 145.

⁵¹ Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 283.

⁵² Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 81 y ss.

⁵³ Dice Carl Schmitt, teórico de la Constitución de Weimar: “Para que el «imperio de la ley» conserve su conexión con el concepto de Estado de Derecho es necesario introducir en el concepto de ley ciertas cualidades [justicia y razonabilidad, dirá más adelante]”. *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1970, p. 161.

ello, ha afirmado que “la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares”.⁵⁴

La segunda objeción es de carácter procesal, es decir, sobre el medio idóneo para realizar el control de los particulares que violen un derecho humano.⁵⁵ Se ha afirmado que tanto las Constituciones como las leyes orgánicas de los tribunales constitucionales, al tratar el amparo, se refieren exclusivamente a las violaciones de los derechos fundamentales causadas por el “poder público”.⁵⁶ Esta cuestión suele salvarse de dos formas. Por una parte, la vía de la eficacia directa, según la cual, ante la carencia de una norma que autorice este control, debe ser colmada por la jurisdicción constitucional.⁵⁷ Por otra, la vía de la eficacia indirecta, según la cual corresponde a una resolución judicial ordinaria en primera instancia pronunciarse sobre la eficacia del derecho fundamental y, de forma subsidiaria, la jurisdicción constitucional resolverá el problema en última instancia.⁵⁸

México se encuentra en una posición intermedia, pues en el medio de control constitucional que pueden hacer valer todas las personas, el amparo, en principio, procede en contra de normas generales, actos u omisiones “de autoridad” que violen los derechos humanos, como lo prescribe el artículo 103 constitucional. Sin embargo, la Ley de Amparo indica que el amparo protege a las personas frente a “los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente ley”, en su artículo 1o. Posteriormente, en la fracción II de su artículo 5o. precisa que “los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad”.

⁵⁴ Jurisprudencia 1a./J. 15/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XIII, octubre de 2012, t. 2, p. 789.

⁵⁵ Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, p. 145.

⁵⁶ Por ejemplo, el artículo 93.1 de la Ley Fundamental de Bonn y el parágrafo 90.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán.

⁵⁷ Vega García, Pedro de, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 703.

⁵⁸ Así, por ejemplo, se aceptó por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso Lüth, BVerfGE 7, 198. Esta sentencia es consultable en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 202 y ss. La misma doctrina sigue la Corte Constitucional italiana, a partir de la sentencia del 9 de julio de 1970, y la Suprema Corte de Estados Unidos, en los casos *Smit vs. Allright* de 1944, *Schellely vs. Kremer* de 1948.

De acuerdo con lo anterior, en términos generales puede afirmarse la eficacia de los derechos humanos frente a los particulares. Sin embargo, debe señalarse que no puede sostenerse de forma hegemónica. Habrá derechos que en su dimensión clásica no puedan exigirse a los particulares, como el debido proceso, pues la jurisdicción es una función estatal. Por ello, hay que analizar qué derechos tienen la multidireccionalidad.

En el caso que nos ocupa, sería difícil dejar de controlar situaciones evidentemente discriminatorias, como prohibir el acceso a los establecimientos mercantiles abiertos al público por alguna característica racial. Por ello es que la Suprema Corte ha determinado que los derechos fundamentales de igualdad y de no discriminación “son vinculantes no sólo frente a los órganos del Estado, sino que adicionalmente, poseen eficacia jurídica en ciertas relaciones entre particulares”.⁵⁹

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte ha estimado que existen tres factores que resultan útiles a la hora de medir la incidencia de la prohibición de no discriminación en el tráfico jurídico-privado:

En primer lugar, la presencia de una relación asimétrica, en la que una de las partes ostenta una posición de clara superioridad frente a la otra. Cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible... El segundo factor a tomar en cuenta es la repercusión social de la discriminación, es decir la existencia de un patrón de conducta generalizado o bastante extendido, desde un punto de vista sociológico. Cuando concurre esta circunstancia, la decisión discriminatoria deja de ser un asunto estrictamente privado y pasa a ser un asunto de relevancia pública... El tercer factor, por último, es valorar la posible afectación al núcleo esencial de la dignidad de la persona discriminada.⁶⁰

Dicho lo anterior, es preciso valorar algunos supuestos concretos que se han presentando ante la jurisdicción constitucional, y también otros que, aunque no han sido objeto de la jurisprudencia, resulta interesante analizar.

A. *Convocatorias laborales*

Uno de los casos de discriminación en las relaciones entre particulares que ha tratado la Suprema Corte es el relativo a las convocatorias labora-

⁵⁹ Tesis 1a. XX/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XVI, enero de 2013, t. 1, p. 627.

⁶⁰ Tesis 1a. CDXXVI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 13, diciembre de 2014, t. I, p. 243

les. En términos generales, la Corte estimó que si bien la prohibición de no discriminación no obliga a contratar o a mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente, no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto, y que puede hacer a un lado las virtudes de un candidato por los motivos que sean en razón de la libertad de contratación, no puede motivar la exclusión en alguno de los tercios de comparación establecidos en el artículo 1o. constitucional.⁶¹

Antes de llegar a esa conclusión, la Suprema Corte precisó que en estos supuestos no es necesario exigir un acercamiento entre quien realiza una convocatoria laboral potencialmente discriminatoria y el aspirante mediante una solicitud de trabajo, pues ello conllevaría en un efecto residual discriminatorio, situación que conduciría a una revictimización, la actualización de una discriminación y un vaciamiento de la protección de las normas de derechos fundamentales.⁶²

En particular, la Suprema Corte analizó el caso del requisito de la edad para ocupar un puesto. Este supuesto, como reconoció el tribunal, ofrece peculiaridades muy específicas, pues, a diferencia de los restantes tipos discriminatorios, la edad no permite juicios homogéneos sobre la categoría de sujetos afectados: juventud, madurez o vejez ofrecen caracteres variables entre las personas susceptibles de quedar subsumidas en alguno de dichos colectivos. En cualquier caso, apuntó que este tipo de distinciones suelen apoyarse en estereotipos o estigmas asociados a la edad, como sería la inexperiencia o la poca destreza, en el caso de los jóvenes, o la falta de adaptación y la menor capacidad de reacción, en el caso de los mayores.⁶³

Sin embargo, consideró que podían hacerse distinciones en razón de la edad cuando se justificara debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate, al contexto en que se lleve a cabo, o que constituya un requisito profesional esencial y determinante en el puesto de trabajo, siempre y cuando, además, el objetivo sea legítimo, y el requisito, proporcionado.⁶⁴

En caso de que la convocatoria laboral resulte discriminatoria, debe declararse su nulidad, conforme a la Suprema Corte, pero no debe conllevar necesariamente en una obligación de contratación en atención a la libertad contractual.⁶⁵

⁶¹ Tesis 1a. CDXXXII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 13, diciembre de 2014, t. I, p. 226.

⁶² Tesis 1a. CDXXXVI/2014 (10a.), *cit.*, p. 221.

⁶³ Tesis 1a. CDXXXIX/2014 (10a.), *cit.*, p. 223.

⁶⁴ Tesis 1a. CDXXXII/2014 (10a.), *cit.*, p. 226.

⁶⁵ Tesis 1a. XXXIII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 14, enero de 2015, t. I, p. 754.

Aunadas a la nulidad del acto, el juez podría establecer medidas reparatorias de carácter disuasorio, sanciones penales si la ley lo prevé, y una indemnización de los daños causados a la empresa ofertante;⁶⁶ aunque la Corte pidió a los jueces estar atentos a solicitudes de trabajo fraudulentas, “cuyo único objetivo sea la obtención de una indemnización dineraria”,⁶⁷ pues podría dar lugar al surgimiento de “estrategias de búsqueda de empleo y posterior litigio, con el único objetivo de obtener ciertas cantidades de dinero, tergiversando así los fines para los cuales se ha establecido en nuestro país el derecho fundamental a la no discriminación”.⁶⁸

La Suprema Corte se refirió a un caso de discriminación por motivos de edad. Habría que considerar otras causas del tratamiento desigual. Existirán algunas que tengan una menor posibilidad de justificar el trato inequitativo, como puede ser el origen étnico de los aspirantes. Otras, en cambio, permitirán mayor margen de justificación, como las entidades caracterizadas por sus creencias, que podrían tener un interés legítimo en no contratar a personas que no comparten determinada opinión, ideología o religión.

B. *Instituciones educativas particulares*

Otro sector de particulares a los que la Suprema Corte ha considerado especialmente vinculados por la prohibición de discriminación son los que prestan servicios educativos. En concreto, lo sostuvo en el contexto de acoso escolar, al considerar que cuando los particulares prestan servicios públicos educativos a menores o desarrollan actividades relacionadas con los niños en general, se encuentran vinculadas por el principio del interés superior del menor, principio que los obliga a proteger a los niños de violaciones a su derecho a no ser discriminados.⁶⁹

Es por ello que estimó que las instituciones educativas particulares deben tomar medidas y acciones afirmativas orientadas a garantizar a niñas, niños y adolescentes la igualdad sustantiva de oportunidades y el derecho a la no discriminación, y son responsables de diagnosticar, prevenir, intervenir y modificar positivamente la convivencia escolar a fin de evitar la discriminación.⁷⁰

⁶⁶ Tesis 1a. II/2015 (10a.), *cit.*, p. 760.

⁶⁷ Tesis 1a. XXXIV/2015 (10a.), *cit.*, p. 761.

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ Tesis 1a. CCCX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 23, octubre de 2015, t. II, p. 1639.

⁷⁰ Tesis 1a. CCCXXXII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 24, noviembre de 2015, p. 962.

También los tribunales colegiados se han pronunciado al respecto, al considerar que es obligación de las instituciones particulares que prestan servicios educativos el “mantener una política orientada hacia la dignidad de las personas, en el marco de la no discriminación”.⁷¹ Fue por ello que el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito consideró ilegítima la mecánica implementada por una universidad privada, que para diferenciar a los alumnos que han pagado los servicios de educación que presta los obliga a usar una pulsera, brazaletes o cualquier otro distintivo, “pues dicha acción constituye una forma de discriminación motivada por una condición social”.⁷²

C. La igualdad en relación con las características de los sujetos de la relación privada

Otro factor que puede incidir en la eficacia horizontal del derecho a la igualdad es la situación de los sujetos de la relación privada. Las características de alguna de las partes de la relación pueden incidir en la intensidad de la obligación de respetar este derecho.

En primer término, puede hacerse esta valoración atendiendo al sujeto activo del derecho a la igualdad. Si un menor de edad puede ser discriminado, el deber de respeto a la igualdad de los otros particulares es más intenso. Como ha indicado la Suprema Corte, la obligación de no discriminación

se impone y se proyecta a todos los integrantes de la colectividad, de tal modo que todos, sin excepciones, están obligados a respetar el derecho a la no discriminación, en especial tratándose de menores, pues debido a su falta de madurez, dicha discriminación puede afectar gravemente su sano desarrollo.⁷³

En segundo término, puede hacerse la valoración a partir del sujeto pasivo, es decir, del obligado a respetar el principio de igualdad. El profesor Javier Díaz Revorio ha considerado que no todas las relaciones entre particulares son iguales para efectos de la discriminación, y ha elaborado una interesante distinción entre diversas categorías de los sujetos obligados.

⁷¹ Tesis XXVII.3o.10 CS (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 47, octubre de 2017, t. IV, p. 2672

⁷² *Idem*.

⁷³ Tesis 1a. CCIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 6, mayo de 2014, t. I, p. 564.

Sitúa por una parte a los particulares en general, y por otra a las empresas que gestionan servicios públicos, las empresas monopólicas, y las grandes empresas.⁷⁴

Respecto a las que gestionan servicios públicos, como salud, educación, o televisión, estima que serían máximas las exigencias de la igualdad. Si reciben financiamiento público, se les debería exigir casi como al Estado, y en casos de emergencia, no podrían justificar jamás un trato desigual. Las empresas que constituyen monopolios o que ofrecen bienes o servicios básicos como energía eléctrica o gas, tendrían exigencias semejantes. Y las grandes empresas, aunque se les debe exigir menos, tampoco puede equipararseles a cualquier otro particular por su posición de dominio o superioridad frente a los clientes.

A la luz de lo anterior, se entiende que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya considerado que los medios de comunicación juegan un papel fundamental en la formación de una cultura pública que propicie la disminución y, en última instancia, la erradicación de discursos discriminatorios. Por ello, consideró que tienen una responsabilidad especial para evitar la propagación del discurso discriminatorio, atendiendo a la naturaleza y funciones que desempeñan.⁷⁵

También a la luz de esta distinción entre las diversas clases de empresas, se entiende que la Corte haya estimado que las compañías de seguros, que gozan de una relevancia, se encuentran vinculadas a la implementación de medidas para erradicar la discriminación de las personas con discapacidad, a menos que las mismas no encuentren una justificación razonable acorde con los principios de la propia materia.⁷⁶

Entre los particulares que se encuentran en una posición de igualdad parece que el principio de igualdad debe ceder ante la autonomía de la voluntad; de lo contrario, una persona no podría vender su casa a quien quisiera, bien sea por motivos objetivos (una mejor oferta), como por meros caprichos; que no pudiera decidir quién ingresa en su domicilio; o al extremo absurdo de que no pudiera contraer matrimonio con quien quisiera. Sin embargo, hay que analizar unos supuestos especiales.

El primero es cuando alguien realiza una oferta pública. No una oferta laboral, pues ese supuesto ya lo analizamos. Nos referimos a ofertas regidas

⁷⁴ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, México, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 154-156

⁷⁵ Tesis 1a. CLXIII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XX, mayo de 2013, t. 1, p. 558.

⁷⁶ Tesis 1a. X/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XVI, enero de 2013, t. 1, p. 632.

por el derecho civil, como ofertar el alquiler de un inmueble. En caso de que alguien atienda al ofrecimiento, el ofertante podría negarse a celebrar el contrato, en principio, atendiendo a su libertad. La mayoría de las ocasiones esto obedecerá a razones objetivas, como recibir una mejor propuesta económica.

No obstante, también hay que pensar en el rechazo por alguna de las causas discriminatorias. Por ejemplo, si una persona anuncia públicamente que quiere vender su coche, pero que no acepta compradores de determinada raza, estaría incurriendo en una discriminación ilícita.⁷⁷ Sin embargo, si anuncia que quiere subarrendar una habitación y hace una exclusión por sexo, podría estar justificada la diferenciación. En conclusión, las ofertas públicas están en una zona gris.

Un segundo supuesto a valorar es la prohibición de entrada a un local abierto al público y a celebrar contratos de prestación de servicios y de compraventa, que se caracterizan por una reserva en el derecho de admisión. Si hace algunos años se entendía que era lícito que el encargado de la gestión de un local abierto al público pudiera señalar libremente quién podía ingresar y quién no, las exigencias de la discriminación se han ido abriendo paso en estos supuestos, por lo que se puede considerar ilegítima la exclusión de una persona, especialmente por motivos de raza o de sexo.⁷⁸

Un tercer supuesto es el relativo a la disposición de los bienes *mortis causa*. Aunque en principio debe imperar la voluntad del testador, que puede excluir a alguien por el motivo que sea, aunque sea un capricho, habría que analizar algunas cláusulas especiales, como nombrar herederos sólo a los “hijos legítimos”, considerando que los otros hijos no tienen derecho a una pensión. En el ámbito europeo⁷⁹ y en el español⁸⁰ no se ha admitido esa diferencia.

VI. LAS ACCIONES AFIRMATIVAS

Se había señalado que no todo uso de un tercio de comparación vedado por la Constitución es ilícito; que ello dependía de un análisis de racionalidad que incluyera la consideración sobre un grupo determinado, así como el tratamiento perjudicial o benéfico que se les diera.

⁷⁷ Díaz Revorio, *op. cit.*, p. 172.

⁷⁸ Bilbao Ubillos, Juan, “Prohibición discriminación y relaciones entre particulares”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, p. 162.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Pla y Puncernau vs Andorra*, del 13 de julio de 2004.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional español 9/2010, del 27 abril.

Así, por ejemplo, el uso del tercio de las “condiciones de salud” para distinguir entre sanos y enfermos con objeto de proveer a los dolientes de tratamiento médico no puede ser considerado discriminatorio, pues no tiene por objeto anular las oportunidades de nadie, sino hacer efectivos los derechos fundamentales de los enfermos.

Bajo este contexto general es que hay que analizar el caso de las acciones afirmativas,⁸¹ como se le denomina a “cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar discriminaciones presentes o pasadas o para impedir que la discriminación se reproduzca en el futuro”.⁸²

En este tipo de acciones se utiliza uno de los tercios vedados a favor de la igualdad real de oportunidades de un grupo tradicionalmente perjudicado, pero que conllevan que otro grupo pueda verse desfavorecido en oportunidades laborales, políticas o educativas. A continuación, se abordará su justificación, para posteriormente analizar las que tienen relevancia constitucional en México.

1. *Su justificación*

El principio de igualdad prohíbe tratar lo esencialmente igual de forma arbitrariamente desigual. En la discriminación lo esencialmente igual se presume desde determinadas perspectivas. Usar alguno de esos tercios de comparación no conlleva necesariamente a considerar discriminatoria una conducta, pues queda por realizar el segundo análisis, es decir, si el trato desigual es arbitrario o si encuentra alguna justificación.

Así pues, si las acciones afirmativas conllevan el uso de un tercio vedado, resulta necesario analizar si son razonables los tratos desiguales que establecen o si hay que considerarlos arbitrarios. Al respecto, hay diversas opiniones. Para entenderlas resulta clarificador uno de los casos líderes que

⁸¹ En España se suele usar el término de “acción positiva”. Sin embargo, se ha dicho que es distinto hablar de “acciones positivas” y “acciones afirmativas”, aunque ambos quieren otorgar preferencias a ciertos grupos. Basados en el uso anglosajón, se ha indicado que las acciones afirmativas serían *hard measures of intervention* o medidas de intervención severa; mientras que las acciones positivas consisten en *soft measures* o medidas leves y preservan los criterios meritocráticos. Al respecto, Caruso, Daniela, “Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union after the New Equality Directives”, *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, p. 332.

