Constitución y Derechos

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Juan Antonio **Cruz Parcero**

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

1917 2017
CENTENARIO
DE LA CONSTITUCIÓN
Política de los Estados Unidos Mexicanos
QUERÉTARO

Colección

Constitución y Derechos





Francisco Domínguez Servién
Gobernador Constitucional

Juan Martín Granados Torres
Secretario de Gobierno

Juan Manuel Alcocer Gamba
Secretario de Planeación y Finanzas

José de la Garza Pedraza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

Juan Antonio Cruz Parcero

1917 2017
CENTENARIO
DE LA CONSTITUCIÓN
Política de los Estados Unidos Mexicanos
QUERÉTARO

Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro
México, 2017

Primera edición: junio de 2017

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

© Juan Antonio Cruz Parcero

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-35-6

Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Coordinación editorial

Rogelio **Flores Pantoja**
Coordinación

Carolina **Hernández Parra**
Alfredo **Pérez Guarneros**
Luis **Escobedo Leal**
Edición

Felipe **Luna**
Formación

Antonio **Rangel**
Diseño de portada

Contenido

Introducción 13

Capítulo 1. Los derechos subjetivos. Una breve explicación histórico-conceptual 21
1.1. Introducción 21
1.2. Historia del concepto 22
1.3. La teoría positivista de Hans Kelsen 26
1.4. Los derechos como posiciones jurídicas 29
1.5. Derechos morales y derechos jurídicos 32
1.6. La protección de los derechos 36
1.7. Corolario 38

Capítulo 2. Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos 39
2.1. La reforma en materia de derechos humanos en México 39
2.2. Sobre las teorías de los derechos humanos 46
2.3. Algunas características que deben tener las teorías de los derechos constitucionales y humanos adecuadas para el caso de México 53
2.3.1. Derechos humanos y derechos constitucionales 53
2.3.2. La teoría tendría que ser consistente con las prácticas internacionales 55

2.3.3. Titulares de derechos humanos 57
2.3.4. Tipos de exigibilidad 61
2.3.5. Restricciones constitucionales 62
2.3.6. Control de constitucionalidad y de convencionalidad 64
2.4. A modo de conclusión 64

Capítulo 3. El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Hacia un método de trabajo. 67
3.1. La reforma en materia de derechos humanos 67
3.2. El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Hacia un método de trabajo 74
3.3. Propuesta de método 78
3.3.1. La identificación de los derechos en juego 79
3.3.2. La interpretación conforme en sentido amplio . 80
3.3.3. La interpretación conforme en sentido estricto. 84
3.3.4. La inaplicación de las normas 88
3.3.5. Corolario 90
3.4. Los criterios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad 91
3.4.1. La universalidad 91
3.4.2. Interdependencia e indivisibilidad. 93
3.4.3. Progresividad. 95

Capítulo 4. Interés legítimo y derechos humanos 97
4.1. Introducción 97
4.2. La doctrina tradicional en torno a los conceptos de interés jurídico e interés legítimo 98
4.2.1. Ihering y Kelsen, un vals desacompasado. 98
4.2.2. La doctrina administrativa. 99
4.3. La reforma constitucional y la introducción del concepto de interés legítimo 101
4.4. Hacia una interpretación del interés legítimo coherente con los derechos humanos. 105

4.4.1. El interés legítimo y la reforma en materia de derechos humanos 107
4.4.2. Una interpretación del interés jurídico desde los derechos humanos 110
4.4.3. Buscando un interés legítimo 113
4.4.4. Los intereses legítimos y los principios 116
4.5. Conclusión 118

Capítulo 5. Derechos humanos de las empresas: una noción espuria 119
5.1. Introducción 119
5.2. Las resoluciones sobre la titularidad de las empresas en México 125
5.3. Consideraciones sobre los argumentos de la SCJN . . 132
5.4. Derechos humanos y derechos constitucionales: la necesidad de distinguirlos 135
5.5. Opinión consultiva OC-22/16 de la Corte IDH 143

Capítulo 6. Los derechos colectivos indígenas en México: hacia su comprensión como derechos humanos 147
6.1. Introducción 147
6.2. El nacionalismo revolucionario y la cuestión indígena 149
6.3. El neoliberalismo y el surgimiento de los derechos indígenas 156
6.3.1. La concepción contemporánea de los derechos humanos 160
6.3.2. El Convenio 169 de la OIT como pieza fundamental del cambio retórico 164
6.3.3. La reforma constitucional de 2001: una carta de derechos indígenas 165
6.4. La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos 168
6.4.1. ¿Son derechos humanos los derechos colectivos indígenas? 171
6.4.2. Consecuencias 177

