

## II. LA CIRCUNSTANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La efectiva vigencia de los derechos humanos tiene que ver, sobre todo, con “la tierra en la que se siembran”.<sup>1</sup> También ellos son la suma de lo que entrañan y de la circunstancia en la que aparecen y prosperan. La naturaleza de ésta —que es fundamento, escudo y contexto— puede extraerse de los dos términos con que caracterizamos el dinámico concepto de los derechos humanos, y son su fuerte razón y sustento. Por una parte, la dignidad humana; por la otra, el derecho y los derechos. Así, el reconocimiento de la dignidad del ser humano, que se halla en la raíz de los derechos humanos —y en tal virtud concilia las corrientes iusnaturalistas y positivistas—, induce al culto de ésta —que es la idea motriz— y al cultivo de sus implicaciones —que es la práctica, a partir de aquélla—, un cultivo que discurre en el cauce propuesto por Ulpiano: *constans et perpetua voluntas*. *Voluntas* política y social: aquélla, como voluntad del Estado; ésta, como determinación de la sociedad.

Por otra parte, la vitalidad y efectividad de los derechos humanos requieren —en lo que toca a la segunda referencia del concepto— el culto al derecho —que es, en este orden, la idea— y después, con este cimiento, el cultivo. Un cultivo en el que vuelve a volcarse la voluntad del Estado y de la sociedad, asociada a la enérgica determinación del individuo.<sup>2</sup> Aquí viene al caso la lucha por el derecho, para citar el título de la famosa obra de Rodolfo von Ihering: por el derecho de todos, el orden jurídico objetivo, que se encarna en el Estado de derecho, y por el derecho de cada

1 Es aplicable la reflexión de Piero Calamandrei: “el verdadero secreto para la salvación de los regímenes democráticos radica en la circunstancia de que para hacer vivir una democracia no es suficiente la razón codificada por los preceptos de una Constitución Democrática, sino que se requiere que detrás de la ley fundamental se encuentre la laboriosa presencia de las costumbres democráticas con las que se pretenda y se sepa traducirla, día a día, en una concreta, razonada y razonable realidad”. *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, EJE, 1960, p. 56.

2 Cfr. García Ramírez, *Los derechos humanos y el derecho penal*, 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 175-176.

uno, el derecho subjetivo, sin el cual aquél permanecería inerte y vacío, como continente exento de contenido.<sup>3</sup>

Estos conceptos pueden asociarse a la estupenda convicción y disposición que contiene el artículo 1o. de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana: “la dignidad de la persona humana es sagrada. Todos los agentes del poder público tienen la obligación absoluta de respetarla y de protegerla. El pueblo alemán reconoce, pues, la existencia de derechos humanos inviolables e inalienables, como base de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”. Nos hallamos, pues, como se ha escrito, ante un Estado constitucional en cuya “premisa antropológico-cultural” figuran los derechos fundamentales. La Constitución se eleva sobre una concepción antropocéntrica, que se manifiesta tanto en las leyes supremas tradicionales como en las de cuño más reciente: en éstas, la función de los textos se encuentra plenamente al servicio del ser humano, de su dignidad, libertad e igualdad.<sup>4</sup>

Podría afirmarse que el propósito perseguido en este campo es la efectiva vigencia del principio de legalidad, la *rule of law*, el Estado de derecho: que el poder se subordine a la ley; el gobernante, a la norma para cumplir el ideal platónico y aristotélico.<sup>5</sup> Ahora bien, al hablar de legalidad no solamente nos remitimos a la existencia de un ordenamiento que formalmente reúna las características de una ley, sino entendemos que ese

3 Cfr. Ihering, Rudolf von, *La lucha por el derecho*, trad. de Luis M. de Cádiz, 2a. ed., Buenos Aires, Atlántida, 1954, pp. 87-89.

4 Cfr. Häberle, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 3 y 115. Bidart Campos subraya que “de la dignidad humana se desprenden todos los derechos, en cuanto son necesarios para que el hombre desarrolle su personalidad integralmente. El derecho a ser hombre es el derecho que engloba a todos los demás en el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad propia de la persona humana”. *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, p. 88.