⁸² La definición es de la Comisión Norteamericana de Derechos Civiles. La traducción es de Martín Vida, María de los Ángeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2003, p. 35

se han presentado ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, el caso *Bakke*.

Como antecedente del caso hay que señalar que la Facultad de Medicina de Davis, de la Universidad de California, había instituido en 1970 un programa especial de admisiones que funcionaba junto al ordinario. En el programa ordinario se elegían a ochenta y cuatro candidatos que debían contar con una calificación mínima. En el programa especial se seleccionaban a dieciséis alumnos pertenecientes a minorías (negros, asiáticos o hispanos) bajo requisitos menores y sin calificación mínima.⁸³

En 1974, Allan Bakke, un ingeniero de raza blanca de treinta y seis años, fue rechazado por tercera vez para ingresar como estudiante en la Facultad de Medicina, pese a contar con mejor expediente y mejores méritos que candidatos negros o hispanos admitidos bajo el programa especial. Este rechazo fue llevado a los tribunales aduciendo que no podía ser excluido sólo por causa de su raza, pues contravenía la cláusula de igualdad establecida en la decimocuarta enmienda.⁸⁴ El asunto llegó a la Suprema Corte de aquel país.

Bajo la concepción rígida de que la raza es un *tertium comparationis* absolutamente vedado, debía declararse la inconstitucionalidad del programa.⁸⁵ Éste fue el criterio de los cuatro magistrados que sostenían la inconstitucionalidad del programa especial.⁸⁶ Otros cuatro jueces, en cambio, sostuvieron que las acciones encaminadas a terminar con la segregación racial en el sistema educativo eran un mandato constitucional, porque el objeto de la prohibición de discriminación es conseguir la igualdad real, y, por tanto, el programa era constitucional.⁸⁷

⁸³ Beltrán, Miguel *et al.*, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 441.

⁸⁴ Dicha enmienda, en su punto 1, dispone la igual protección de las leyes para todos: “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos”.

⁸⁵ La Suprema Corte había sostenido que las leyes que estipulan que sólo los blancos pueden concurrir a la universidad son contrarias a la igualdad, prohibiendo los criterios de raza en la admisión de alumnos, en *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629.

⁸⁶ Fue el criterio de los *justices* Burger, Stewart, Stevens y Rehnquist. *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)

⁸⁷ Los *justices* Brennan, Marshall, White y Blackmun. *Idem*.

Aquí se advierten dos concepciones sobre las acciones afirmativas. La primera atiende únicamente a los cánones formales que señala la Constitución: si la raza es un *tertium comparationis* vedado, todo uso que se haga de ésta es inconstitucional independientemente de su finalidad. La otra atiende a cánones materiales, pues entiende que si con una desigualdad formal se consigue el objetivo constitucional de terminar con la segregación, aquélla es lícita.

El *justice* Powell le dio la razón en parte a cada uno de los grupos de jueces, al señalar que la raza puede ser tomada en cuenta siempre que no existan cuotas rígidas y la universidad justifique debidamente las preferencias a determinada minoría. Como lo anterior no había ocurrido en el caso, el programa era inconstitucional.⁸⁸ Con una *plurality opinion* de cinco contra cuatro, se ordenó admitir a Bakke en la Facultad de Medicina.⁸⁹

A esta sentencia, en la que se han vertido heterogéneas opiniones, le han seguido muchos otros pronunciamientos judiciales de aquel tribunal. Esa resolución también ha generado diversas posturas teóricas sobre la justificación de las acciones afirmativas, sobre todo en el ámbito norteamericano.⁹⁰

Una primera justificación se funda en la justicia compensatoria, y parte de un análisis del pasado (*back-ward-lookin*), buscando resarcir los daños causados por situaciones históricas.⁹¹ Éste es el que más ha sido usado por los tribunales al responder los planteamientos en contra de las acciones afirmativas.

La justicia compensatoria centra la atención en las necesidades de las víctimas de una desigualdad, buscando reparar los daños estableciendo un justo medio entre la pérdida o el padecimiento de uno y el provecho que otro ha sacado.⁹² Aunque John Rawls no se pronunció sobre las acciones afirmativas, autores como Robert Allen las han justificado basados en su teoría,⁹³ citando al propio Rawls, quien sostuvo que las desigualdades inmerecidas requieren de una compensación, y dado que las desigualdades

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ Un panorama más completo sobre las teorías de justificación puede verse en Santiago Juárez, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM-Conapred, 2007, pp. 194-243.

⁹¹ Martín Vida, *Fundamentos...*, cit., p. 149.

⁹² Aristóteles, *Ética...*, cit., 1132a.

⁹³ Allen, Robert, "Rawlsian Affirma ti ve Action: Compensatory Justice as Seen from the Origins Position", *Social Philosophy*. Disponible en: <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Soci/SociAlle.htm>.

de nacimiento de dotes naturales son innecesarias, habrían de ser compensadas de algún modo.⁹⁴

Frente a ello, y en específico sobre la justificación de las acciones afirmativas raciales, el *justice* Scalia apuntó que constituye un error pensar que una raza debe a otra una compensación,⁹⁵ con lo que concuerdan autores de una tendencia opuesta, como Dworkin,⁹⁶ por lo que se decantan por otro tipo de argumentación que mire al futuro (*forward-looking*).

Para el profesor citado, habría que justificar las acciones afirmativas caso por caso, y reconoce que esto entrañaría una falta de previsibilidad. Propone que en cada caso se analice si existe prejuicio u hostilidad contra cierto grupo, para lo cual debe tomarse en cuenta la condición de los grupos beneficiados y perjudicados, así como de los funcionarios que la diseñaron, y si apuntan a un fin.⁹⁷ Sobre esto último pone un acento, pues estima que podría tener justificación un fin como lograr la diversidad en el estudiantado y construir un mejor futuro, mientras que no podrían hacerlo para aumentar los profesionistas de una raza.⁹⁸

John Hart Ely, por su parte, propone su justificación en un mandato constitucional adjetivo, consecuente con su visión procedimental de la Constitución. Para este autor, existe una obligación constitucional de igual participación como mecanismo para conseguir la democracia real. Sin la participación de las minorías, las normas emanadas del Legislativo estarían viciadas de origen. Es por ello que las acciones afirmativas se justifican en tanto suponen un mecanismo para lograr una mejor representación de las minorías.⁹⁹ De esta forma, las acciones afirmativas asegurarían un futuro incluyente.

Otra forma de argumentar estas medidas la ha dado Owen Fiss, para quien pueden justificarse de una prohibición a la subordinación. Para este autor, el principio de igualdad prohíbe la existencia de dominación o subordinación de un grupo sobre otro. De este modo, la discriminación sería la conducta que empeora el estatus de un grupo desventajado. Por tanto, las acciones afirmativas se justificarían por ser mecanismos que permiten

⁹⁴ Rawls, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 103.

⁹⁵ Voto concurrente en el caso *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989).

⁹⁶ Dworkin, Ronald, *Virtud...*, *cit.*, p. 468.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 455.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 467.

⁹⁹ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Siglo de Hombre Editores, 1997, p. 37.

a estos grupos acceder a posiciones de poder, prestigio e influencia, que de otro modo no podrían.¹⁰⁰

2. *Las acciones afirmativas en la Constitución mexicana*

Según se ha visto, existen diversas opiniones sobre la justificación de las acciones afirmativas. Sea cual sea la que más convenza, lo cierto es que se han vuelto un mecanismo socorrido en los Estados Unidos no sólo por motivos de raza, sino también para proteger a minorías distintas a las raciales, que son las que han acaparado las páginas jurisprudenciales y doctrinales norteamericanas.¹⁰¹

Ciertamente, las acciones afirmativas han debatido mucho en Estados Unidos, pero no se han restringido a esa nación. También han sido usadas en Europa y en Latinoamérica. México no podía ser la excepción. Por ello, ahora se analizará el uso mexicano, pero limitado a la Constitución, pues de otra forma se excederían los propósitos de este trabajo.

Hay que señalar que producto de la concepción que tenía el constitucionalismo liberal, en el siglo XIX se agravó la situación de desventaja de las comunidades indígenas. Pensemos en el caso de la educación. Si conforme a esta concepción hay que tratar a todos por igual, sin poder hacer distinciones, pues tanto los indígenas como los no indígenas son mexicanos. Eso significaba que todos recibieran educación en el mismo idioma. Para las personas cuya lengua materna es el castellano no supone problema, pero para quien una lengua indígena es la materna, sí que lo hay. Al acudir a clase y no entender, deciden desertar.

Ante este panorama, que además de la educación abarcaba muchos otros aspectos, fue necesario establecer un mandato constitucional a todos los poderes públicos, al iniciar el siglo XXI, con objeto de “promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria”. Por ello, se determinó que debían establecer las instituciones políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades.¹⁰²

¹⁰⁰ Fiss, Owen, “Grupos y la cláusula de igual protección”, en Gargarella, Roberto, *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 146. El trabajo original, Fiss, Owen M., “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 5, 1976.

¹⁰¹ Sobre los precedentes norteamericanos, Santiago Juárez, Mario, *op. cit.*, especialmente el capítulo cuarto.

¹⁰² Artículo 2o., apartado B, reformado el 14 de agosto de 2001.

Ello se tradujo en las obligaciones concretas de impulsar el desarrollo regional, garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud, mejorar las condiciones de las comunidades indígenas, propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, extender la red de comunicaciones, apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable y proteger a los migrantes de los pueblos indígenas.

Hay que señalar que por mandato constitucional estas obligaciones también se establecieron a favor de las comunidades equiparables a los pueblos indígenas, y en la reforma del 9 de agosto de 2019, a los pueblos y comunidades afroamericanos.

Las obligaciones referidas en sí mismas están ajenas al debate sobre la justificación de las acciones afirmativas, pues no suponen cerrar las oportunidades a las personas que no sean indígenas a favor de quienes sí lo son. En efecto, garantizar la escolaridad de los indígenas o asegurarles el acceso a la salud no supone dejar de hacerlo respecto a los que no lo son. No obstante, en cumplimiento de estas obligaciones sí puede emitirse una acción afirmativa que supusiera el decremento de las oportunidades de otras personas, lo que propiciaría un debate como el norteamericano que se ha reseñado.

Esa polémica sí podría tener cabida en las otras acciones afirmativas contempladas en la Constitución, establecidas en favor de la igualdad de oportunidades electorales de las mujeres, pues en ese caso sí podría suponer que los hombres sintieran que se menoscaba su derecho a ser votados.

Las cuotas de género en materia electoral surgieron en el ámbito federal en 2002, cuando el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales topó en setenta por ciento las candidaturas de un mismo género. En 2007 se ampliaron, al preverse que las candidaturas debían integrarse con al menos el cuarenta por ciento de candidatos del mismo género. A los cambios legislativo le siguieron debates judiciales, que concluyeron que estas cuotas no vulneraran ese principio, aunque sin exponer mayores consideraciones al respecto.¹⁰³

¹⁰³ La constitucionalidad de la reforma Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales de 2002 no fue analizada propiamente, aunque ese mismo año se presentó la acción de inconstitucionalidad 2/2002, en contra de una reforma similar en Coahuila, que fue considerada constitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La sentencia puede consultarse en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, marzo de 2002, p. 914. El comentario al respecto es de Carbonell, Miguel, “La reforma al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en materia de cuotas electorales de género”, *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 8, enero-julio de 2003, pp. 193 y ss.

La polémica jurisdiccional más interesante se presentó respecto a una norma local, la legislación electoral de Veracruz.¹⁰⁴ Los promoventes argumentaban que si bien las cuotas de género eran válidas, esas medidas debían actualizarse para evitar que se desfavoreciera injustificadamente a un género. En el proyecto de sentencia, la ministra ponente propuso reconocer que existía un mandato constitucional de establecer la paridad de género en materia electoral, por lo que el tope del sesenta por ciento de candidaturas del mismo sexo que establecía la legislación impugnada resultaba insuficiente. La mayoría de los ministros estimaron que la Constitución simplemente posibilitaba las acciones afirmativas, pero en ningún caso se trataba de un mandato.

Como el criterio jurisprudencial fue que no existía un mandato constitucional de establecer acciones afirmativas en materia electoral, fue necesario introducirlo. Eso ocurrió en la reforma del 6 de junio de 2019, en que se dispuso que los partidos políticos debían observar el principio de paridad de género en la postulación de sus candidaturas,¹⁰⁵ y que las listas para legisladores por el principio de representación proporcional debían alternar la postulación de hombres y mujeres y ser encabezadas alternadamente entre mujeres y hombres cada periodo electivo.¹⁰⁶

Al tratar las acciones afirmativas a favor de la mujer, no puede dejar de mencionarse que México cuenta con dos normas constitucionales relativas al principio de igualdad que podrían parecer similares. Por una parte, la tratada en este trabajo, que prohíbe la discriminación por género. Por la otra, el primer párrafo del artículo 4o., que establece que “la mujer y el hombre son iguales ante la ley”.

Hay que señalar que la Ley Fundamental de Bonn también cuenta con esas dos normas, pues por una parte prohíbe la discriminación por razón de sexo,¹⁰⁷ y por otra reconoce la igualdad entre mujeres y hombres.¹⁰⁸ Este

¹⁰⁴ Acción de inconstitucionalidad 7/2009 y sus acumuladas 8/2009 y 9/2009, resueltas el 24 de septiembre de 2009. La sentencia puede consultarse en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, enero de 2010, p. 1518. Un comentario a esta sentencia fue realizado por Silva García, Fernando *et al.*, “La equidad de género en materia electoral”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 22, enero-junio 2010, pp. 381 y ss.

¹⁰⁵ Artículo 41, párrafo tercero, fracción I.

¹⁰⁶ Artículos 53, párrafo segundo, y 26, párrafo segundo, respectivamente.

¹⁰⁷ Dispone el artículo 3.3: “Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico”.

¹⁰⁸ El artículo 3.2 establece: “El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes”.

binomio normativo no se considera ocioso en aquella nación, pues se ha interpretado que son dos deberes de diversa especie, ya que por una parte existe un mandato de promoción de la igualdad y, por otra, una prohibición de distinción.¹⁰⁹

Así pues, la norma contenida en el artículo 4o. podría ser la que autorizara las acciones afirmativas para conseguir la igualdad de hecho, pues esa es la paradoja de la igualdad: para conseguir la igualdad de *facto* hay que crear una desigualdad de *iure*, y la igualdad de *iure* produce desigualdades de *facto*.¹¹⁰

VII. EL JUICIO DE DISCRIMINACIÓN

Es común que muchas personas, al sentirse menospreciadas por un trato adverso, afirmen que han sido discriminadas. Puede ser que no estén siendo discriminados, pues el trato no necesariamente cumple con los elementos para considerarlo como tal.

Por ejemplo, una persona que llega tarde a un aeropuerto y no le permiten abordar un avión, pues el vuelo que iba a tomar ya fue cerrado. Aunque eso sea tomado como una afrenta personal, no necesariamente puede considerarse discriminación, pues, como hemos visto, para que exista discriminación se requiere hacer una distinción. Si se impide abordar a todos los que fueron impuntuales, no hay distinción y, por tanto, no se discriminará, aunque esa persona pueda haber sufrido la violación a otro derecho por parte del personal de la aerolínea.

Si a otra persona se le permitió abordar, ya podríamos estar en presencia de una discriminación; entonces habría que valorar qué es lo que motivó el trato diferenciado. No podría considerarse discriminación si fue el primer oficial quien subió tarde al avión por hacer una inspección de última hora. Pero si a quien se le permitió el abordaje extemporáneo fue a una persona por el hecho de ser menor de edad, sería otro el panorama, puesto que la discriminación exige el uso de uno de los tercios de comparación constitucionalmente proscritos.

En el último supuesto, a su vez, habría que valorar si existe una causa que justifique el trato desigual, pues, como se ha visto, no todo trato desigual basado en un tercio prohibido puede considerarse discriminatorio, sino úni-

¹⁰⁹ Elósegui Itxaso, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 59.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 105.

camente los que son injustificados. Quizá el evitar una separación de un menor de sus padres que ya abordaron siendo que el niño salió del avión sin que lo notara nadie podría justiciar su reingreso a la aeronave.

Como se puede apreciar, son muchos los supuestos que pueden condicionar la consideración de una conducta como discriminatoria. Por ello, es oportuno analizar la estructura lógica que ha de emplearse para verificar si un tratamiento puede considerarse discriminatorio o no.

La igualdad, que es el género de la discriminación, prohíbe tratar lo esencialmente desigual de forma arbitrariamente desigual. Esa prohibición entraña dos adjetivos (esencial y arbitrariamente), lo que supone que deben hacerse dos análisis diversos: la valoración de si quienes se comparan son esencialmente iguales, y la de si el trato desigual es arbitrario o justificado. Por ello, los tribunales constitucionales distinguen entre estos dos momentos en el juicio de igualdad.¹¹¹ Los españoles han llamado “juicio de racionalidad” al primero, y “juicio de proporcionalidad” al segundo.¹¹² Usaremos esa terminología a fin de distinguir las etapas.

1. *Juicio de racionalidad*

El juicio de racionalidad implica valorar si dos situaciones son esencialmente iguales. Podría suponerse que en el caso de la discriminación eso se presume, pues implica una distinción por motivos que comprometen la dignidad de las personas, y todas poseen la misma dignidad. Ciertamente, ello es así. Sin embargo, eso no exime de valorar dos presupuestos lógicos previamente.