Capítulo 7. Los derechos reproductivos como derechos humanos. 181
7.1. El concepto de derechos humanos y la mujer 181
7.2. La repercusión del nuevo concepto. 187
7.3. Los derechos reproductivos y la laicidad 189

Capítulo 8. Los derechos sociales y sus garantías: un esquema para repensar la justiciabilidad 195
8.1. Introducción 195
8.2. Los modelos de Estado de bienestar 198
8.3. Los niveles de garantía de los derechos. 204
8.4. El arreglo social básico. 206
8.5. Las políticas sociales y las instituciones públicas . . . 212
8.6. Las garantías legales y la *justiciabilidad* 218
8.6.1. La justiciabilidad constitucional. 220
8.6.2. La justiciabilidad de políticas públicas. 223
8.7. Consideraciones finales. 225

Bibliografía 227

Introducción

Esta colección de ensayos tiene el propósito de reunir algunos trabajos que en los últimos años he escrito en torno a la reforma constitucional en materia de derechos humanos y otros temas estrechamente relacionados con derechos humanos. Parto de una concepción amplia de los derechos humanos que incluye a los derechos económicos, sociales y culturales y a toda una serie de derechos que se han venido reconociendo desde las últimas décadas del siglo XX y hasta nuestros días, como los derechos de la mujer y los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Está de más subrayar la importancia de la reforma constitucional de 2011, lo importante es reflexionar en torno a las implicaciones de la misma. Mis ensayos se ocupan principalmente de un cierto tipo de implicaciones, las de tipo teórico-conceptual, de orden metodológico o interpretativo y las de tipo histórico. Pienso que estas implicaciones tiene también mucho que ver con la protección y eficacia que pudiera llegar a tener esta reforma en materia de derechos humanos.

Básicamente, mi tesis —que seguramente es compartida con algunos colegas— consiste en sostener que la reforma en materia de derechos humanos nos obliga a repensar y reconceptualizar nuestra idea de los derechos constitucionales y su protección. Al incorporarse la noción de derechos humanos, se hizo algo más que un cambio de terminología, por decirlo de otro modo, no se trató simplemente de ponernos a la moda usando una noción con carga emotiva positiva. Se trató de algo más, de un cambio conceptual que incorpora un nuevo sistema de valores y derechos a nuestro sistema jurídico. Los cambios ya se hicieron sentir en el

sistema judicial. Los ejemplos más importantes quizá sean, por un lado, haber reconocido explícitamente la obligatoriedad del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad y, por otro, reconocer que los derechos humanos tienen la misma jerarquía, sin importar si su fuente es la Constitución o un tratado internacional. Estos cambios, a su vez, implican una integración en un sistema regional de protección de los derechos humanos, que si bien no es algo que surge de la reforma de 2011, vino a consolidar dicha integración y a obligar a la administración de justicia del país, es decir, al poder judicial, a verse a sí mismo bajo obligaciones que provienen de la jurisprudencia y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En los trabajos que aquí presento, sostengo que las implicaciones de la reforma en materia de derechos humanos tienen que ir más lejos, lo que implica hacer una revisión doctrinal profunda. Entre las implicaciones a que me refiero están las de orden conceptual, que nos obligan a analizar los conceptos de "derechos humanos", "derechos constitucionales", "interés legítimo", entre otros, y atender a los cambios producidos al haberse abandonado otros conceptos. La tesis que defiendo sostiene que la centralidad que tiene el concepto de "derechos humanos" nos debe llevar a un cambio en nuestra doctrina constitucional; los constitucionalistas tienen ahora la obligación de adecuar sus teorías dogmáticas a este cambio conceptual. Mi trabajo no es el de un constitucionalista, es el de un filósofo o teórico del derecho que trata de advertir sobre algunos de los retos que ahora tienen enfrente los constitucionalistas. Intento orientar sobre cómo entender estos desafíos y ensayar, recorriendo algunos caminos donde pienso que puedo aportar algo. Mi experiencia en temas de derechos humanos me permiten visualizar algunos temas y problemas.