5 Está próximo a su ruina “todo Estado en que la ley carece de fuerza y está sometida a los que gobiernan; y por el contrario, dondequiera que la ley es la única soberana y donde los magistrados son sus primeros súbditos, veo afianzada la salud pública con el cortejo de todos los bienes que los dioses han derramado siempre sobre los Estados”. Platón, *Las leyes*, 3a. ed., México, Porrúa, 1979, p. 82. “Es necesario que las leyes rectamente establecidas sean soberanas, mientras que las gobernantes, trátese de uno o de más, deben serlo sólo en materias en que es imposible a las leyes expresarse con exactitud”; es preferible “que gobierne la ley antes que uno solo de los ciudadanos; y aún en el caso de que fuera mejor el gobierno de algunos, habría que constituir a éstos en guardianes de la ley y subordinados a ella”. El gobierno de un hombre tiene “un elemento de impulso animal... la concupiscencia, y el mismo apetito generoso extravía a los gobernantes y a los mejores entre los hombres. La ley es... la razón sin apetito”. Aristóteles, *Política*, trad. de Antonio Gómez Robledo, 9a. ed., México, Porrúa, 1981, pp. 209 y 217. Cfr., igualmente, Bobbio, “¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?”, *El futuro de la democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, 9a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 167 y ss.

ordenamiento debe merecer igualmente, desde una perspectiva sustancial —que no naufrague en las apariencias, engañosas a menudo—, la calificación de ley conforme a los patrones —o estándares, suele decirse— de una sociedad democrática. La Corte Interamericana de Derechos Humanos —a la que en lo sucesivo identificaré también como la Corte o CIDH— se ha ocupado en este asunto.<sup>6</sup>

En la historia reciente de los derechos humanos —cuya historia total es, en cierto modo, relativamente breve: sólo a partir de la insurgencia norteamericana y de la Revolución francesa—, han aparecido nubes adversas, que militan contra ellos bajo diversas banderas, dotadas de poder persuasivo y capacidad de convocatoria. Algunos de estos escollos, en cuyas raíces hay una rara combinación de ignorancia y autoritarismo, se formulan como dilemas exigentes: el ser humano o la sociedad, el ser humano o el Estado, los derechos humanos o la seguridad pública, la soberanía o las jurisdicciones internacionales.<sup>7</sup> Se querría que cada término eliminara al otro, y de esta manera pretende animarse a la opinión pública en una cruzada contra los derechos humanos. Evidentemente, se ignora

6 Sostuvo la Corte en su jurisprudencia consultiva, y lo ha reiterado en la contenciosa, que “no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos], como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general”. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según la cual “los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Se dice en seguida: “la expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana”. Prosigue: “asimismo, la Convención no se limita a exigir la existencia de una ley para que sean jurídicamente lícitas las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades, sino que requiere que las leyes se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. CIDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986 Serie A, núm. 6, párrs. 26-28.

7 Ciertas “obsesiones” acerca de la seguridad nacional, el progreso, la incapacidad material de algunos Estados, entre otros argumentos, han opuesto obstáculos a la protección eficaz de los derechos humanos y a la sanción de las violaciones cometidas en este ámbito. Cfr. Sepúlveda, César, *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, 1a. reimp., México, UNAM, Facultad de Derecho-Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 194.

o se quiere olvidar que sociedad y Estado toman su sentido del ser humano, al que sirven, no del que se sirven; que la seguridad pública es producto del respeto a los derechos humanos y que ella misma es un derecho que reclaman los individuos; que la decisión soberana de las naciones, operando de forma convencida y progresiva, ha instituido las jurisdicciones internacionales a las que los Estados se someten.<sup>8</sup>

En el ancho campo de la tutela internacional de los derechos humanos abundan, por otro lado, las paradojas. Del mismo modo que la primera conflagración mundial no sería, en lo absoluto, la guerra que pusiera término a todas las guerras —como entonces se proclamó—, las declaraciones y los tratados no han bastado para asegurar en definitiva el respeto a los derechos humanos de manera completa y general. Sucede, además, que ahí donde la tutela internacional “es posible, no es siempre necesaria, y donde sería necesaria, no siempre es posible”.<sup>9</sup> Además, no es infrecuente observar actitudes contradictorias de algunos gobiernos: “entre más autoritario es un gobierno con respecto a la libertad de sus propios ciudadanos, es más libertario... en su confrontación con la autoridad internacional”.<sup>10</sup>