El primero consiste en comprobar que se esté haciendo un trato desigual. Aristóteles, al exponer su doctrina sobre la justicia distributiva, que es la que informa el principio de igualdad, considera que se trata de una relación entre dos razones, entre las que debe existir una proporción geométrica.¹¹³

Ello es lógico. La igualdad es un concepto relacional. La igualdad se predica en relación con otro. Sólo se puede decir que algo es igual o distinto en relación con otro. Ésta es la especificación de los derechos de igualdad, entre los que se encuentra la discriminación. En los demás derechos se com-

¹¹¹ Cerri, Augusto, “Uguaglianza (principio costituzionale di)”, *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Instituto della Enciclopedia Italiana, 1994, t. XXXII, p. 9.

¹¹² Gimenez Glük, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 56.

¹¹³ Aristóteles, *Política*, 1131b.

para una situación con la Constitución. En los derechos de igualdad hay que comparar, previamente, una situación respecto a otra.

Así pues, el primer presupuesto lógico de un juicio de racionalidad es determinar que a dos personas se les esté dando un trato desigual. En caso de que a todos se les dé el mismo trato, no podrá ser considerado como discriminatorio. Quizá sea un trato que atente contra la dignidad humana y haya de ser reprobado, pero eso será a la luz de otro derecho, y no de la prohibición de la discriminación. Podrá decirse que es un trato indigno, que viola la integridad personal o alguna libertad, pero no a la discriminación.

Pensemos en una persona que es detenida y desnudada en un separo policial. Evidentemente se atenta contra su dignidad. Sin embargo, si no es un trato que se le haga de forma exclusiva a una persona o a un grupo determinado, habrá que considerar que estamos en presencia de una violación a su derecho a no sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En caso de que sí haya un trato desigual, que no sea una actuación general, como ocurriría en el caso descrito al inicio del apartado, en el que se le impide abordar a todos los que llegan tarde, habrá que hacer la valoración de otro presupuesto.

El segundo presupuesto consiste en el uso de uno de los tercios de comparación proscritos por la Constitución. Si el trato desigual no se basa en una de las causas prohibidas, estaremos en presencia de un caso de igualdad genérica. Pero si se basa en un *tertium* proscrito, sí será un caso de discriminación. Cabe recordar que existe una cláusula de apertura en la Constitución, que permite sumar otros tercios a la prohibición si atentan contra la dignidad humana.

Un primer resultado posible del análisis es que la comparación se basa en un motivo constitucionalmente proscrito. En este caso, habría que realizar un juicio de proporcionalidad, para verificar si hay una razón que justifique el trato desigual.

Un segundo resultado posible sería que la comparación no se base en el tercio prohibido, aunque se haya alegado. Por ejemplo, frente a alguien que alega que se le niega la sustitución de la pena de prisión con motivo de sus creencias religiosas y, por tanto, se usa un tercio prohibido,¹¹⁴ se podría concluir que la distinción se basa en una norma que contempla ese beneficio únicamente a los que han sido condenados a menos de cuatro años de

¹¹⁴ Ese caso se presentó ante la Suprema Corte y dio lugar a la tesis 1a. CXXXIV/2004, IGUALDAD. LOS ARTÍCULOS 70 Y 90 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL QUE PREVEN, RESPECTIVAMENTE, LOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA DE PRISIÓN Y LOS BENEFICIOS DE LA CONDENA CONDICIONAL, NO VIOLAN ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, diciembre de 2004, p. 363.

prisión, es decir, el tercio de comparación serían los años de condena y no la religión. Podría en ese caso hacerse un análisis de igualdad genérica, pero no de discriminación.

En este punto hay que ser cuidadosos, pues puede darse el caso de que se utilice un tercio no proscrito, un motivo de comparación aparentemente neutral, pero que en realidad se pretenda discriminar a un grupo.¹¹⁵ Serían los supuestos de discriminación indirecta o estructural. Éstos son los casos difíciles de analizar.

La Suprema Corte ha afirmado que también se estaría en presencia de discriminación cuando una distinción se base en motivos neutrales, pero que provoque una diferencia de trato irrazonable, injusto o injustificable, de acuerdo con la situación que ocupen las personas dentro de la estructura social.¹¹⁶

Es por ello que deben analizarse los factores contextuales o estructurales, como las relaciones de subordinación en torno al género, o la pertenencia étnica; las prácticas sociales y culturales que asignan distinto valor a ciertas actividades en tanto son realizadas por grupos desaventajados, y las condiciones socioeconómicas.¹¹⁷

A manera de síntesis, en el juicio de racionalidad deben responderse dos preguntas:

- a) ¿Se ha realizado un trato desigual? De responder negativamente habría que valorar la conducta a la luz de otro derecho fundamental. Si se responde afirmativamente, se pasa a la siguiente pregunta.
- b) ¿El trato desigual se basa en uno de los tercios de comparación vedados? De responder negativamente habrá que hacer un análisis de constitucionalidad a la luz de la igualdad genérica. Si se responde afirmativamente, se debe pasar al juicio de proporcionalidad.

2. Juicio de proporcionalidad

Como se ha indicado, la distinción basada en un tercio de comparación prohibido no resulta discriminatoria necesariamente; únicamente podrá

¹¹⁵ Giménez Glük, *op. cit.*, p. 287.

¹¹⁶ Tesis P. VIII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 34, septiembre de 2016, t. I, p. 254.

¹¹⁷ Esto lo sostuvo la Suprema Corte en la tesis 1a. CXXI/2018 (10a.), DISCRIMINACIÓN INDIRECTA O NO EXPLÍCITA. SU DETERMINACIÓN REQUIERE EL ANÁLISIS DE FACTORES CONTEXTUALES Y ESTRUCTURALES, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 58, septiembre de 2018, t. I, p. 841.

considerarse como tal si no se justifica el trato desigual, en la medida en que únicamente están prohibidos los tratos arbitrariamente desiguales.

Para valorar si el trato desigual es razonable o no, se ha recurrido al test de proporcionalidad, una herramienta surgida en el derecho administrativo para valorar las actuaciones discrecionales de las autoridades,¹¹⁸ que ha retomado el derecho constitucional para valorar las restricciones a los derechos humanos.

Este análisis se realiza también en los casos de la igualdad genérica. Para distinguir la valoración general de los supuestos de discriminación, las jurisdicciones constitucionales de Estados Unidos,¹¹⁹ Alemania,¹²⁰ España,¹²¹ Italia,¹²² o Colombia,¹²³ aplican un examen más riguroso (*strict scrutiny*) en los casos en los que se alega una discriminación, al considerar que existe una sospecha de inconstitucionalidad de la distinción por basarse en un tercio de comparación proscrito, a lo que se le ha llamado “categoría sospechosa”.

Siguiendo la línea de las jurisdicciones antes mencionadas, la Suprema Corte ha considerado que si la distinción reclamada se basa en una categoría sospechosa de las enumeradas en el artículo 1o., debe realizarse un escrutinio estricto, puesto que esas distinciones están afectadas de una presunción de inconstitucionalidad.¹²⁴

Hay que señalar que en el ámbito norteamericano se ha debatido acerca de si ha de usarse el escrutinio estricto al valorar la constitucionalidad de las acciones afirmativas, pues, pese a usar un tercio de comparación proscrito tienen como fin lograr la igualdad real.¹²⁵ Este debate no ha llegado al ámbito jurisdiccional mexicano, por lo que no habrá que profundizar en ello. Sin embargo, puede decirse que parece razonable no exigir el test estricto, pues se trata de comparar la igualdad consigo misma.

¹¹⁸ García de Enterría, Eduardo *et al.*, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, t. I, p. 401.

¹¹⁹ *Railway Express Agency vs New York*, 336 US 106 (1949).

¹²⁰ BVefGE 66, 234.

¹²¹ Sentencia 81/1982, del 21 de diciembre, fj 2; y sentencia 70/1991, del 8 de abril, fj 7.

¹²² Cerri, *op. cit.*, p. 7.

¹²³ Sentencias C-93 de 2001 y C-371 de 2000 de la Corte Constitucional colombiana.

¹²⁴ Tesis 1a./J. 66/2015 (10a.), IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESCRITO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 23, octubre de 2015, t. II, p. 1462.

¹²⁵ Algunos autores consideran que debe usarse un escrutinio débil, como si fuera un caso de igualdad genérica. Por ejemplo, Fiss, *op. cit.*, p. 151, o Dworkin, *Virtud..., cit.*, p. 455-458. Este debate ha alcanzado los tribunales. Una síntesis de la actividad judicial puede verse en Martín Vida, *Fundamentos..., cit.*, pp. 156 y ss.

En las matemáticas, analizar la proporcionalidad implica valorar la relación entre dos objetos o dos magnitudes. En el ámbito jurídico también supone una valoración relacional, sólo que entre la importancia entre dos fines.

Uno de los fines ya lo conocemos de antemano, y es el objetivo de la cláusula antidiscriminatoria: lograr la igualdad entre quienes poseen la misma dignidad. El otro fin debe ser dado por quien realiza el trato desigual. Si no hay una finalidad para usar un tercio prohibido, la distinción será arbitraria y contraria a la Constitución, entendida como limitación al poder.

Dicho fin no puede estar proscrito constitucionalmente,¹²⁶ y debe ser socialmente relevante, como ha dicho el Tribunal Constitucional español,¹²⁷ pues si se va a intervenir en un derecho, debe ser por alguna razón que interese a la sociedad. En el ámbito norteamericano se va a más, pues como parte del escrutinio estricto se pide que la finalidad sea un valor constitucional fundamental.¹²⁸ Esto ha sido retomado por la jurisprudencia mexicana, que exige que tenga “una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional”, y no simplemente una finalidad constitucionalmente admisible.¹²⁹

Así pues, la proporcionalidad implicará comparar el fin de la cláusula antidiscriminatoria con la finalidad de una distinción que usa un tercio de comparación prohibido. Para poder hacer ese análisis se requieren dos pasos previos, que han sido llamados “adecuación” y “necesidad”.

A. Adecuación

La adecuación, también llamada “idoneidad”, parte de la idea de que la finalidad de un trato desigual no basta. Se requiere que el trato desigual contribuya de algún modo a conseguir ese fin, es decir, que sea adecuado o idóneo para alcanzar el fin procurado.

Así pues, en este paso debe valorarse si con el trato desigual se consigue el fin que persigue con la diferencia normativa. En caso de que la respuesta sea negativa, se debe declarar la inconstitucionalidad de la distinción por

¹²⁶ Barnés, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 135, 1994, p. 698.

¹²⁷ Sentencia 55/1996, del 28 de marzo, f.º 7.

¹²⁸ Siguiendo la expresión de la Suprema Corte de Estados Unidos, que exige una “*compelling government interest*”. Véase *Shapira v. Thompson*, 394 U.S. 618, 634 (1969).

¹²⁹ Jurisprudencia 1a./J. 87/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 25, diciembre de 2015, t. I, p. 109.

inadecuada. Si la respuesta es afirmativa, se debe continuar con el análisis de necesidad.

B. *Necesidad*

El segundo paso es valorar la necesidad de la distinción. De acuerdo con éste, todo trato desigual basado en un tercio prohibido debe ser el más benigno con la igualdad, entre otras alternativas que revistan por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.¹³⁰

Dicho en otras palabras, habría que preguntarse si realmente era necesario realizar el trato desigual si no existía otra forma de alcanzar la finalidad que usando un tercio de comparación proscrito. Por ello, debe valorarse si la medida adoptada es la alternativa menos gravosa o restrictiva de derechos entre las igualmente eficaces.¹³¹

Eso implica dos cuestiones. Primero, valorar si existen otros medios con una idoneidad equivalente a la del trato desigual para contribuir a alcanzar el fin inmediato desde las perspectivas de la eficacia, la temporalidad, la realización del fin y la probabilidad.¹³² En caso de que no existan, se pasará al análisis de proporcionalidad.

Pero si existen medidas alternativas igualmente eficaces, debe determinarse el grado de restricción entre los medios que sean igual o más eficaces, es decir, si entre los medios alternativos de igual o mayor eficacia hay uno que sea menos restrictivo. En caso de que existan, debe declararse inconstitucional la norma impugnada. De lo contrario, debe considerarse que la medida es necesaria, y se pasa al análisis de proporcionalidad.

Hay que señalar que este paso ha sido excluido del análisis de la igualdad genérica y de otros derechos humanos al sostener que no corresponde a los jueces valorar si el medio elegido es el mejor entre varios posibles; únicamente les atañe valorar que sea uno de los posibles.¹³³ Sin embargo, en los casos de escrutinio estricto sí se realiza esta valoración.¹³⁴

En el caso mexicano, la Suprema Corte ha estimado que en los casos en que se realiza el escrutinio estricto debe valorarse que la distinción legis-

¹³⁰ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 734.

¹³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español 178/1989, del 2 de noviembre, f. 5.

¹³² Bernal, *op. cit.*, p. 741.

¹³³ Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 138.

¹³⁴ Gimenez Glük *op. cit.*, p. 117.

lativa sea la medida menos restrictiva para conseguir la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional.¹³⁵

C. *Proporcionalidad en estricto sentido*

Una vez superados los análisis de idoneidad y necesidad, ya puede realizarse el juicio de la proporcionalidad entre el fin de la cláusula antidiscriminatoria y la finalidad del trato desigual, para valorar si entre ambas existe una relación razonable.

Esto es lo que se conoce como *balancing test* en el derecho norteamericano,¹³⁶ y que no es otra cosa que comparar la importancia de los bienes jurídicos. Habrá una desproporción si no corresponde la magnitud del fin de la distinción con la finalidad de preservar la igual dignidad entre las personas. Si la distinción pretende un fin que sea de la misma dimensión que la igualdad, podrá considerarse proporcional el trato desigual.

Hay que precisar que la importancia de la igualdad y del fin son elementos que no son medibles cuantitativamente. Si se señala que se miden y que se comparan las mediciones, es para hacer gráfico el proceso mental que se debe seguir, no para encerrar la realidad.

Así pues, habrá que preguntarse si el fin procurado compensa las desventajas que produce el trato desigual. En caso de que las compense, el trato desigual será constitucional; de lo contrario, se debe declarar su inconstitucionalidad.

Al igual que se hizo en el juicio de racionalidad, a manera de síntesis, en el juicio de proporcionalidad deben responderse cinco preguntas:

- a) ¿El trato desigual tiene una finalidad? De responder negativamente habría que declarar discriminatorio el trato. Si se responde afirmativamente, se pasa a la siguiente pregunta.
- b) ¿El trato desigual contribuye a alcanzar la finalidad? De responder negativamente habría que declarar discriminatorio el trato. Si se responde afirmativamente, se pasa a la siguiente pregunta.
- c) ¿Existen medidas alternativas al trato desigual para conseguir el fin que sean igualmente eficaces? De responder negativamente habría

¹³⁵ Jurisprudencia 1a./J. 87/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 25, diciembre de 2015, t. I, p. 109.

¹³⁶ Así se le denomina por la propia Suprema Corte de aquella nación en *Refugee Comm v. McGrath*, 341 U.S. 123 (1951). Sobre el tema, Fried, Charles, "Two Concepts of Interest: Some reflections of Supreme Court's Balancing Test", *Harvard Law Review*, núm. 76, 1963, p. 755.

que pasar a la pregunta *e*). Si se responde afirmativamente, se pasa a la siguiente pregunta.

- d*) ¿Alguna de las medidas alternativas es menos restrictiva de la igualdad que el trato desigual? De responder afirmativamente habría que declarar discriminatorio el trato. Si se responde negativamente, se pasa a la siguiente pregunta.
- e*) ¿El fin procurado compensa las desventajas que produce el trato desigual? Si se responde afirmativamente, habrá que reconocer que el trato desigual es constitucional. Si se responde negativamente, se considerará que el trato es discriminatorio, y, por tanto, inconstitucional.

DERECHOS HUMANOS Y CAMBIO CONSTITUCIONAL EN MÉXICO: UNA ALTERNATIVA PARA LA MUTABILIDAD CONSTITUCIONAL INCREMENTAL

Jaime OLAIZ GONZÁLEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Aproximaciones epistemológicas al cambio constitucional.* III. *Enmiendas, desmembramientos e inmutabilidad constitucionales.* IV. *La reforma al artículo 1o. como desmembramiento constitucional.* V. *Recalibrando el mecanismo: mutabilidad constitucional incremental.* VI. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El estudio y práctica del cambio constitucional en México se ha centrado en el mecanismo formal previsto en el artículo 135 de la Constitución, que centra en el constituyente permanente la autoridad legislativa para conducir el proceso para enmendar la ley fundamental. Desde 1921 hasta la fecha, a través de este mecanismo se han llevado a cabo un total de 742 reformas constitucionales. Y la doctrina constitucional ha dado cuenta de esta práctica en sendos estudios contemporáneos.¹ En ellos, no sólo se ha diseccionado el

* Doctor en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor-investigador de Teoría Constitucional y Derecho Anglosajón de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Contacto: jolaiz@up.edu.mx.