He intentado dos cosas, no fáciles de conciliar, con este libro: que cada texto se pueda leer de manera autónoma, con mínimas remisiones entre ellos y, a su vez, darle un orden a los trabajos de modo que algunas ideas y argumentos precedan a otros. Como dije, se trata de una serie de ensayos que en algunos casos estaban ya publicados. Sin embargo, he tenido que someterlos a una revisión integral, a fin de evitar repeticiones innecesarias y lograr una coherencia entre mis argumentos, espero que esta revisión —que en algunos casos implicó reescribir casi por completo algunos traba-

jos o parte de ellos— nos haya arrojado un nuevo trabajo. El libro se compone, pues, de ocho capítulos que paso a reseñar brevemente.

En el capítulo primero me ocupo del concepto de derechos subjetivos, se trata de un tema que he abordado ampliamente en otros libros;[1] aquí presento de modo muy resumido una revisión histórico-conceptual que nos permita comprender los cambios que el concepto de "tener un derecho" ha experimentado. Pretendo también mostrar que el aparato conceptual que tenemos hoy día para explicar lo que es tener un derecho es mucho más complejo, y que gracias a esta complejidad teórica podemos ahora dar cuenta de la riqueza del lenguaje de los derechos humanos. Mi tesis, explicada de manera más amplia en los libros que he referido, consiste en sostener que la noción de derechos —derecho subjetivo— no es exclusivamente jurídica. Históricamente hablando no lo fue sino hasta que la ciencia jurídica positivista de los siglos XIX y XX se apropió del concepto y lo quiso entender así. Sin embargo, hoy día hemos vuelto a tener una comprensión tanto moral como política de los derechos. Conceptos como los de "derechos humanos" y "derechos fundamentales" tienen una connotación tanto jurídica, como una moral y política.

En el capítulo segundo trazo un mapa de los problemas e implicaciones conceptuales de la reforma en materia de derechos humanos de 2011. En él sostengo que la doctrina constitucional en México —aunque algo similar, valdría para otros países que han hecho cambios legislativos semejantes— tiene ante sí el reto de hacer una revisión doctrinal muy profunda. Esta revisión pasa por dos operaciones muy importantes:

a) la adopción de un marco teórico adecuado sobre los derechos humanos, que sea compatible con las prácticas a nivel internacional, y
b) la adopción de la distinción entre *derechos humanos* y *derechos constitucionales*.

Esta distinción nos permite dar cuenta de derechos humanos que son también derechos constitucionales (como algunas de las

[1] Cruz Parcero, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, 2ª ed., México, Fontamara, 1999; y *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

libertades civiles; algunos de los derechos políticos; algunos derechos sociales como educación, salud, vivienda, agua, alimentación; algunos derechos de minorías como los derechos de los pueblos y los derechos de las mujeres, entre otros muchos) y de derechos constitucionales que no son derechos humanos. Varios tribunales federales y la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación han confundido ambas categorías, generando decisiones lamentables, pero sobre todo abriendo la vía para una confusión conceptual que puede llegar a tener consecuencias aún más lamentables. La distinción entre derechos humanos y derechos constitucionales forma parte de los argumentos que desarrollaré a lo largo de este libro, se trata pues de una tesis central de este libro.

En el tercer capítulo me ocupo de las obligaciones interpretativas que surgen de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Particularmente intento enfocarme, desde un punto de vista metodológico, en lo que puede consistir la obligación de los juzgadores de realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad a partir de las pautas fijadas por la Suprema Corte en el expediente Varios 912/2010 relacionado con el caso *Radilla Pacheco*. Parto de una propuesta metodológica elaborada por Luis Miguel Cano, que entiende el control de convencionalidad en cinco pasos. Mi crítica tiene el propósito de avanzar y mejorar la propuesta de Cano, advirtiendo que no es posible partir, como él propone, de una contraposición entre derecho interno y externo, a fin de seleccionar el sistema que mejor proteja a la persona.

Considero que a partir de que se ha reconocido un bloque de constitucionalidad al que se integran todos los derechos humanos —con independencia de su fuente—, la tarea relacionada con la interpretación conforme y con la aplicación del principio pro persona implica proponer interpretaciones del material normativo que resulten armónicas y que impliquen ofrecer una interpretación adecuada de la justificación de los derechos humanos, con base en los valores asociados al individuo —autonomía, dignidad—. En este trabajo intento ofrecer entonces una caracterización —abstracta— de los pasos en que consiste hacer una interpretación conforme, no para que se utilice de manera mecánica, pues no se trata de una fórmula, sino para orientar el sentido de una actividad netamente interpretativa.