Pecaríamos de optimismo, o peor todavía, de ingenuidad, si creyésemos que el terreno ganado a la selva se ha conquistado en definitiva, y que no acechan tentaciones reivindicadoras del autoritarismo. Éstas querrían desvanecer los derechos del individuo, acotar o suprimir las libertades, extremar los poderes públicos. Ya mencioné algunos de los falsos dilemas que alimentan esas tentaciones. Y los tentados caen; a menudo, de buena fe. No se ha dicho en balde que en la entraña del Estado de derecho aguarda, acecha, el Estado policiaco: espera la oportunidad propicia para dar el golpe que le devuelva territorios perdidos. En efecto, “el Estado de razón no acabó con el Estado de terror”; simplemente, “lo encapsuló, de modo tal que el Estado de policía habita en su interior y pulsa por emerger y dominar en cuanto la coraza racional cede”.<sup>11</sup>

8 Al referirse a las aportaciones de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, junio de 1993), Cançado Trindade hace ver cómo aquella “afirmó de modo inequívoco la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional por la promoción y protección de los derechos humanos por todos y en todas partes”. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Jurídica de Chile, 2001, p. 88.

9 Bobbio, N., *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi Tascabili, 1997, p. 38.

10 *Ibidem*, p. 34.

11 La expresión es una paráfrasis de Merkl, que formula Eugenio Raúl Zaffaroni, “La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central: la independencia del juez”, en

Últimamente han padecido los derechos humanos sucesivas incursiones: el motivo —pero no la razón— ha sido la lucha contra la criminalidad que avanza, se multiplica, se perfecciona. Parecería conveniente atajarla mediante la reducción de los derechos de la persona, la disminución de las libertades, la contracción de la democracia. Se habla de garantías “especiales”,<sup>12</sup> construidas a costa de las garantías generales —que son el punto al que ha llegado, tras un viaje penoso— el sistema liberal y democrático, humanista y garantista que tiene su mejor expresión en los derechos humanos. O de plano se sugiere el abandono del “pudor” democrático. Ha pasado en muchos países, donde se mella el enjuiciamiento penal, y ha ocurrido en México, hasta cierto punto. Aquí se han encadenado los extravíos y las tentativas; siempre, so pretexto de combatir el crimen.<sup>13</sup> Empero, el obstáculo para la seguridad no radica en la Constitución y sus previsiones democráticas, ni son los derechos y las garantías el valladar que se opone al éxito en las investigaciones y los procesos. Habrá que buscar los factores de la decepción en otros espacios, no en las leyes, no en las libertades civiles.

Por otra parte, tampoco podemos ignorar el poder corrosivo que pueden ejercer sobre los derechos humanos ciertos datos de la vida política y jurídica contemporánea, que traen consigo, como se ha advertido, una doble crisis: del derecho, por una parte; de la razón jurídica, por la otra. A la primera se ha llamado “crisis de la legalidad, es decir, del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos”; la segunda se ha identificado como “pérdida de la confianza en esa *artificial reason* que es la razón jurídica moderna, que erigió el singular y extraordinario paradigma teórico que es el Estado de Derecho”.<sup>14</sup>

VV.AA., *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, San José, Costa Rica, Unión Europea-Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), 1996, p. 15.

12 Cfr. Andrade, Eduardo, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, México, UNAM, Consejo de la Judicatura Federal, Poder Judicial Federal-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Senado de la República, LVI Legislatura, 1997, pp. 33-34.

13 Cfr. la crítica que formulo en *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, *passim*, y en los artículos “La nueva regulación jurídica sobre delincuencia organizada”, en García Ramírez, Sergio, *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 869 y ss.; “Una reforma constitucional inquietante (la iniciativa del 9 de diciembre de 1997)”, *ibidem*, pp. 895 y ss., y “La reforma procesal penal en la Constitución: ¿derecho democrático o derecho autoritario?”, *ibidem*, pp. 937 y ss.

14 Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2001, pp. 15-20.