¹ Carpizo, Jorge, “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, 2011, pp. 543-598; Valadés, Diego, “Problemas de la reforma constitucional en el sistema mexicano”, en varios autores, *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977, p. 206-207; Casar, María Amparo y Marván, Ignacio, *Reformar sin mayorías. La dinámica del cambio constitucional en México: 1997-2012*, México, Taurus, 2014, pp. 8-35; Serna de la Garza, José María, “La dinámica del cambio constitucional en México: hacia una agenda de investigación”, en Serna de la Garza, José María y Santos Olivo, Isidro de los (coords.), *La dinámica del cambio constitucional en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pp. 495-516, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4828/34.pdf>; Sobera-

procedimiento de reforma constitucional, sino que se han formulado importantes recomendaciones para mejorarlo y, de alguna forma, ajustar la práctica presente y futura del cambio constitucional a la alineación y tendencias de los procesos políticos contemporáneos. Sin embargo, el mecanismo formal del artículo 135 solamente ofrece una perspectiva parcial de la dinámica del cambio constitucional, y, en consecuencia, los estudios centrados en su práctica son limitados por necesidad, en tanto que ciertos procesos de reforma constitucional —concepto dentro del que se enmarca formalmente la dinámica de cambios a la Constitución en México— trascienden al mecanismo formal en tanto vienen precedidos por y seguidos de una serie de dinámicas propias del proceso transformativo que en su conjunto integran experiencias de cambio constitucional cuyo signo jurisgenerativo se basa en un dilatado e intenso debate entre los impulsores de dicho cambio y aquellos que se oponen al mismo.

En los últimos veintitrés años la dinámica de cambio constitucional en México se ha caracterizado por la existencia de gobiernos sin mayoría suficiente en el Congreso para impulsar una reforma constitucional sin el apoyo de otros partidos políticos. En el periodo de 1997 a 2012, ampliamente estudiado por María Amparo Casar e Ignacio Marván,² se promulgaron 69 decretos de reforma constitucional en el marco de la tradición de gobiernos divididos que se inauguró en 1997. Uno de los principales argumentos de estos autores se centra en la demostración de que —al contrario de lo que sostienen algunas posturas convencionales— los gobiernos divididos no constituyen un obstáculo o conllevan parálisis a la labor legislativa y, en particular, a las posibilidades del cambio constitucional.³ Por el contrario, los gobiernos divididos maximizan los procesos de revisión constitucional.

En este contexto, el 10 junio de 2011 se promulgó la reforma constitucional en materia de derechos humanos, y en particular, del artículo 1o. de la ley fundamental, lo que representa una de las reformas constitucionales de mayor trascendencia en el orden jurídico mexicano.⁴ Esta reforma no fue como cualquier otra. Significó en muchos sentidos un rompimiento rotundo

nes Díez, José María, *Análisis formal de las reformas constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015, pp. 6 y 7, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4035/2.pdf>.

² Casar, María Amparo y Marván, Ignacio (coords.), *Reformar sin mayorías. La dinámica del cambio constitucional en México: 1997-2012*, México, Taurus, 2014, pp. 8-35.

³ *Idem*.

⁴ “DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

con el pasado e incorporó en el ordenamiento constitucional una serie de principios, valores y prácticas en torno a la dignidad humana, que marca una diferencia radical en torno a la conceptualización, reconocimiento y protección de los derechos humanos en la Constitución, y la forma en que habían sido atendidos hasta entonces. Se trató, como veremos en este estudio, de más que una reforma constitucional.

Para Casar y Marván, entre otros, la reforma constitucional en materia de derechos humanos representó la culminación de un largo y accidentado itinerario para incorporar principios y derechos tutelados por el derecho internacional, como parte de nuestro ordenamiento constitucional.⁵ Para estos autores, en el periodo de 1997 a 2012 el mayor número de reformas a la Constitución fueron en materia de derechos fundamentales, que atribuyen a “una tendencia global en el constitucionalismo democrático y obedecen al activismo de los organismos internacionales y de las organizaciones sociales nacionales en favor de la aceptación de un conjunto de derechos humanos”.⁶ En su destacado estudio sobre la dinámica del cambio constitucional en el contexto de los gobiernos sin mayoría —de 1997 a 2012— se refleja que el decreto de reforma constitucional del 10 de junio de 2011 es el que mayor número de iniciativas ha sumado en la historia reciente del proceso reformador del artículo 135 de la Constitución, con un total de 47 iniciativas.⁷ Lecturas semejantes a favor de esta reforma las han formulado otros especialistas como Pou,⁸ Carbonell⁹ y Fix-Fierro.¹⁰

En contraste, autores como Ramírez y Sánchez Barroso consideran que la reforma constitucional en materia de derechos humanos

[supuso] una magnífica oportunidad para que el constituyente permanente reconociera la dignidad humana como supervalor o metanorma del sistema jurídico. Desde nuestro punto de vista quedó corto en este propósito ya que, si bien se han incluido principios interpretativos como el denominado *pro perso-*

⁵ Casar, María Amparo y Marván, Ignacio (coords.), *Reformar sin mayorías...*, cit., pp. 22-28.

⁶ *Ibidem*, p. 26.

⁷ *Ibidem*, p. 35.

⁸ Pou, Francisca, “Las reformas en materia de derechos fundamentales”, en Casar, María Amparo y Marván, Ignacio (coords.), *Reformar sin mayorías. La dinámica del cambio constitucional en México: 1997-2012*, México, Taurus, 2014.

⁹ Carbonell, Miguel, “Tres grandes reformas: derechos humanos, justicia penal y acceso a la información”, en Casar, María Amparo y Marván, Ignacio (coords.), *Reformar sin mayorías. La dinámica del cambio constitucional en México: 1997-2012*, México, Taurus, 2014.

¹⁰ Fix-Fierro, Héctor y Martínez Uriarte, Jacqueline, *Derechos humanos. Cien años de evolución de los derechos en la Constitución mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, pp. 158-161.

nae, que sin duda contribuye a la hermenéutica del texto constitucional en pos del respeto, protección y promoción de la persona en virtud de su dignidad. [Su] mención en el artículo 1o. es meramente retórica y fortuita sin que se pueda apreciar su alcance y estimación reales en el sistema jurídico.¹¹

A lo largo de casi una década desde su promulgación, existen diversas lecturas sobre esta reforma constitucional. Todas ellas parten del reconocimiento de la trascendencia que significó un cambio a nivel constitucional de esta envergadura, y las divergencias se suscitan en los análisis del contenido de la reforma y sus alcances. En este artículo nos concentraremos en el primer aspecto para tratar de ubicar esta reforma y sus efectos dentro del marco de otro tipo de discusión, una que discurre en la definición de los contornos de las enmiendas constitucionales¹² y su clasificación dentro de las teorías contemporáneas sobre el cambio constitucional que se han producido durante el último cuarto de siglo, con notable influencia dentro de círculos académicos y judiciales. La finalidad de este estudio consiste en identificar la progenie a la que pertenece una reforma constitucional en materia de derechos humanos con las características de la que se promulgó en junio de 2011, procurando trascender las perspectivas convencionales de la dinámica de cambio constitucional que tradicionalmente se ha seguido en México desde 1921.

Así, este artículo se propone abordar la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 desde su relación con los postulados de un par de perspectivas doctrinales no suficientemente exploradas hasta ahora: por un lado, la forma en que este proceso de reforma habla con las corrientes contemporáneas sobre el cambio constitucional. Y por el otro, en virtud del objeto de la reforma —la dignidad de la persona— se explorará la pertinencia de contemplar en nuestro mecanismo de cambio constitucional la incorporación de una categorización de enmiendas a la Constitución, dentro de la cual algunas reformas —por razón de su materia— sean consideradas como irreformables.

Para ello, empezaremos por establecer el marco conceptual dominante que integran las teorías contemporáneas sobre el cambio constitucional, para en seguida, exponer la doctrina más influyente en la actualidad sobre el alcance de las enmiendas constitucionales. En un tercer apartado,

¹¹ Ramírez García, Hugo Saúl y Sánchez Barroso, José Antonio, “La *praxis* de los derechos humanos en México a partir de la reforma constitucional de junio de 2011”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 27, julio-diciembre de 2012, p. 246.

¹² En la experiencia mexicana, las enmiendas se identifican con las reformas constitucionales. La referencia a cada una de estas acepciones a lo largo de este estudio es indistinta.

se analizará la forma en que la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 incorporó rasgos distintivos de dichas teorías, con la finalidad de, en un cuarto y último tramo del trabajo, reivindicar (o no) el carácter transformador de dicha reforma —más allá de su impacto en la estructura y funcionamiento del texto constitucional— en el constitucionalismo mexicano y su relación con el fomento de un orden público mínimo de dignidad humana.

II. APROXIMACIONES EPISTEMOLÓGICAS AL CAMBIO CONSTITUCIONAL

Durante los últimos treinta años, se ha producido una sólida doctrina sobre el cambio constitucional, que atraviesa las experiencias de creación y transformación constitucional que se han experimentado en contextos políticos, jurídicos y sociales diversos, de los que se ha desprendido un registro clarificador y útil para los procesos contemporáneos de diseño constitucional.

Como se verá en este apartado, la doctrina dominante se integra por perspectivas historicistas, procedimentalistas, textualistas-construccionistas y sustantivistas. Antes de entrar en materia, es importante precisar que esta clasificación no tiene un carácter limitativo, sino meramente explicativo, en torno a los rasgos distintivos de cada una de las corrientes que se han propuesto explicar las dinámicas de cambio constitucional que han caracterizado los procesos de creación y transformación constitucional desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días.

1. *El historicismo de los momentos constitucionales de Bruce Ackerman*

Una de las perspectivas más influyentes acerca del cambio constitucional es la teoría de los *momentos constitucionales*, de Bruce Ackerman. Este esquema parte de la dicotomía de las decisiones que se toman en una comunidad política: por un lado, las que ordinariamente toma el gobierno en representación del pueblo, y, por el otro, las que el pueblo adopta directamente en circunstancias extraordinarias. En el primer supuesto, Ackerman ubica los procesos formales de creación legislativa, e incluso aquellos procesos de enmienda constitucional conforme al mecanismo establecido en el artículo V de la Constitución de los Estados Unidos, que establece la aprobación de cualquier propuesta de enmienda que reúna el apoyo de dos terceras partes del Congreso y tres cuartas partes de las legislaturas locales.

Con algunas particularidades, así ha sido aprobada la mayoría de las enmiendas al texto constitucional estadounidense. Ackerman reconoce esta vía de transformación constitucional como formal u ordinaria. En contrapartida, existe una vía informal y extraordinaria a partir de la que —en circunstancias excepcionales— el pueblo —*We the People*, en la vasta narrativa ackermaniana— reivindica su propiedad sobre la Constitución y rechaza elementos centrales del *statu quo* para incorporar una nueva serie de valores y principios que articulan un nuevo orden o régimen constitucional.

Cuando estos procesos tienen lugar, se verifican los denominados *momentos constitucionales*. El profesor de la Universidad de Yale ha articulado su teoría en torno a cuatro momentos constitucionales: 1) la *Fundación* de los Estados Unidos en 1776 y la integración de su canon constitucional con la Declaración de Independencia y la Carta de Derechos del mismo año, y la Constitución promulgada en 1787; 2) la *Reconstrucción*, que es el proceso de redefinición nacional que siguió a la guerra civil, y que se tradujo en las llamadas *enmiendas de reconstrucción*, que corresponden a las enmiendas XIII, XIV y XV a la Constitución estadounidense, promulgadas entre 1865 y 1870; 3) el *New Deal*, que consistió en la consolidación del Estado nacional y la implementación del Estado de bienestar a partir de un profundo proceso de transformación política impulsado por el presidente Roosevelt y validado por la Corte Suprema entre 1933 y 1938, y 4) finalmente, la *revolución de los derechos civiles*, inaugurada por el histórico fallo de *Brown v. Board of Education* emitido por la Corte Suprema en 1954, y que invalidó la doctrina de *separados, pero iguales*, que justificaba el sistema de segregación racial que prevalecía desde el siglo XIX en los Estados Unidos. Este proceso de transformación se consolidó con la promulgación del Civil Rights Act de 1964, el Voting Rights Act de 1965 y el Housing Rights Act de 1968.

Para Ackerman, la informalidad originaria que caracteriza a los momentos constitucionales se convalida mediante el apoyo mayoritario al partido gobernante en la siguiente elección, y a partir ella, el momento constitucional adquiere un estatus de formalidad —o normalidad— constitucional.

El acento distintivo de las teorías de Bruce Ackerman consiste en la identificación de estos procedimientos de cambio constitucional en el contexto de las transformaciones históricas de los Estados Unidos desde su creación y en el reconocimiento de la legitimidad de diversos participantes relevantes, como el presidente, el Congreso y la Corte Suprema, para ostentarse en cada uno de los momentos constitucionales como los voceros legitimados para hablar en nombre del pueblo o para interpretar los principios y valores que este último estableció en su texto constitucional desde la fundación.

2. *El procedimentalismo para la mutabilidad constitucional*

Los trabajos de estudiosos de los procesos de creación y mutabilidad constitucional, como Lutz, Ferejohn, Ginsburg, Elkins, Blount y Melton se enfocan principalmente en las reglas y variables de diseño y transformación constitucional que se siguen en los procedimientos de enmienda o reemplazo constitucionales.

Una primera aproximación de esta tendencia fue el trabajo de Donald Lutz para identificar los patrones de diseño constitucional y sus respectivos procesos de enmienda a partir del estudio comparado de treinta y dos textos constitucionales en los Estados Unidos.¹³ Como lo han señalado Casar y Marván:

[A] partir de este estudio seminal de Lutz, en el cual analizó empíricamente las reformas a las constituciones de los Estados de la Unión Americana y utilizó sus hallazgos para analizar el cambio constitucional de 30 países, ha desarrollado ampliamente la investigación comparada que busca explicar el cambio constitucional con base en el análisis empírico e institucional, intentando responder ciertas preguntas: ¿cómo se hacen las constituciones?, ¿por qué duran?, ¿por qué son reemplazadas?, ¿cómo y por qué se reforman unas más que otras?¹⁴

Otro aporte importante en esta línea es el de John Ferejohn, quien al comentar una compilación de ensayos sobre la teoría y práctica de las enmiendas constitucionales —sobre todo desde la experiencia estadounidense—¹⁵ sugirió la delimitación de las fronteras epistemológicas del cambio constitucional a partir de la clasificación de la agencia y procedimientos —formales e informales— de la empresa transformativa, así como la incorporación de la ciencia política y sus metodologías distintivas a la discusión sobre este tema. En su opinión,

¹³ Lutz, Donald S., “Toward a Theory of Constitutional Amendment”, en Levinson, Sanford (ed.), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, Princeton University Press, 1995, p. 261; traducción del autor.

¹⁴ Casar, María Amparo y Marván, Ignacio (coords.), *Reformar sin mayorías...*, cit., pp. 11 y 12.

¹⁵ Levinson, Sanford (ed.), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, Princeton University Press, 1995, p. 352. Esta edición puede considerarse como el primer trabajo que compiló las contribuciones más dominantes de la época sobre el cambio constitucional. En ella aparecen ensayos de Bruce Ackerman, Akhil Amar, Stephen Holmes, Cass Sunstein, Sanford Levison y Donald Lutz, entre otros.

El tema del cambio constitucional —en efecto, el problema del constitucionalismo en general— se centra en qué tan modificable puede llegar a ser la constitución del pueblo. Es lugar común dentro de la ciencia política y el derecho la tensión existente entre constitución y democracia. [Aunque] los valores democráticos y constitucionales se oponen ocasionalmente, la tensión entre ambos no significa una especie de ‘suma cero’. [El] cambio constitucional (en esta lógica) puede efectuarse de dos maneras: a través de enmiendas o mediante interpretación.¹⁶

Así, para Ferejohn el proceso de cambio constitucional sirve como catalizador para superar las tensiones históricas entre Constitución y democracia, que ilustra a partir del añejo debate entre la visión de Thomas Jefferson de que *la Constitución pertenece a los vivos*,¹⁷ en contraste con los postulados de James Madison, que reconocía la estabilidad de la Constitución “como una precondition de la justicia y del gobierno republicano”.¹⁸

El enfoque principal de las investigaciones de Lutz y Ferejohn es el código operativo del cambio constitucional. Lutz inauguró una línea de estudio que se ha ido sofisticando durante la última década a partir del trabajo de Tom Ginsburg, Zachary Elkins, Justin Blunt y James Melton, quienes desde la perspectiva y metodologías de la ciencia política han estudiado los procesos de diseño constitucional y sus variables predominantes. La idea básica de estos autores consiste en identificar los procesos constitucionales tanto formales —vía enmienda— como informales —vía interpretación judicial— que operan en una comunidad política. Desde esta perspectiva, el rasgo diferenciador del cambio constitucional consiste en el mecanismo que se emplee para configurarlo. A decir de Elkin, Ginsburg y Melton,

[Denominamos] *enmiendas* a aquellos cambios constitucionales en que los actores aseguran haber seguido el *procedimiento de enmienda* previsto en la propia

¹⁶ Ferejohn, John, “The Politics of Imperfection: The Amendment of Constitutions”, *Law & Social Inquiry*, vol. 22, núm. 2, 1997, p. 501-530; traducción del autor.

¹⁷ En una carta de Thomas Jefferson a James Madison en septiembre de 1789, reflexionaba “The question whether one generation of men has a right to bind another, seems never to have been started either on this or our side of the water. Yet it is a question of such consequences as not only to merit decision, but place also, among the fundamental principles of every government. The course of reflection in which we are immersed here on the elementary principles of society has presented this question to my mind; and that no such obligation can be so transmitted I think very capable of proof.—I set out on this ground, which I suppose to be self evident, ‘that the earth belongs in usufruct to the living’: that the dead have neither powers nor rights over it”. Véase <https://jeffersonpapers.princeton.edu/selected-documents/thomas-jefferson-james-madison>.