En el cuarto capítulo abordo el tema del interés legítimo a partir de la reforma constitucional a los artículos 103 y 107 que regulan el juicio de amparo. Una de las piezas clave para lograr la protección judicial de los derechos humanos es sin duda la posibilidad del acceso al juicio de amparo. Sin embargo, a lo largo de su historia, el juicio de amparo ha mostrado ser un recurso poco eficiente para la protección de los derechos de las personas más necesitadas y vulnerables. Los obstáculos procesales y doctrinales que se le han puesto a lo largo del tiempo han frustrado que pueda ser un recurso accesible a todos. Las reformas constitucionales tratan de remediar este problema de acceso. La estrategia para remediar el problema se podría criticar en muchos sentidos, se trata de una respuesta de carácter técnico que sustituyó la figura de "interés jurídico" por la de "interés legítimo". Con este cambio se espera que los requisitos tan estrictos que suponía la figura del interés jurídico para justificar la legitimidad procesal se flexibilicen. Sin embargo, la figura de "interés legítimo" está lejos de ser un concepto claro y ha sido objeto de muchos intentos de definición y conceptualización que nos colocan en una situación similar a la que se tenía con el interés jurídico. Mi propuesta de qué hacer y cómo interpretar esta noción es radical; sugiero abandonar los marcos doctrinales tradicionales, que tuvieron un origen en problemas y discusiones del siglo XIX, y darles una interpretación acorde al nuevo marco doctrinal y constitucional de los derechos humanos. La idea es simple, interpretemos el concepto de interés legítimo en relación con el de derechos humanos y dejemos atrás otros marcos teóricos que nunca tuvieron en cuenta, por razones históricas, a los derechos humanos. Pero aun cuando parece una idea simple, existe mucha reticencia para hacerlo, el peso de la tradición jurídica decimonónica parece ser un lastre difícil de dejar atrás para nuestros juristas. En este trabajo analizo también las posibilidades que ofrecen otro tipo de teorías que han intentado también cierta flexibilización para poder acceder a la justicia. Me refiero a las teorías sobre los intereses difusos. Mostraré que estas teorías siguen operando de manera paralela a las teorías de los derechos humanos, por lo que no son en realidad una buena opción para interpretar armónicamente el concepto de interés legítimo con el de derechos humanos.

En el capítulo quinto abordo uno de esos casos lamentables resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Me refiero a la Contradicción de Tesis 360/2013, donde se decidió que las personas jurídicas —empresas, corporaciones, etc.— son titulares de derechos humanos. En esta decisión, los ministros que conforman el Pleno confundieron conceptualmente los derechos humanos con los derechos constitucionales. La confusión, hasta cierto punto, es comprensible en nuestro nuevo contexto jurídico, pero ello no exime de la terquedad mostrada frente a los argumentos que existían en contra. Se pretende dar la impresión de que la decisión estuvo motivada por mantener una posición "teórica" o "ideológica" respecto a los derechos humanos, cuando la realidad quizá es muy distinta y se optó por la defensa de los privilegios que tienen ciertos grupos económicos —empresas y corporaciones—. El tema de si las empresas son o no titulares de derechos humanos es importante y la Suprema Corte no se tomó muy en serio los argumentos que existían para negar que a las personas jurídicas no se les considerara titulares de derechos humanos. En este trabajo analizo los argumentos ofrecidos por la Suprema Corte, mismos que considero falaces y débiles, y ofrezco argumentos para sostener que la decisión es equivocada, entre otras cosas, porque confundió los derechos constitucionales que sí tienen las empresas con los derechos humanos que no pueden ser —conceptual o teóricamente hablando— de empresas o personas morales. En este punto desarrollo y trato de justificar esta distinción conceptual.