En el plano internacional, también aparecen motivos de preocupación muy intensa. La lucha contra gravísimas formas de criminalidad, que no merecen tregua ni benevolencia —el terrorismo es un ejemplo de ello—, ha conducido a la adopción de medidas excepcionales,<sup>15</sup> y pudiera reducir el catálogo de las libertades y resucitar ese Estado de policía que aguarda, encubierto, su ocasión dorada. Los hechos del 11 de septiembre de 2001, absolutamente injustificados —y por ellos punibles: severamente punibles—, trajeron consigo reacciones inquietantes. Un nuevo orden procesal<sup>16</sup> se erigió en el lugar que ocupaba el viejo dogma del “debido proceso”. Hubo voces —por supuesto, no sólo en el medio profesional y académico— a favor<sup>17</sup> y en contra,<sup>18</sup> dentro y fuera de Estados Unidos.

Hay quienes suponen que con esto se ha subvertido el sistema de libertades, o pudiera declinar en breve, y hay quienes, más optimistas, consideran que existen las defensas institucionales, democráticas, históricas que sabrán proteger el espacio ganado por los derechos humanos y, a fi-

15 No entraré ahora al examen de las suspensiones de derechos y garantías calificadas como “generales” —que forman parte del arsenal de las defensas del Estado de derecho— y las calificadas como “individuales o particulares”, que se dirigen contra los responsables —o probables responsables— de ciertas conductas muy graves; específicamente, el terrorismo. Sobre esto último, *cfr.* Remotti Carbonell, José Carlos, *Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*, Madrid, COLEX, 1999, pp. 113-114 y 181. Tuvo precedente interno en el Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto de 1975, en el que la suspensión de derechos no tenía carácter general y territorial, sino individual, relacionada con investigaciones en materia de terrorismo. *Ibidem*, p. 87. En el continente americano, hay ejemplos de normas antiterroristas que incluyen modalidades restrictivas del debido proceso legal. Este asunto fue considerado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos pronunciamientos. *Cfr.*, por ejemplo, *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52, párrs. 127 y ss.

16 En este sentido, *cfr.* la *Detention, Treatment and Trial of Certain Non-citizens in the War against Terrorism. Military Order*, del 13 de diciembre de 2001, emitida por el presidente George W. Bush “by the authority vested in me as President and as Commander in Chief of the Armed Forces of the United States by the Constitution and the laws of the United States of America, including the Authorization for Use of Military Force Joint Resolution (Public Law 107-40, 115 Stat. 224) and sections 821 and 836 of title 10, United States Code”.

17 Como muestra de los argumentos a favor expresados inmediatamente, *cfr.*, por ejemplo, Krauthammer, Charles, “In Defense of Secret Tribunals”, *Time*, 26 de noviembre de 2001.

18 Como muestra, asimismo, de los argumentos en contra expuestos inmediatamente, *cfr.*, por ejemplo, Human Rights Watch, en carta del 15 de noviembre de 2001 dirigida al presidente Bush por Kenneth Roth, director ejecutivo de esa organización. En sentido semejante, Fuentes, Carlos, “Libertades públicas y seguridad nacional”, *Reforma*, México, 3 de diciembre de 2001. Igualmente, García Ramírez, Sergio, “Al borde del abismo”, *Excélsior*, México, 6 de diciembre de 2001.

nal de cuentas, por su escudo característico: el Estado de derecho.<sup>19</sup> Nadie podría asegurar, sin embargo, el destino de esta dialéctica: la síntesis se halla pendiente, disputada por las corrientes que ahora libran, a su manera, la antigua batalla de la civilización y la democracia. Nuevas circunstancias traen, pues, nuevos peligros y nuevas oportunidades.

19 Si bien se utiliza la oportunidad para “apretar la agenda” autoritaria —sostiene Chomsky, un crítico severo de los vientos dominantes— hay razones para tener confianza. “No creo que esta situación conduzca a largo plazo a la restricción de derechos internos en ningún aspecto grave. Creo que las trabas institucionales y culturales están demasiado firmemente arraigadas”. Chomsky, N., *11-09-2001*, trad. de Carmen Aguilar, Barcelona, RBA Libros, 2001, p. 34.