¹⁸ Ferejohn, *op. cit.*, pp. 502 y 503; traducción del autor.

constitución, mientras que los *reemplazos* son aquellos en que los actores realizan el proceso de revisión sin observar el *procedimiento de enmienda* señalado por la constitución.¹⁹

En esta corriente, el acento está en el procedimiento y sus efectos, no sólo en el diseño constitucional, sino en la longevidad de la propia Constitución. A partir de esta delimitación en torno al espectro de su estudio, Ginsburg, Elkins y Melton han configurado una metodología que establece la durabilidad de las Constituciones a partir de un extenso análisis a 190 países en los que tratan, entre otros aspectos:²⁰ la frecuencia con la que se reforma la Constitución; el número y variedad de derechos que tutela; el funcionamiento de las tres ramas tradicionales del gobierno y su incidencia en los cambios a la Constitución, entre otros. Este ambicioso proyecto ha establecido una métrica sobre la vida, la estabilidad, la flexibilidad y la rigidez de las Constituciones, que comporta una contribución indispensable en la discusión contemporánea sobre el cambio constitucional.

3. *El textualismo y construcciónismo constitucionales*

Un apartado especial corresponde a la concepción del cambio constitucional como un proceso de construcción del texto fundamental a partir del proceso político y de la interpretación de los jueces. Sanford Levison y Jack Balkin son los principales exponentes de esta perspectiva. Para estos autores,

[Debemos] distinguir entre dos tipos de cambio constitucional. El primero consiste en cambios dentro de los *regímenes gobernantes* que comportan la construcción de nuevas leyes e instituciones por medio de las ramas del gobierno. El segundo tipo corresponde a la *doctrina judicial*, que es generada por los tribunales articulados a partir de los procesos de atrincheramiento político. El segundo tipo del cambio —y que constituye la principal preocupación del acomodado político— debe concebirse en oposición con el primer tipo de cambio. [En] un orden ideal, los tribunales tienden a cooperar con y a legitimar las innovaciones constitucionales de las fuerzas políticas que las establecen; por otro lado, tenderán a resistir las innovaciones constitu-

¹⁹ Elkins, Zachary *et al.*, *The Endurance of National Constitutions*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009. Véase, también, Albert, Richard, *Constitutional Amendments: Making, Breaking and Changing Constitutions*, Nueva York, Oxford University Press, 2019, p. 76; traducción del autor.

²⁰ Véase <https://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/>.

cionales de los partidos opuestos a aquellas fuerzas políticas (que apoyaron originalmente).²¹

Para Levinson y Balkin, la agencia del cambio constitucional por las vías legislativa y jurisdiccional reviste especial relevancia. Y caracterizan los procesos de cambio constitucional dentro de la dinámica de las alineaciones que caracterizan a su vez a los procesos políticos. Ahora bien, las concepciones particulares de cada uno en torno al tema también admiten matices: Levinson pone especial atención en las alteraciones al texto, a las que confiere igual importancia, de ahí que algunos estudiosos lo consideren *textualista*.²² Balkin, por su parte, ha defendido con especial intensidad la faceta *construccionista* del cambio constitucional y el predominio de la interpretación judicial como vehículo para la construcción constitucional en contraste con el mecanismo formal del artículo V. En palabras de Jack Balkin:

[Pasamos] la mayor parte del tiempo concentrados en la historia sobre la construcción del texto —a partir de decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, famosos discursos sobre la Constitución pronunciados por políticos y líderes de movimientos sociales, estatutos relevantes, y demás. Todo esto es parte del proyecto de construcción constitucional.²³

Un componente central para la visión de Balkin sobre el cambio constitucional es la interacción —en muchas ocasiones antagónica— entre los promotores del cambio y aquellos que se le oponen o pretenden ralentizarlo. Cada uno de los participantes relevantes en esta dinámica representa en las teorías de Balkin, bloques de construcción para el cambio constitucional, que enfrentan la disyuntiva para concretar las transformaciones a través de vías cada vez más efectivas, que frecuentemente se reducen a las sedes legislativa o judicial, como rutas por excelencia para el cambio constitucional. En este contexto, las protestas de los movimientos sociales representan una estrategia efectiva para producir transformaciones, pero no son los principales agentes del cambio:

²¹ Balkin, Jack y Levinson, Sanford, “The Rehnquist Court and Beyond: Revolution, Counter-Revolution, or Mere Chastening of Constitutional Aspirations? The Processes of Constitutional Change: From Partisan Entrenchment to the National Surveillance State”, *Fordham Law Review*, núm. 75, 2006-2007, p. 534; traducción del autor.

²² Albert, Richard, *Constitutional Amendments: Making, Breaking and Changing Constitutions*, Nueva York, Oxford University Press, 2019, p. 77.

²³ Balkin, Jack M., “Constitutional Interpretation and Change in the United States: The Official and the Unofficial”, *Jus Politicum*, núm. 14, 2015, p. 7; traducción del autor.

[El] derecho constitucional se transforma a partir de las respuestas que genera la protesta social. Algunos de estos cambios se han producido a través del mecanismo de enmienda constitucional del Artículo V. La Enmienda XVIII, que introdujo la Prohibición, y la Enmienda XIX, que reconoció el derecho al sufragio de las mujeres, son ejemplos de la culminación de años del activismo propio de los movimientos sociales. Pero por mucho, la mayor parte del cambio constitucional ha sucedido a partir de la interpretación constitucional realizada por los jueces en el marco del Artículo III. El Artículo III, no el Artículo V, ha sido el vehículo principal para el desarrollo constitucional.²⁴

Para el construccionismo constitucional, el rol de los jueces es determinante para darle forma al siempre perfectible proyecto del diseño de la Constitución. En otros trabajos, el propio Balkin subraya una característica heraclitiana del proyecto constitucional, que legitima de forma permanente la empresa transformadora:

[El] proyecto constitucional siempre está en proceso de cambio. [Heráclito] dijo que no se puede pisar dos veces el mismo río; esto es igualmente claro, al estudiar la historia de los Estados Unidos, que no se puede participar dos veces en la misma constitución. Opiniones y puntos de vista que alguna vez estuvieron ‘fuera-del-muro’ después se convierten en ortodoxos, y las creencias de una era pasan a ser en otra época los ejemplos canónicos de interpretaciones incorrectas. Los casos, ideas y doctrinas que integran el canon (constitucional) pronto se convierten en anticánónicas al ser completamente reinterpretadas o simplemente olvidadas. [No] podemos negar el hecho del gran cambio en las doctrinas constitucionales y en las operaciones e instituciones del gobierno constitucional. [No] importa qué tan seguido señalemos los atributos fijos de la constitución, establecidos en reglas claramente redactadas, *en tanto que buena parte de la constitución no es fija, sino cambiante, e incluso aquellas partes fijas se mantienen en medio de un mundo que cambia constantemente*, convirtiendo los compromisos de una época en concepciones anticuadas en otra era. *La constitución no es un edificio terminado; es un marco que invita a seguir construyendo*. Es un proyecto cuyos contornos deben llenarse con el paso del tiempo. Quienes redactaron la constitución entendieron que no podían controlar lo que otros hicieran con ella; y cada generación entiende eventualmente que tampoco puede controlar lo que la siguiente generación hará.²⁵

²⁴ Balkin, Jack M., “How Social Movements Change (or Fail to Change) the Constitution: The Case of the New Departure”, *Suffolk University Law Review*, núm. 39, 2005, pp. 27 y 28; traducción del autor.

²⁵ Balkin, Jack, *Constitutional Redemption*, Harvard University Press, 2011, pp. 1-2, 8-9 (énfasis añadido), traducción del autor.

Esta aproximación adquiere una dimensión más profunda en la corriente del sustantivismo constitucional, que se explorará a continuación. Basta subrayar hasta el momento que esta clasificación obedece a finalidades estrictamente teóricas, en tanto que es muy frecuente que los rasgos característicos de cada una de estas doctrinas se combinen entre sí, de tal manera que en los argumentos textualistas de Levinson o históricos de Ackerman también se pueden identificar los rasgos de legitimación de los agentes para la construcción del cambio constitucional, propios de las tesis de Balkin. De tal forma que esta clasificación no pretende de ninguna forma delimitar los alcances de interacción de cada una de estas doctrinas en su tratamiento distintivo sobre el cambio constitucional, sino ofrecer una serie de coordenadas básicas sobre sus orientaciones dominantes para comprender su funcionamiento y evolución.

4. *El sustantivismo constitucional*

La última década ha comportado la introducción de nuevas perspectivas al estudio del cambio constitucional. Entre todas ellas, destaca el tránsito de las doctrinas formalistas en torno a las preguntas relativas a *cómo* se lleva a cabo el cambio constitucional (procedimentalismo) y *quiénes* son los agentes legitimados para llevarlos a cabo (agencia), hacia nuevas discusiones alrededor del *qué* o contenido del cambio y sus efectos. Nos referiremos a estas últimas, como corrientes sustantivistas. Dentro de ellas encontramos los influyentes trabajos de Rosalind Dixon, David Landau, Richard Albert y Yaniv Roznai.

La aparición de estas corrientes obedece al incremento de la intensidad con la que el constitucionalismo comparado y el diálogo jurisprudencial han atendido la dinámica del cambio constitucional y sus problemas. En específico, la enmienda constitucional se reivindica como el vehículo por excelencia para articular el cambio constitucional, y es el objeto en el que los expositores de estas corrientes centran sus análisis.

En este contexto, estudios de los últimos años han demostrado una suerte de deformación de los mecanismos de cambio constitucional que, de ser empleados incorrectamente, pueden socavar de forma importante el orden democrático y constitucional. Pero vamos por partes.

Una de las aportaciones centrales de las corrientes sustantivistas consiste en su capacidad para sintetizar las formalidades propias de los procesos de diseño constitucional, con el contenido de los cambios realizados —sobre todo a partir de las enmiendas—. El argumento básico de los sustan-

tivistas sostiene que la enmienda es el medio idóneo para reconciliar los atributos de flexibilidad y estabilidad que caracterizan a todo proceso de cambio constitucional.²⁶ De tal forma que el establecimiento de una teoría en torno a la estructura y funcionamiento de la enmienda constitucional es el itinerario que ha ocupado a los proponentes del sustantivismo del cambio constitucional. El común denominador de sus estudios es la enmienda constitucional, sus distinciones sustantivas y procedimentales, sus efectos cara a la interpretación que hagan los jueces en torno a ella, y la admonición sobre sus posibles deformaciones para subvertir el sistema constitucional y democrático, por mencionar algunos de los rasgos más frecuentes.

Como veremos en este apartado, mientras que Albert y Roznai se proponen establecer un robusto marco conceptual en torno a las enmiendas constitucionales, Landau y Dixon se han enfocado principalmente en advertir la necesidad de constreñir el alcance y práctica de las enmiendas para prevenir su empleo inadecuado por agentes autoritarios. Para estos últimos,

Las constituciones son instrumentos importantes para promover y codificar compromisos con la democracia. Pero los procesos constitucionales son empleados frecuentemente para promover notorios fines antidemocráticos o para impulsar las causas de futuros autócratas a través del desmantelamiento de pesos y contrapesos al ejercicio del poder político. Este tipo de actuación constitucional ‘abusiva’ puede implicar cambios al texto de una constitución escrita, ya sea por vía formal de una enmienda o reemplazo constitucional, que casi siempre resultan muy difíciles de revertir. Mediante las enmiendas, los actores políticos pueden, por ejemplo, prolongar sus mandatos o socavar instituciones como las cortes. Reemplazos constitucionales al por mayor pueden representar una amenaza debido a que los actores relevantes pueden adoptar una serie de acciones coordinadas en contra del orden político.²⁷

De ahí la importancia para delimitar con claridad las posibilidades, alcances y justificaciones de las enmiendas constitucionales, no sólo como mecanismo de transformación, sino como expresión de los principios y valores que una comunidad política considera de especial relevancia para el proceso social y la redefinición de su identidad. Como se verá en el siguiente apartado, esta prevención sobre el abuso de las enmiendas constitucionales reviste una trascendencia fundamental en la teoría constitucional, al

²⁶ Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Nueva York, Oxford University Press, 2019, p. 15.

²⁷ Landau, David y Dixon, Rosalind, “Constraining Constitutional Change”, *Wake Forest Law Review*, núm. 50, 2015, p. 859, traducción del autor.

introducir el concepto de las *enmiendas constitucionales inconstitucionales*. Pero de momento, volvamos con Landau y Dixon. Estos autores consideran que el remedio efectivo para prevenir el abuso de las enmiendas constitucionales consiste en constreñir su diseño y alcances a partir de medios procedimentales y sustantivos que inhiban las pretensiones deformadoras de los impulsores de las enmiendas,

[Los] teóricos y diseñadores constitucionales han imaginado un amplio rango de restricciones procedimentales de distinto tipo dentro de las constitucionales a lo largo del mundo. El más común es el requisito de super-mayorías calificadas en el parlamento, pero otras comprenden restricciones de carácter temporal (o requisitos relativos a múltiples votaciones) así como la introducción de referéndums u otros mecanismos. Otras variables de las restricciones procedimentales consisten en la ‘clasificación’ de los procedimientos de enmienda constitucional, o en la creación de distintas pistas basadas en los temas que comprende cada enmienda constitucional. [En] cierto sentido, la protección sustantiva de los principios o provisiones constitucionales es una forma extrema de este tipo de clasificación, que hace imposibles a algunos tipos de enmienda constitucional indistintamente del procedimiento que tengan previsto.²⁸

Como puede observarse, el núcleo de las reflexiones de las corrientes sustantivistas son las enmiendas constitucionales. Como se verá en el siguiente apartado, las enmiendas constitucionales —dependiendo de su objeto, procedimiento y alcances respecto de la continuidad del orden constitucional que pretenden alterar— en algunas ocasiones se quedan en el nivel de modificaciones formales, mientras que en otras comportan un cambio radical, que implica la introducción de elementos novedosos para el orden constitucional, que a partir de ellos ya no funcionará de la misma forma en que lo hacía antes de la aprobación de la enmienda.

III. ENMIENDAS, DESMEMBRAMIENTOS E INMUTABILIDAD CONSTITUCIONALES

Precisamente, en torno a este tema —la posibilidad de reformar total o parcialmente el contenido de la Constitución— se ha producido una robusta doctrina internacional, que a su vez se enmarca en el estudio de la evolución del cambio constitucional como medio de legitimación de los Estados

²⁸ *Ibidem*, pp. 870-872.

contemporáneos frente a las crecientes demandas de los gobernados para reivindicar su propiedad sobre el texto constitucional, los principios y valores que tutela. Para efectos de este estudio, interesan particularmente los planteamientos que han formulado Richard Albert y Yaniv Roznai sobre las enmiendas constitucionales.

Albert postula una aproximación alternativa al estricto procedimentalismo o a la estrechez del textualismo, al articular una teoría sobre las alteraciones constitucionales basadas en su contenido. Esta doctrina, orientada en los contenidos de las enmiendas, permite distinguir con mayor claridad aquellos cambios que comportan modificaciones ordinarias al texto constitucional, cuyo único rasgo relevante es el seguimiento del procedimiento formal de alteración constitucional, de aquellas transformaciones constitucionales más sustanciales, y que alteran de forma significativa al texto y su operación.²⁹ A las primeras las clasifica como *enmiendas constitucionales*, y a las segundas, como *desmembramientos constitucionales*.

[Estos] cambios (los más sustanciales y radicales) son mejor entendidos con desmembramientos constitucionales. Se trata de cambios transformativos con consecuencias mucho mayores que las que producen las enmiendas. Violentan a la constitución existente, ya sea al reconfigurar su identidad, o al rechazar o reformar un derecho fundamental, o al destruir y reconstruir un pilar estructural de la constitución.³⁰

Así, Albert establece dos categorías dentro del cambio constitucional: 1) las enmiendas, y 2) los desmembramientos. Cada uno de ellos, caracterizados por su normalidad o excepcionalidad, respectivamente. En el caso de las enmiendas, plantea cuatro rasgos fundamentales: *a)* materia; *b)* carácter autoritativo; *c)* ámbito de aplicación, y *d)* finalidad. Explicaremos brevemente cada uno de ellos:

- a)* Materia de las enmiendas: según Albert, se trata de alteraciones en el ámbito de la alta legislación —propia del texto constitucional—. Esto lo distingue claramente de modificaciones de tipo normativo a legislación secundaria, que no importa interés específico para la dinámica del cambio constitucional.
- b)* Carácter autoritativo: su naturaleza es vinculante, en tanto que es parte del texto fundamental. Se encuentra por encima de la legisla-

²⁹ Albert, Richard, *Constitutional Amendments: Making, Breaking and Changing Constitutions*, Nueva York, Oxford University Press, 2019, p. 78.

³⁰ *Idem* (traducción del autor).

ción ordinaria, y demanda de parte de los reformadores “ajustarse a su cumplimiento hasta y en tanto no decidan revertirla”.³¹

- c) *Ámbito de aplicación*: para Albert, se trata del elemento fundamental de las enmiendas constitucionales. En su teoría, el rasgo distintivo de éstas es su carácter *continuator* del texto y del orden constitucional. En sus palabras,

[una] enmienda es un *cambio constitucional continuo* dentro del ámbito de la alta legislación —un cambio cuyo contenido es consistente con el diseño constitucional vigente, así como con el marco y presupuestos fundamentales de la constitución. [Una] enmienda *continúa* el proyecto de creación constitucional iniciado en la fundación o en distintos momentos de refundación de la constitución.³²

- d) *Finalidad*: se trata de cuatro posibles propósitos, que se clasifican como *i)* correctivos: para ajustar las expectativas prescriptivas con la operación del dispositivo constitucional; *ii)* elaborativos: que actualizan el significado de una prescripción constitucional en clave contemporánea; *iii)* reformativos: modifica una regla sin alterar su alineación con los principios centrales de la Constitución (es la enmienda formal por excelencia), y *iv)* restaurativos: devuelve la prescripción constitucional a su significado original, que se desdibujó en algún momento del itinerario de la Constitución.

En resumen, estos atributos de las enmiendas constitucionales se explican en la lógica de la continuidad constitucional,

[La] clave en todos los casos, es que una enmienda —ya sea correctiva, elaborativa, reformativa o restaurativa— debe *ser coherente* con la constitución vigente y debe mantener a ésta consistente con la forma que tenía antes del cambio. *De otra manera, se trataría de algo más que una enmienda.* [Una] enmienda es un cambio autoritativo de alta legislación que corrige, elabora, reforma o restaura el significado de la constitución de forma consistente con su marco existente y sus presupuestos fundamentales. La enmienda constitucional —aprobada en algunas ocasiones a través de procedimientos formales y en otras no— se caracteriza por un atributo predominante que importa sobre cualquier otro: *su ámbito de aplicación. La constitución enmendada debe permanecer coherente y consistente con la constitución pre-modificada.*³³

³¹ *Ibidem*, p. 79.

³² *Idem* (énfasis añadido) (traducción del autor).

³³ *Ibidem*, p. 82 (énfasis añadido); traducción del autor.

En contraste, el desmembramiento constitucional obedece a una vocación diferente: consiste en la transformación radical del marco vigente y los presupuestos fundamentales de la Constitución, y por necesidad, rompe con el nivel más básico de la lógica de la continuidad constitucional que las enmiendas procuran preservar, pero al mismo tiempo no disloca por completo dicha continuidad, al seguir operando dentro del mismo orden constitucional, aunque sustancialmente modificado en algunas de sus partes. El desmembramiento por definición no es preservacionista, sino disruptivo y transformador, pero con la peculiaridad de que no comporta la abrogación de la Constitución a la que ha alterado radicalmente. El desmembramiento no tiene la vocación de corregir, elaborar, reformar o restaurar los contenidos de la Constitución vigente. Por el contrario, tiene una capacidad creadora, que se verifica en un nuevo significado, o un nuevo orden constitucional, o en el establecimiento de un nuevo régimen. En suma,

[El] desmembramiento constitucional deshace [la constitución] tal como estaba configurada antes del cambio. [El] desmembramiento ocupa un espacio intermedio entre la enmienda y una nueva constitución. [Un] desmembramiento constitucional trae consigo una transformación fundamental de uno o más de los compromisos nucleares de la constitución. Un desmembramiento es incompatible con el marco existente de la constitución *porque persigue precisamente un fin opuesto. Pretende deliberadamente desensamblar uno o más de los componentes fundamentales de la constitución.* [El] propósito y efecto de un desmembramiento constitucional son los mismos: *deshacer la constitución.*³⁴

Es importante comprender los distintos grados de alteración constitucional que se desprenden de la teoría de Albert: en un nivel básico, nos encontramos con las enmiendas constitucionales tradicionales que no alteran el contenido fundamental de la Constitución vigente y no comportan una modificación a temas sustanciales del arreglo constitucional. En un nivel intermedio, aparecen los desmembramientos constitucionales que, como hemos visto, transforman con gran radicalidad algunos dispositivos que resultan fundamentales dentro de la Constitución, pero al mismo tiempo esta última subsiste, aunque en virtud del desmembramiento, dentro de un orden constitucional completamente diferente en el ámbito que fue modificado por aquél. Y, finalmente, en el extremo del cambio constitucional está la posibilidad residual de la sustitución de una Constitución por otra, en la que la nueva refleje una serie de principios y valores radicalmente opuestos a los de la Constitución que reemplazó. El rasgo distintivo de la teoría de

³⁴ *Ibidem*, pp. 83 y 84 (énfasis añadido); traducción del autor.

Albert es que introduce la categoría de los desmembramientos constitucionales para superar la estrecha dicotomía entre meras enmiendas a la Constitución o el reemplazo definitivo de esta última, como las únicas alternativas plausibles para la creación y diseño constitucional. En palabras de Albert:

[El] desmembramiento constitucional, [establece] como base los compromisos y entendimiento de la constitución existentes y a partir de ahí, evalúa si un cambio constitucional transformará algo integral sobre los derechos, estructura e identidad previstos en la constitución. [El] desmembramiento constitucional llena el vacío que existe dentro de la teoría convencional sobre el cambio constitucional entre las enmiendas y una nueva constitución. Este terreno intermedio sirve como un puente entre estos dos tipos de cambio constitucional; es mucho más que una enmienda, pero poco menos que una nueva constitución. Podemos conceptualizarlo [como] *la deconstrucción de una constitución sin romper con su continuidad jurídica*.³⁵

Como explica Albert, no debe sorprendernos encontrar enmiendas constitucionales, que siguieron el procedimiento formal de alteración constitucional, y que se consideran incorporadas válidamente a la continuidad de la Constitución vigente, pero que su objeto y alcances son de tal entidad, que en realidad son mucho más que una enmienda, y, en consecuencia, nos encontramos más bien frente a genuinos desmembramientos constitucionales.³⁶

También es importante poner en la mesa las distintas rutas que caracterizan la articulación de las enmiendas constitucionales. Albert reconoce seis posibilidades a partir de la combinación de dos elementos:³⁷ 1) el número de agentes legitimados para presentar formalmente propuestas de enmienda constitucional. En este caso puede ser uno solo (exclusivo) o varios (múltiple), y 2) la existencia de un solo proceso general para realizar una enmienda constitucional, aplicable a todos los temas indistintamente; o, por el contrario, el establecimiento de procedimientos diferenciados de enmienda constitucional con base en su objeto. Dentro de esta última categoría, Albert distingue entre procedimientos comprensivos, restringidos y exclusivos.

Esto se puede ilustrar de la siguiente forma:

1. En cuanto a la agencia (V):

E= Exclusivo (consiste en que sólo un participante está legitimado formalmente para iniciar procedimientos de enmienda constitucional)

³⁵ *Ibidem*, pp. 84 y 85 (énfasis añadido) (traducción del autor).

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Ibidem*, pp. 176 y 177.

M= Múltiple (comprende varios participantes igualmente legitimados para iniciar procedimientos de enmienda constitucional)

2. En cuanto al número de procedimientos aplicables:

C= Comprensivo (un mismo procedimiento es aplicable indistintamente a todas las enmiendas constitucionales)

R= Restringido (la Constitución prevé algunos temas que comportan un procedimiento diferenciado al general para la enmienda)

E= Excluyente (es aplicable la regla comprensiva *excepto* en un tema específico que es inmutable o prevé un procedimiento propio)

Con base en estas variables, Albert postula este tablero de clasificación:³⁸

| | |
|------------------------------------|-----------------------------------|
| CVE= Comprensivo con Vía Exclusiva | CVM= Comprensivo con Vía Múltiple |
| RVE= Restringido con Vía Exclusiva | RVM= Restringido con Vía Múltiple |
| EVE= Excluyente con Vía Exclusiva | EVM= Excluyente con Vía Múltiple |

De esto se desprende, por ejemplo, que la vía exclusiva (VE) tenderá más a la rigidez del cambio constitucional que las vías múltiples, que no depositan el control exclusivo del procedimiento de enmienda en un solo participante. A mayor número de participantes legitimados, menor la posibilidad de estasis. De vuelta, en las combinaciones que comportan una vía exclusiva de enmienda constitucional, la parálisis es una variable frecuente. En el mismo contexto, el carácter comprensivo hace más factible la frecuencia del cambio constitucional, en contraste con los tipos restringido o excluyente, cuya onerosidad en el procedimiento o el carácter inmutable de algunos de sus dispositivos hace más difícil el cambio constitucional. *Mutatis mutandis*, la eficiencia de cada una de estas combinaciones está preconfigurada por el contexto cultural y constitucional que caracteriza a una comunidad política determinada. Así, es muy factible que el carácter comprensivo sea más idóneo dentro de ecosistemas constitucionales más institucionalizados y democráticos, mientras que las combinaciones de tipo restrictivo o excluyente resulten más convenientes dentro de sistemas que persiguen la maximización de la estabilidad y perdurabilidad de la Constitución.

En adición a esta clasificación, Albert describe tres tipos de cultura relativa a la enmienda constitucional: (1) aceleración, (2) redirección, y (3) incapacitación. Para efectos de este estudio, interesa particularmente la cultura de aceleración, que “[considera] las enmiendas formales como un ejercicio apropiado e incluso hasta esperado, de gobierno, con la consecuencia

³⁸ *Idem.*

(obvia) de que es bastante natural que las enmiendas se lleven a cabo. Esto resulta en una cultura en la que la frecuencia de las enmiendas es relativamente acelerada en comparación con otras jurisdicciones”.³⁹ Como se analizará en el apartado IV de este estudio, la cultura de aceleración es la más apropiada para describir el funcionamiento uniforme y recurrente del mecanismo de alteración constitucional en México.

A partir de estas clarificaciones en torno a la enmienda constitucional como vehículo principal para la transformación constitucional, podemos abordar los distintos mecanismos a partir de los que las enmiendas se pueden preservar de forma particular. Estos mecanismos han conformado una práctica recurrente del constitucionalismo global, que de forma incremental ha ido ocupando un lugar central en las discusiones sobre el diseño constitucional contemporáneo.

Inmutabilidad constitucional

La inmutabilidad de las enmiendas constitucionales (*unamendability*, en la gramática del cambio constitucional que hemos estudiado) se erige como una práctica de estabilización y continuidad que tutela elementos centrales de la Constitución. En la robusta doctrina que Yaniv Roznai ha formulado sobre este tema, la inmutabilidad constitucional

[no] bloquea las avenidas democráticas para el cambio constitucional, sino que simplemente proclama que una de estas avenidas —la enmienda constitucional, para ser precisos— no está disponible. [Dentro] de las constituciones modernas, el cambio constitucional de tipo formal no es absoluto. Se imponen límites a las facultades de enmienda constitucional para prevenir el reemplazo (de determinados dispositivos constitucionales). A través del procedimiento de enmienda, algunos principios constitucionales básicos son considerados tan sagrados para el orden constitucional que la posibilidad de enmendarlos es equivalente a la destrucción de la constitución y su reemplazo por una nueva.⁴⁰

Intuitivamente puede considerarse que la inmutabilidad constitucional es negatoria de la naturaleza viva de la Constitución y su capacidad de adaptación a la realidad. Sin embargo, la categorización de las enmiendas constitucionales que proponen Landau, Dixon, Albert y Roznai permite

³⁹ *Ibidem*, p. 112.

⁴⁰ Roznai, Yaniv, “Unconstitutional Constitutional Change by Courts”, *New England Law Review*, núm. 51, 2017, pp. 561 y 562 (traducción del autor).

apreciar esta práctica de forma diferente, en tanto que permite *congelar* algunos de los principios y conceptos básicos que representan el corazón de la Constitución. Esta posibilidad —lejos de ser paralizante— permite que se confiera una protección especial a aquellos elementos que dan identidad a la Constitución. Según Roznai, “[Es] mediante la separación de las materias constitucionales entre la mayoría de las prescripciones ordinarias, que (se identifican algunas) que son consideradas fundamentales o susceptibles de (mayor) tutela, (y, en consecuencia) disfrutan de una protección especial”.⁴¹

Junto con esta lectura de Roznai sobre la conveniencia de preservar una serie de materias constitucionales que sean más susceptibles de protección que otras más ordinarias, Richard Albert desaconseja de entrada la introducción de cláusulas inmutables, en virtud del carácter vital inherente de la Constitución como expresión de la voluntad del pueblo. En cambio, sugiere la delimitación, o jerarquización de valores constitucionales de suficiente entidad para los que el mecanismo formal existente no sea un medio suficiente de protección, y que, en consecuencia, su tutela pase por el establecimiento de reglas específicas más onerosas que las previstas en el mecanismo convencional. Así, se mantienen tanto la flexibilidad propia de la Constitución como el estatus especial de ciertos de sus componentes que revisten un carácter fundamental.

En contraste con los procedimientos uniformes de cambio que las constituciones han aplicado tradicionalmente a través de todo el espectro de reglas susceptibles de enmienda, las constituciones modernas exhiben a menudo una estructura escalada de variable dificultad para enmendar la constitución que, a su vez, refleja una jerarquía de valores constitucionales.⁴²

De tal forma que en el diseño constitucional contemporáneo los participantes relevantes se enfrentan a dos alternativas fundamentales: *a)* establecer requisitos más onerosos para hacer más difícil la posibilidad de cambiar la Constitución, o *b)* prohibir expresamente la mutabilidad de algunos dispositivos específicos de la Constitución. Para el caso que ocupa este estudio, nos enfocaremos en la primera alternativa: la posibilidad de articular un mecanismo más oneroso que el actual para proteger cierto tipo de enmiendas —o desmembramientos constitucionales para ser más precisos— que revisten un estatus constitucional fundamental. Llamaremos a esta alter-

⁴¹ Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Nueva York, Oxford University Press, 2019, p. 15.

⁴² Albert, *op. cit.*, p. 177.

nativa, *mutabilidad constitucional incremental*, y es aplicable principalmente en supuestos de desmembramiento constitucional. Es el caso de la reforma al artículo 1o. constitucional del 10 de junio de 2011.

IV. LA REFORMA AL ARTÍCULO 1O. COMO DESMEMBRAMIENTO CONSTITUCIONAL

A partir del marco conceptual de Richard Albert sobre las características fundamentales de las enmiendas y su funcionamiento, este apartado se dedicará a un ejercicio de extrapolación de la reforma al artículo 1o. constitucional con los postulados de Albert. En específico, la pregunta central consiste en determinar si esta alteración corresponde a la definición formal de enmienda constitucional o más bien comporta una serie de elementos y finalidades, que significan algo más que una simple enmienda; esto es, si la reforma en materia de derechos humanos de 2011, y en específico al artículo 1o., encaja en el supuesto de un desmembramiento constitucional.

La primera pregunta que debe formularse es si la enmienda de 2011 tuvo como finalidad corregir, elaborar, reformar o restaurar el contenido del artículo 1o. constitucional. Para responderla, conviene contrastar el texto del artículo 1o. antes y después de la reforma,

| <i>Texto anterior a la reforma del 10 de junio de 2011</i> | <i>Texto vigente a partir de la reforma del 10 de junio de 2011</i> |
|---|---|
| <p>Título primero Capítulo I De las garantías individuales</p> <p>Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.</p> | <p>Título primero Capítulo I De los derechos humanos y sus garantías</p> <p>Artículo 1o. 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.</p> |

| | |
|--|---|
| | (SE ADICIONAN) 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. |
| <i>Texto anterior a la reforma del 10 de junio de 2011</i> | <i>Texto vigente a partir de la reforma del 10 de junio de 2011</i> |
| | 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. |

De este contraste, se desprenden varios elementos de amplia relevancia:

- 1) La incorporación de la tutela de los derechos humanos como un aspecto central del ámbito de protección previsto en la Constitución. Es lo que los especialistas han denominado *bloque de constitucionalidad o bloque de derechos*.⁴³
- 2) La superación del criterio de equiparación de los tratados internacionales —incluidos los de derechos humanos— a las leyes federales, para reconocer jerarquía constitucional a aquellos en materia de derechos humanos.⁴⁴
- 3) El reconocimiento del principio pro persona y de interpretación conforme, así como la figura del control de convencionalidad en la aplicación e interpretación de normas relativas a los derechos humanos.

⁴³ Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2014, pp. 19 y 20.

⁴⁴ Fix-Zamudio, Héctor, “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo y González Oropeza, Manuel (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia (1849-2009)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 425 y 426.

En síntesis, se pasó de un régimen constitucional que identificaba los derechos humanos con las garantías individuales, a uno que coloca a los derechos humanos en su dimensión sustantiva como bloque angular del marco constitucional.

Con la finalidad de extrapolar esta reforma con las categorías de enmienda constitucional propuestas por Albert, se ha acotado nuestro espectro inquisitivo a la definición de los alcances correctivos, elaborativos, reformativos o restaurativos que caracterizan a las enmiendas.

Para varios estudiosos del tema, esta reforma significó la armonización del texto constitucional mexicano con el derecho internacional de los derechos humanos a partir de los tratados y convenciones de los que México es parte.⁴⁵

Así, tanto las prescripciones normativas como los procedimientos y las instituciones del Estado mexicano sufrieron una alteración radical en todos aquellos aspectos relacionados con sus obligaciones para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Esto se puede apreciar con mayor claridad a partir de la incorporación del *bloque de constitucionalidad o de derechos*:

El artículo 1o. constitucional es el eje articulador para la implementación de todas estas reformas. Se trata de una norma que, entre otros elementos, incorpora un concepto de gran relevancia en este sentido y que también ha sido objeto de múltiples polémicas: el *bloque de constitucionalidad o bloque de derechos*. [En] México, el bloque se construye a través de la cláusula de recepción del *didh* que se hace en el párrafo primero del artículo 1o. constitucional, así como de la inclusión en el párrafo segundo del principio de interpretación conforme. Este último constituye un método de interpretación que sirve para garantizar que, a pesar de la ampliación de la materia constitucional, siga existiendo coherencia normativa. Esto es posible porque impone a los jueces la obligación de procurar la armonización, complementariedad e integración de las normas constitucionales y convencionales con aquellas que provienen de fuentes de menor jerarquía normativa. Así, *el bloque se integra pero —contra lo que algunos han planteado— no representa un factor de crisis para el ordenamiento jurídico*. [El] bloque constitucional de derechos tiene su fundamento en el artículo 1o. pero se complementa con los artículos 133 y 105. Esto fue lo que decidió en septiembre de 2013 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), con una votación de diez contra uno. Al resolver una contradicción de tesis, la SCJN determinó que los derechos humanos constitucionales y de fuente convencional tienen rango constitucional y son parámetro de validez de las demás normas del ordenamiento. Además, con

⁴⁵ Salazar, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

una votación de seis contra cinco decidió que la jurisprudencia de la Corte IDH será vinculatoria para los jueces nacionales incluso en aquellos casos en los que el Estado mexicano no sea parte. Con esta última decisión se afianzó el llamado control de convencionalidad.⁴⁶

No hay lugar a dudas del carácter transformativo de la reforma constitucional al artículo 1o., de junio de 2011. Por los elementos característicos que se han expuesto, nos encontramos claramente frente a una reforma que predicó una serie de objetivos que exceden cualquier finalidad de corrección, elaboración, reforma (en estricto sentido) o restauración dentro del orden constitucional. Su implementación comporta una nueva concepción constitucional de los derechos humanos y su protección, que se propone ser consistente con el sistema internacional de protección de los derechos humanos. El establecimiento de un bloque de constitucionalidad o de derechos que no existía antes de esta reforma también supone una alteración fundamental del texto y su operación. En suma, esta reforma no se limita a la definición convencional de enmienda, sino que, por su carácter y alcances, se aproxima inequívocamente a lo que aquí hemos descrito como *desmembramiento constitucional*. Incluso, en tanto que la incorporación del bloque de constitucionalidad “no representa un factor de crisis para el ordenamiento jurídico”,⁴⁷ se confirma la tesis del carácter intermedio de los desmembramientos constitucionales como alteraciones sustantivas de la Constitución, que no llegan al extremo de reemplazar a esta última, pero que comportan una serie de cambios fundamentales que *rehacen la Constitución* sin alterar su continuidad. Ese es el caso de la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011.

Una vez definida esta reforma como un auténtico desmembramiento constitucional, es pertinente preguntarse si una enmienda de este calado no ameritaba un umbral superior de protección dentro de la dinámica del cambio constitucional en México. El apartado final de este estudio se dedicará a ofrecer una serie de elementos para responder esta inquietud.

V. RECALIBRANDO EL MECANISMO: MUTABILIDAD CONSTITUCIONAL INCREMENTAL

Existe un consenso muy amplio en torno a la relevancia de la reforma constitucional sobre derechos humanos en el itinerario del constitucionalismo mexicano. Como se refería al inicio de este estudio, desde la promulgación de

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 19 y 20, énfasis añadido.

⁴⁷ *Idem*.

la Constitución de 1917 esta reforma es la que ha reunido el mayor número de iniciativas en el marco del mecanismo de reforma previsto en el artículo 135 constitucional. El mismo consenso subraya que esta reforma marca un antes y un después en la dinámica del cambio constitucional en México en virtud de la tutela de principios superiores.

Sin embargo, vale preguntarse qué pasaría si una hipotética coalición gobernante con suficiente respaldo mayoritario en el Congreso y las legislaturas estatales quisiera enmendar el bloque de constitucionalidad o de derechos humanos establecido a partir de la reforma de 2011.

A pesar de su enorme trascendencia, la realidad es que esta reforma —al igual que las otras 741 que se han realizado al texto constitucional desde 1921— podría revertirse o derogarse simplemente mediante la activación del mecanismo formal de enmienda constitucional previsto en el artículo 135.

Así, este trabajo se plantea una pregunta central: considerando que a diferencia de otras experiencias constitucionales, en el caso de México, además de reivindicarse como un sistema monista de cambio constitucional —esto es que solamente contempla un mecanismo formal para reformar la Constitución de conformidad con el artículo 135 de este ordenamiento— ¿no prevé la posibilidad de que algunas de las reformas que resulten de ese mecanismo no puedan alterarse en el futuro, esto es, que ciertas reformas —por su objeto o trascendencia— sean irreformables? La pregunta es pertinente, porque el grado de evolución que ha alcanzado el constitucionalismo mexicano y la estabilidad que ha demostrado el propio texto constitucional invitan a la reflexión en torno a los procedimientos que la propia Constitución establece para reconciliar las expectativas de estabilidad y flexibilidad que caracterizan al cambio constitucional.⁴⁸

La experiencia acumulada hasta ahora demuestra que reformas constitucionales que cumplieron el oneroso proceso de enmienda previsto en el artículo 135, y que acreditaron la articulación de una serie de demandas ciudadanas, sociales o institucionales que las justificaban legítimamente, fueron igualmente revocadas mediante el mismo mecanismo de reforma que les dio origen, y dentro de un periodo considerablemente breve. El caso más reciente que ilustra la facilidad con la que se pueden revertir procesos de enmienda constitucional en México es la reforma educativa promulgada por el gobierno de Enrique Peña Nieto en febrero de 2013,⁴⁹ que fue abro-

⁴⁸ Roznai, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁹ “DECRETO por el que se reforman los artículos 3o. en sus fracciones III, VII y VIII; y 73, fracción XXV, y se adiciona un párrafo tercero, un inciso d) al párrafo segundo de la fracción II y una fracción IX al artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de febrero de 2013.

gada por el nuevo gobierno en mayo de 2019.⁵⁰ Apenas duró seis años. La onerosidad procedimental y excepcionalidad sustantiva que está reservada para el proceso de reformas a la Constitución no es compatible con la longevidad contemporánea (o ausencia de ella más bien) de las más recientes reformas constitucionales.

Posiblemente, de existir ciertas reglas o dispositivos previos que preserven el carácter inmodificable de ciertas reformas constitucionales durante un plazo determinado o incluso, indefinidamente —aunque esto último significa para algunos tratadistas una contradicción con la finalidad de la Constitución— los ejercicios de retribución política mediante reformas constitucionales se minimizarían de forma considerable y se dotaría a la Constitución de mayor estabilidad sin negar su flexibilidad. El punto central de este argumento consiste en la necesidad de introducir en la conversación sobre la dinámica del cambio constitucional en México la pertinencia de contemplar la intocabilidad —temporal o permanente— de algunas enmiendas a la Constitución.

El ejemplo por excelencia de cláusulas inmutables en la Constitución es el de Alemania con sus conocidas *cláusulas de eternidad*. En ellas, se establece el carácter inmodificable de los derechos humanos como valores identitarios de la sociedad alemana:

Artículo 1

[Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales]

(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.⁵¹

Roznai recuerda una cita de Arnold Brecht, para justificar la necesidad de incorporar cláusulas inmutables en la Constitución, con la finalidad de tutelar ciertos valores y principios que pudieran estar amenazados por las decisiones mayoritarias:

⁵⁰ “DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 3o., 31 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia educativa”, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de mayo de 2019.

⁵¹ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, promulgada el 23 de mayo de 1949.

[Para] prevenir la posibilidad de que el gobierno de las mayorías abuse de su poder mediante la implementación de medidas bárbaras... sería aconsejable que para la nueva Constitución de Alemania (y para cualquier otra constitución democrática que vaya a ser aprobada en el futuro) que contenga ciertos principios y estándares sacrosantos [que]... no puedan ser alterados ni siquiera mediante enmiendas constitucionales. Estos estándares deberán comprender principios fundamentales relacionados con el respeto a la dignidad humana, la prohibición de tratos crueles y tortura, la preclusión de leyes posteriores, la igualdad jurídica y el principio democrático de que la ley por sí misma no puede discriminar válidamente por razones de raza o religión.⁵²

De esta manera, además del artículo 1o. de la Constitución de Alemania, el artículo 79 (3) del mismo ordenamiento es bastante clarificador en torno a las recomendaciones de Brecht, al prohibir expresamente cualquier tipo de enmienda constitucional que afecte la dignidad humana, el orden constitucional, el federalismo, o los principios básicos que definen a Alemania como un Estado social, democrático y federal.⁵³ El énfasis sobre el carácter inmutable de estos valores se aprecia también en la opinión de doctrinarios estadounidenses sobre su canon constitucional. Walter Murphy, por ejemplo, ha planteado que “la dignidad humana, aunque no se menciona en ninguna parte del texto constitucional, es un valor constitucional inmutable”.⁵⁴ Incluso Bruce Ackerman ha propuesto que la totalidad de la *Bill of Rights* debería ser irreformable.⁵⁵

Ciertamente, existen experiencias constitucionales que aconsejan la incorporación directa de cláusulas pétreas en las Constituciones que sucedan a regímenes autoritarios que violentaron el orden constitucional. Ése era el caso de Alemania después de la traumática experiencia del nacionalsocialismo. Pero esta ruta de alteración constitucional no siempre es la más aconsejable para buena parte de los diseños constitucionales. Sin embargo, la idea de Brecht sí es clarificadora en torno a la necesidad de jerarquizar la protección constitucional de ciertos estándares y principios que comportan una relevancia fundamental.

Por lo anterior, es preciso distinguir entre cláusulas inmutables y la introducción de procesos de reforma constitucional más onerosos respecto del mecanismo tradicional. La propuesta de este trabajo, en atención a la

⁵² Roznai, *op. cit.*, p. 17. Roznai toma la cita de Brecht, Arnold, *Federalism and Regionalism in Germany- The Division of Prussia*, Oxford University Press, 1945, p. 138.

⁵³ *Ibidem*, p. 21.

⁵⁴ Albert, *op. cit.*, p. 198.

⁵⁵ *Idem*.

evolución constitucional de nuestro país, apunta más bien en la segunda dirección: el incremento de los medios para que se apruebe una reforma constitucional en torno a ciertas materias, principios y valores que importan una entidad superior que el resto de las disposiciones contenidas en la Constitución.

Las enmiendas irreformables son mecanismos de estabilidad, y, bien diseñadas, contribuyen incluso a la flexibilidad del proceso de cambio constitucional; sin embargo, no son igualmente idóneas en todos los sistemas constitucionales. Como hemos visto, la inmutabilidad constitucional en ocasiones puede significar la estasis indefinida de los procesos de transformación constitucional. Por otro lado, dentro de la dinámica del cambio no es aconsejable pasar de golpe de un sistema comprensivo de vías múltiples —característicamente flexible— como es el caso de México, a un sistema rígido de carácter restringido o excluyente mediante la incorporación de reformas constitucionales inmutables.

Pero en el extremo opuesto del argumento, después de haber conseguido consolidar a nivel constitucional una reforma tan profunda como la de junio de 2011, sería igualmente desaconsejable no contemplar la introducción de ciertos mecanismos específicos de protección para preservar derechos, principios e instituciones determinados que comportan un valor sustancial para el orden constitucional. De ahí que a casi diez años de distancia de la reforma objeto de este estudio y el estado actual de la dinámica del cambio constitucional en México, es pertinente profundizar la discusión sobre la habilitación de ciertas reglas o medios de protección a desmembramientos constitucionales para que no corran el riesgo de ser revertidos sino por la implementación de mecanismos de reforma más onerosos que el hasta ahora previsto por el artículo 135.

Así, en una cultura constitucional que no está habituada a la existencia de cláusulas pétreas —los únicos antecedentes son el establecimiento inmutable de la religión católica como la oficial del Estado⁵⁶ y el artículo 171 en la Constitución de 1824—,⁵⁷ pero que, al mismo tiempo, está bastante familiarizada con la frecuencia de las reformas a la Constitución en virtud de

⁵⁶ El artículo 3o. de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 establecía: “[La] religión de la nación mexicana es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra”.

⁵⁷ A su vez, el artículo 171 del mismo ordenamiento consideraba: “[Jamás] se podrán reformar los artículos de esta constitución y del acta constitutiva que establecen la libertad e independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta, y división de los poderes supremos de la federación y de los Estados”.

una práctica flexible de cambio constitucional, es más eficiente incorporar una jerarquización de temas o derechos que comportan un mayor nivel de protección constitucional, y, en consecuencia, se justificaría la adición de otros requisitos de enmienda a los actualmente contemplados por el artículo 135. En uno de sus últimos estudios, Jorge Carpizo postulaba la necesidad de incorporar al referéndum como requisito para realizar una reforma constitucional:

Diversos y distinguidos tratadistas se inclinan por la figura del referendo para la realización de las reformas constitucionales. Los criterios se dividen entre aquellos que consideran que cualquier reforma o adición debe ser a través de referendo, y quienes se inclinan a que debe circunscribirse para los principios fundamentales del orden jurídico contenidos en la Constitución. [En] varias ocasiones me he referido a la necesidad de implantar en México la figura del referendo, tanto para, si llega el caso, crear una nueva Constitución como para las reformas constitucionales a nuestra actual ley fundamental. Para ello debe reformarse el artículo 135 c., que, como ya asenté, sí es posible jurídicamente. En nuestro artículo 39 c., que señala que la soberanía radica por origen y esencia en el pueblo, no puede fundamentarse la figura del referendo, porque precisamente ese pueblo, en ejercicio de su soberanía, determinó el procedimiento de reforma constitucional, lo que implica la supremacía de la norma constitucional y su rigidez. En consecuencia, procede modificar el artículo 135 c.⁵⁸

En el caso de México, el mecanismo de cambio constitucional en realidad es demasiado abierto, y no cuenta con dispositivos de preservación ni de estabilidad. En el péndulo del cambio constitucional con la estabilidad y la flexibilidad en cada extremo, nuestra experiencia transformativa está claramente cargada a este último extremo. Si a eso sumamos la concepción formalista y deferente por parte de la Corte respecto a la imposibilidad jurídica de que puedan presentarse reformas constitucionales inconstitucionales,⁵⁹

⁵⁸ Carpizo, Jorge, “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, 2011, pp. 592 y 594.

⁵⁹ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado en diversos fallos la imposibilidad de que el procedimiento previsto en el artículo 135 constitucional no es susceptible de impugnación a través de alguno de los medios de control constitucional previstos en la propia ley fundamental. La Corte ha determinado que los mecanismos del juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad no son medios óptimos para impugnar reformas realizadas por el Constituyente Permanente. Véase PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, SCJN, septiembre de 2002, t. XVI, p. 1136.

queda claro que el control legislativo sobre el mecanismo del cambio constitucional y su articulación exclusiva y uniforme a partir del artículo 135 evidencia su ineffectividad frente a los problemas que actualmente plantean los procesos políticos contemporáneos, entre otras razones, por:

- i) Crecimiento de democracias iliberales que sobreponen mayorías parlamentarias a principios constitucionales.
- ii) Crecimiento de casos de marginalidad constitucional al operar en inobservancia de la Constitución o socavando el principio de separación de poderes.
- iii) Abuso o deformación del poder reformador de la Constitución para modificarla conforme a las motivaciones de la coalición gobernante.

Desde esta perspectiva, la clave radica en hacer más oneroso el mecanismo de cambio constitucional. La idea central consiste en pasar de la actual ruta *comprehensiva con vía múltiple* a la *restringida con vía múltiple*, de la clasificación de Richard Albert. Esta mutación produciría que nuestro esquema de alteración constitucional deje de parecerse al modelo francés y se acerque más al modelo canadiense —cada uno con sus propias limitaciones—, aunque en la operación del cambio constitucional la dinámica distintiva de México sea notoriamente diferente a cualquiera de estos referentes.

Así, sería digno de consideración incorporar un esquema de *mutabilidad constitucional incremental*, que comporte una combinación de umbrales porcentuales con medios democráticos de participación directa como el referéndum. De esta forma, podrían adoptarse una serie de medidas que en conjunto permitirían transitar a la pista del cambio constitucional restringido por vía múltiple:

- 1) La jerarquización de temas específicos dentro del texto constitucional que ameriten un mayor umbral de protección en caso de que se active el mecanismo del artículo 135.
- 2) La introducción de requisitos de votación más onerosos para aprobar una reforma constitucional que comprenda algunos de los temas que ameriten mayor protección constitucional. Por ejemplo, podría mantenerse como requisito mínimo el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes del Congreso de la Unión, pero elevar la regla de mayoría de las legislaturas de los estados y de la Ciudad de México a tres cuartas partes, con la finalidad de hacer más representativo el consenso de los estados en la aprobación de la reforma.
- 3) Adicionalmente, una vez aprobada por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados y de la Ciudad de México, dependiendo

también, una nueva jerarquización de temas susceptibles de una protección superior, podría incorporarse el requisito de la celebración de un referéndum que contemple la participación de un porcentaje mínimo del cuarenta por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores —para guardar coherencia con los umbrales establecidos para la consulta popular y la revocación de mandato.

- 4) En todos los casos que ameriten la protección superior que se formula en esta propuesta, podría establecerse como precondition el examen previo de constitucionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La mutabilidad constitucional incremental permitiría al texto, mantener su flexibilidad tradicional respecto de temas de normal entidad, mientras que incorporaría una serie de procedimientos especiales para aquellos temas que merezcan mayor protección, y permitiría que éstos sean más resilientes frente a los cambios políticos inmunizándolos frente a potenciales abusos de las reglas mayoritarias. Precisamente, en torno a la pertinencia de la introducción del referendo como válvula de control para el proceso de cambio constitucional, autoridades doctrinales, como Carpizo,⁶⁰ Valadés,⁶¹

⁶⁰ Carpizo, *op. cit.*, p. 590-595. Así como se pronuncia a favor de la incorporación del referendo en el proceso de reforma constitucional, Jorge Carpizo desestima la necesidad de establecer los temas específicos que estarían cubiertos por esta institución y, en consecuencia, también desalienta la jerarquización de temas sustantivos que requieran mayor protección constitucional. Desde su perspectiva, “En una Constitución como la nuestra que no señala expresamente cuáles son todos sus principios fundamentales, algunos de éstos se prestan a discusión, interpretación y debate. Desde luego a la Constitución se le podría agregar un artículo que los precisara. Sin embargo, se corre el riesgo de alguna omisión. Por ejemplo, el principio de no reelección presidencial generalmente no es señalado como principio fundamental, omisión en la cual me incluyo, y es indudablemente, uno de los factores que ha contribuido a la estabilidad política del país y uno de los aspectos distintivos, significativos y básicos del constitucionalismo mexicano del último siglo. Sostengo que respecto al principio fundamental hay que distinguir entre la idea y la forma. Lo que no se puede suprimir es la idea, la forma sí. Tampoco este criterio mío constituye una fórmula matemática. Es útil pero se presta a discusión. Las continuas reformas constitucionales, que han aumentado las facultades de los órganos federales, a veces, en detrimento de las facultades de los órganos legislativos locales, ¿qué han sido, reformas a la idea o a la forma del sistema federal?, y las que han incrementado las facultades del presidente de la República ¿han tocado la idea o la forma de la división de poderes? Si la reforma constitucional deja de ser un ejercicio constante, y muchas veces innecesario, el referendo se utilizará cuando la realidad lo requiera, tal y como sucede en múltiples países, y para toda propuesta de reforma constitucional”.

⁶¹ Valadés, Diego, “Problemas de la reforma constitucional en el sistema mexicano”, en varios autores, *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977, pp. 206 y 207.

Corzo⁶² y Serna⁶³ han insistido en la conveniencia de incorporar este mecanismo y todos ellos ponen especial énfasis en el atributo democratizador del referendo para habilitar la participación directa del pueblo en la adopción de las decisiones fundamentales en torno a su proceso constitutivo.

VI. CONCLUSIÓN

La Constitución es un producto inacabado, siempre susceptible de perfeccionamiento, pero también de erosión e involución. La concepción del cambio constitucional como un proceso continuo de construcción y alteración de la Constitución permite catalizar aquellos elementos fundamentales que a su vez caracterizan a las transformaciones políticas contemporáneas.⁶⁴ Albert aporta una idea fundamental sobre el carácter dinámico de la Constitución:

[La] resistencia más fuerte contra la inmutabilidad está enraizada en la poderosa idea de que la ‘constitución’ es una noción de tipo verbal que refleja ‘una acción o actividad de constituir’. En este sentido, la constitución nunca estará completa y ningún acuerdo es definitivo. En otras palabras, una constitución estará siempre en (proceso de) constitución. [La] constitución [también] comporta una acción, un proceso continuo de auto-definición y redefinición; uno que invita al pueblo que será gobernado por dicha constitución a darle forma a las reglas que lo mantendrán unido y de reconfigurarlas tanto como lo requieran el tiempo, la experiencia y la propia evolución de los valores.⁶⁵

Por consiguiente, así como se reconoce la naturaleza dinámica y cambiante de la Constitución, al mismo tiempo, es preciso considerar la protección de algunos de sus principios y valores intrínsecos que revisten una relevancia superior y comportan un carácter fundacional. Así, en este proceso continuo de redefinición se enfrenta una disyuntiva:

Por un lado, aquellas Constituciones que en virtud de la frecuencia con la que se realizan las reformas, éstas han socavado la calidad de los temas

⁶² Corzo Sosa, Edgar, “Prólogo”, en Pino Muñoz, Jacinto Héctor, *Una nueva Constitución para México aprobada por el pueblo soberano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. XIX.

⁶³ Serna, *op. cit.*, pp. 509-511 y 515.

⁶⁴ Olaiz-González, Jaime, *At the Turn of the Tide: A Framework for a Policy-Oriented Inquiry into Strategies for the Transformation of the Constitutive Process of Authoritative Decision in Mexico*, Yale Law School Dissertations, núm. 6, 2015, p. 34, 38, 57 y 91. Disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylds/6>.

⁶⁵ Albert, *op. cit.*, p. 196.

susceptibles de ser atendidos por el oneroso mecanismo formal de reforma constitucional, en tanto que la propia frecuencia de las reformas evidencia la facilidad con la que pueden satisfacerse los requisitos de dicho mecanismo, y éste se vacía gradualmente de su carácter excepcional.

Por el otro, están aquellas Constituciones que por experiencias negativas previas de los mecanismos de alteración constitucional establecen una serie de salvaguardas por vía de cláusulas inmutables o requisitos supermayoritarios para activar el mecanismo de enmienda constitucional —ya sea en sus versiones comprensivas, restringidas o excluyentes—, pero que al final del día producen una estasis que igualmente erosiona la capacidad de la Constitución para adaptarse a la realidad.

Ambos extremos son nocivos para la dinámica del cambio constitucional. La degradación del mecanismo por el exceso o defecto de su empleo no es razón suficiente para abdicar de la necesidad para introducir ajustes y recalibraciones que lo hagan más eficiente. Ésa es la vocación que se ha propuesto este trabajo, con la mirada puesta en preservar el carácter dinámico de la Constitución en México, pero al mismo tiempo poner en la mesa la pertinencia de incorporar una serie de protecciones a principios, valores e instituciones constitucionales fundamentales que puedan estar en riesgo frente al abuso potencial del mecanismo formal del artículo 135 a partir de distribuciones de poder caracterizadas por amplias mayorías de las coaliciones gobernantes en turno tanto en el Congreso como en las legislaturas estatales.

La realidad dinámica de la Constitución aconseja una aproximación funcional para entender la forma en que la propia Constitución captura la realidad y garantiza su propia estabilidad a través de diversos mecanismos de cambio constitucional. La propuesta formulada en este estudio sobre la conveniencia de incorporar un mecanismo de mutabilidad constitucional incremental que se articule a partir de una jerarquización de aquellos principios y valores de la Constitución que demanden un mayor umbral de protección que el vigente se antoja conveniente frente al abuso que las mayorías políticas pueden hacer de los instrumentos de reforma vigentes. Deliberadamente, en este análisis no se ha abordado la tutela que los jueces constitucionales hacen de estos principios y valores, en tanto que ese campo merece una discusión diferenciada de los procedimientos formales para la enmienda constitucional. Sin embargo, no puede soslayarse el carácter jurisprudencial de las decisiones de los jueces constitucionales en la dinámica de la transformación de la propia Constitución, pero esa discusión amerita otras perspectivas.

LA TÉCNICA LEGISLATIVA EN LA REFORMA DEL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL

Miguel LÓPEZ RUIZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Párrafo primero*. III. *Párrafo segundo*.
IV. *Párrafo tercero*. V. *Párrafo cuarto*. VI. *Párrafo quinto*. VII. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 2011 representa un gran avance en el reconocimiento de los derechos humanos. Sin embargo, hay algunos aspectos de técnica legislativa que se pudieron haber mejorado para que las normas¹ del precepto fueran más comprensibles por parte de las personas a quienes van dirigidas aquellas. A veces, una norma defectuosamente redactada podría causar polémica y vulnerar derechos humanos.

Estamos conscientes de que es muy difícil redactar los preceptos y las normas de los textos normativos, porque se tienen que cuidar muchos detalles, propios de la técnica legislativa, como los aspectos de fondo, algunos elementos de teoría del derecho, la ordenación del cuerpo normativo, el lenguaje natural, jurídico y técnico utilizado y las cuestiones gramaticales, y no es difícil que pasen inadvertidos algunos errores. Por ello, una vez redactadas las normas, se debe hacer una revisión cuidadosa de ellas de manera multidisciplinaria.

A continuación, explicamos, párrafo por párrafo, y señalamos con negritas, los aspectos del numeral que se debieron haber corregido, para lograr una redacción ideal (tan difícil de alcanzar): aquella que permite leer de manera fluida un texto y comprenderlo inmediatamente.

* Técnico académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Entendemos por norma, una regla [o principio] que se debe seguir o a los que se deben ajustar las conductas, tareas, etcétera. *Diccionario de la lengua española*, en www.dle.rae.es.

Al final del trabajo, a manera de conclusión, presentamos el artículo completo con las correcciones que proponemos.

II. PÁRRAFO PRIMERO

Artículo 1o. 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.

Comentario: en primer lugar, en este párrafo modificado no era necesario el uso del vocablo absoluto “todas”, pues en la mayoría de los casos este resulta innecesario.² Lo mismo puede decirse de “ninguno”, “nadie”, “nunca”, etcétera. Así, al decir “...todas las personas...”, nada especial aporta a “las personas”.

Por otra parte, no es correcto destacar con mayúscula el gentilicio “Mexicano”, porque no es un nombre propio. El recargar innecesariamente con mayúsculas un texto afea las páginas y distrae la atención durante la lectura.

El siguiente aspecto es un caso de ambigüedad sintáctica, motivada por la errónea e innecesaria colocación del posesivo “su”. Al topar con esta dicción, la persona que lee debe interrumpir la lectura, mirar a la izquierda y determinar a cuál de los diferentes elementos que se mencionan antes (Estado Mexicano, tratados internacionales, derechos humanos, personas) le debe aplicar el posesivo; sin embargo, como esta unidad está muy alejada (o sea, los derechos humanos) era mejor repetir el nombre del antecedente —aunque a muchas personas no les guste la repetición de palabras, que en este caso es válida—: “para la protección de esos derechos”.

Al respecto, se deberá evaluar la inclusión del término “protección”, porque no se trata sólo de amparar o defender los derechos humanos, sino de “tutelar”, que según la doctrina³ y la jurisprudencia⁴ de hoy en día este vocablo es más amplio que “protección”, porque comprende respetar, pro-

² Leiva Fernández, Luis E., *Fundamentos de técnica legislativa*, Buenos Aires, La Ley, 1999, p. 284.

³ López Olvera, Miguel Alejandro, “La tutela de los derechos humanos de los gobernados”, en Márquez Gómez, Daniel (coord.), *Manual de derecho administrativo*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fondo de Cultura Económica, p. 244.

⁴ Entre otras tesis, véase “Violencia familiar...”, Suprema Corte de Justicia, Décima Época, núm. de Registro: 2019838 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis ais-

mover, garantizar y proteger. Recordemos que el lenguaje jurídico se crea o se modifica de acuerdo con las necesidades sociales.

Finalmente, para darle variedad a la redacción y no repetir la frase “esta Constitución” en la última parte del párrafo, era mejor decir “la Constitución”.

Independientemente de los vicios de ortografía, lenguaje y sintaxis que contiene el párrafo, observamos que este no consta solo de una norma. Un criterio básico de la técnica legislativa consiste en registrar una norma por cada artículo, por cada párrafo, por cada fracción, por cada inciso, para un mejor orden y una mayor claridad de las reglas,⁵ y así se debió haber hecho.

III. PÁRRAFO SEGUNDO

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.

Comentario: en este párrafo adicionado también se establecen dos normas: la interpretación conforme y el principio pro persona, que exigían desarrollos independientes.

Aquí observamos otros errores; en primer lugar, es inexacto e innecesario el uso del gerundio “favoreciendo”; es un caso del llamado gerundio posterior, o gerundio de posterioridad, ya que no es posible realizar simultáneamente lo que indican el verbo principal y el gerundio; o sea, “interpretarán... favoreciendo...”; además, no es correcto el gerundio del verbo “favorecer” “... la protección más amplia”; en todo caso, lo adecuado hubiera sido “brindar... la protección más amplia”, en otro párrafo reformulado, como ejemplificamos al final del texto.

Por último, es innecesaria la frase “en todo tiempo”, pues aunque no se haga esta precisión se entiende que es en todo tiempo.

IV. PÁRRAFO TERCERO

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad

lada. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 66, mayo de 2019, tomo III Materia(s): Penal, Civil, Tesis: XXI.3o.C.T.4 C (10a.), p. 2831.

⁵ López Ruiz, Miguel, *Redacción de textos normativos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2015, p. 43.

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*.

Comentario: con relación al vocablo “Todas”, con que inicia el párrafo adicionado, reiteramos lo dicho antes sobre él;⁶ en seguida, de acuerdo con la teoría de la eficacia horizontal de los derechos humanos, además de las autoridades se debieron agregar los particulares como sujetos obligados, y, en consecuencia, adicionar las obligaciones a las competencias; posteriormente, en atención a una de las cualidades básicas de la redacción, que es la concisión, en este fragmento se pudo haber evitado la perífrasis (rodeo de palabras) de la primera oración (“tienen la obligación de”), e incluido un término más breve, como el functor deóntico “deben”, propio del derecho, que indica obligatoriedad, además, conjugado en futuro de indicativo (“deberán”), porque es carácter de las normas jurídicas disponer para el futuro.⁷

Más adelante, se repite “de conformidad”, como en el párrafo anterior; hubiera sido mejor la expresión “de acuerdo con”.

Después, se observa un uso incorrecto e innecesario del conector lógico o marcador textual “En consecuencia”, propio del lenguaje judicial, pues lo que se explica a continuación de él no es en propiedad una consecuencia de lo anterior. En las leyes no se dan argumentos ni recomendaciones ni auspicios ni buenos deseos...; únicamente se prohíbe, se obliga o se permite. Era preferible suprimir el conector y trasladar el texto a un nuevo párrafo, porque lo dispuesto es en realidad otra norma.

En seguida, es inexacto ordenar al “Estado” el prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, porque según la teoría del derecho aquel es una abstracción, un cuerpo compuesto de varios elementos; así que obligarlo a realizar esas funciones deja incierto a cuáles de sus órganos le corresponde esa tarea. Lo técnicamente correcto era exigir al órgano Legislativo que expidiera las leyes encaminadas a llevar a cabo esas tareas.

Por último, encontramos un vicio de ambigüedad pragmática, ya que el remitir a “la ley” al final del párrafo deja incierto a qué ley se refiere, pues podría ser una ley específica, pero no mencionada, o una próxima ley, o sea, una norma general dictada por una autoridad competente a través

⁶ López Ruiz, *op. cit.*, nota 4.

⁷ Camposeco Cadena, Miguel Ángel, *Cuestiones de técnica legislativa*, 2a. ed., cd-room, México, Academia Mexicana de Derecho Parlamentario, 2001.

de un procedimiento específico, o la generalidad de las leyes; es un caso de la denominada “reserva de ley”; es decir, cuando la norma constitucional asigna al Poder Legislativo la regulación de una determinada materia exclusivamente a través de una ley. Una opción para esclarecer la ambigüedad consiste en explicar esa circunstancia, como se muestra al final del trabajo.

V. PÁRRAFO CUARTO

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.*

Comentario: en este párrafo sin modificación se debió aprovechar la ocasión para corregir algunos detalles; por ejemplo, era innecesario aludir nuevamente a los “Estados Unidos Mexicanos”, porque ya se había mencionado al principio del artículo, cuyo sujeto se aplica a los demás apartados.

Asimismo, se debió evitar el masculino genérico “los esclavos”, censurado por el movimiento feminista, y conservar la igualdad de género o lenguaje incluyente “las personas”, como se hizo en el primer bloque de escritura con el término “individuo” del texto reformado. En seguida, es irrelevante la frase “por este solo hecho”.

Por último, no era obligatorio mencionar la protección de las leyes, porque la prohibición comprende esa protección.

VI. PÁRRAFO QUINTO

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.*

Comentario: para una comprensión inmediata de la norma reformada se debió haber citado al principio el sujeto de la discriminación, que en este caso es la persona.

Además, la enumeración de las causas de discriminación es incorrecta, porque inicia la serie sin artículo gramatical y en singular el primer elemento (“origen étnico o nacional”) y continúa con artículo los demás elementos, algunos en plural (“las discapacidades”), y otros en singular (“la condición

social”); en este caso se debió uniformar la serie (se podría poner en singular cada elemento y conservar o suprimir el artículo gramatical en todos los elementos enumerados). Recordemos que en las leyes, lo singular comprende lo plural.

También, se pudo haber simplificado la serie para englobar en una frase “la condición social” con “las condiciones de salud”, mediante el uso de la concordancia y la conjunción disyuntiva *o*, que indica alternativa: “la condición social o de salud”. Asimismo, se debió agregar coma después de “estado civil” para evitar la idea de alternativa de este penúltimo elemento, y no de la serie general.

Finalmente, en atención a la racionalidad lingüística que exige la técnica legislativa, no parece adecuado el uso del término “menoscar”; es difícil que en los tiempos actuales la mayoría de la gente conozca el significado de esa palabra. Antes de escribir la norma se debió valorar la popularidad del vocablo, del cual existen sinónimos más comprensibles, como “reducir”, “disminuir”, “restringir”, “afectar”, etcétera.

VII. CONCLUSIÓN

Sin afirmar que el texto de la reforma es incomprensible, sí se pudo haber mejorado este en muchos aspectos técnicos, gramaticales y de lenguaje.

Quienes redactaron el precepto (cuerpo técnico-jurídico llamado Poder Reformador) debieron esforzarse por mejorar la escritura del numeral, pues es el primer artículo de la Constitución.

Por lo anterior, creemos que la redacción del artículo pudo haber sido más clara, precisa y concisa de haber seguido esta redacción el Poder Reformador:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Las personas dispondrán de las garantías para la protección de los derechos humanos, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia.

En la interpretación de las normas de derechos humanos se deberán elegir de estas últimas las más favorables a las personas.

En los términos que establezcan las leyes que al efecto expidan el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados, las autoridades y los particu-

lares, en el ámbito de sus respectivas competencias y obligaciones, deberán promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

El Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir las leyes para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

Está prohibida la esclavitud en el país. Esta prohibición también ampara a las personas que ingresen al territorio nacional con esa condición.

Queda prohibida toda discriminación motivada tanto por el origen étnico o nacional de las personas como por el género, la edad, la discapacidad, la condición médica o social, la religión, la opinión, la preferencia sexual, el estado civil, o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o restringir los derechos y libertades del ser humano.

El artículo 1o. constitucional. Una teoría de los derechos humanos, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 13 de abril de 2021. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.

A diez años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos se ha elaborado este libro, que parte de la tesis de que el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene todos los elementos para desarrollar una teoría constitucional de los derechos humanos que nos ayuda a comprender la nueva época en la que ha ingresado el derecho mexicano. Así, los enunciados del primer párrafo pueden servir para precisar la titularidad, las fuentes y los límites a los derechos; los del segundo párrafo, para determinar pautas hermenéuticas como la interpretación conforme y el principio pro persona, y los del tercer párrafo para dilucidar al sujeto obligado, los principios sustantivos y las obligaciones generales tanto para su realización como para su aseguramiento.