En el capítulo sexto, y muy ligado al tema anterior, analizo los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Una de las razones por las que la decisión sobre las empresas no recibió en su momento demasiado interés en el público, se debió a que algunos grupos y abogados de las ONG no quisieron entrar en la discusión del tema, pues advertían del peligro de que si se negaban derechos humanos a las empresas, también esto implicara negarles tales derechos a los grupos indígenas. También cayeron en el mismo error doctrinal, pues los argumentos para sostener que las empresas no tienen derechos humanos no nos dicen nada sobre si los grupos indígenas son o no titulares de este tipo de derechos. Los partidarios de los derechos de los pueblos indígenas ciertamente se beneficiaban del error conceptual cometido por la Suprema Corte al confundir derechos humanos y derechos

constitucionales. Los derechos indígenas contemplados en el artículo 2 constitucional, bajo esta interpretación, pueden verse como derechos humanos. Pero ello implicó tener que conceder algo que no se tenía que conceder, esto es, para afirmar que los derechos de los pueblos indígenas son derechos humanos no se tenía que haber concedido que las empresas tienen derechos humanos. Para efectos prácticos, quienes pensaron así no se dieron cuenta de que equiparar los derechos de empresas y pueblos indígenas a la postre lo que genera es que quede nulificado el valor y la fuerza con que los indígenas pueden alegar y reclamar sus derechos contra empresas que violan sus derechos —empresas mineras, hidroeléctricas, eólicas, por ejemplo—. En este capítulo entro a una discusión amplia sobre estos derechos de los pueblos indígenas y sugiero comprenderlos como derechos humanos. Como se verá en mi argumento, las razones para ello nada tienen que ver con que las empresas o las personas morales tengan o no derechos humanos, se trata de otros argumentos de fondo que se ofrecen para respaldar esta afirmación.

No se puede dar cuenta ni entender la importancia actual de los derechos humanos si no nos fijamos en lo que ha sucedido con el tema de los derechos de las mujeres. En el capítulo siete abordo el tema de los derechos reproductivos de las mujeres. El cambio más importante en la concepción de los derechos humanos tiene que ver con la inclusión explícita de la mujer y de sus problemas. Resaltaré que estos cambios han generado una idea más igualitaria del ser humano, lo que ha implicado una resignificación de la idea de dignidad humana. Esta nueva idea de la dignidad humana contrasta con la sostenida por concepciones religiosas. En este sentido, el Estado laico ha sido una condición de posibilidad de este cambio, aunque no lo ha generado de manera directa. Los derechos reproductivos —principalmente de la mujer— necesitan de un contexto laico para respetarse y promoverse.

Por último, en el capítulo ocho me ocupo del tema de la protección de los derechos sociales. En este trabajo se presenta un enfoque multidisciplinario para tratar de entender el complejo problema de la garantía de estos derechos. Con este enfoque se intenta redimensionar el rol de la justiciabilidad, esto es, de su protección o garantía jurídica. Se trata de entender la adecuada protección y defensa de la educación, salud, vivienda, agua, alimen-

tación, trabajo, etc., que no son cosas que se puedan garantizar simplemente apostándole a la judicialización de estos derechos. Su garantía integral dependerá de cómo se estructura una sociedad a niveles económico, social y político; también de cómo se diseñan e implementan políticas públicas con objetivos precisos de atender todos esos aspectos. La protección judicial tendría que estar estrechamente vinculada con estas cuestiones y no verse como una vía totalmente separada o independiente. Lo fundamental es comprender que de poco sirve la judicialización de los derechos sociales, y en general de cualquier otro derecho, si no se integra a una concepción más amplia sobre cómo atender problemas sociales.

Los trabajos reunidos en este libro surgieron en su mayoría a partir de conferencias preparadas para foros y seminarios de discusión organizados en el Poder Judicial de la Federación, particularmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Instituto de la Judicatura Federal, y para foros académicos en los Institutos de Investigaciones Filosóficas y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y la Universidad de Alicante. Los trabajos son resultado de muchas discusiones con alumnos, colegas, jueces y magistrados, entre ellos, Josep Aguiló, Macario Alemany, Álvaro Aragón, Manuel Atienza, Antonio Azuela, Mauricio Barajas Villa, Luis Miguel Cano, Christian Courtis, Antonio Dávila, Antonio Escobar Ohmstede, Zamir Fajardo, Bernardo Gallegos, Miguel García, Roberto Gargarella, Magdalena Gómez, Diana Beatriz González, Rodrigo Gutiérrez, Roberto Lara, Isabel Lifante, Pau Luque, Ismael Martínez, Valeria López Vela, Jorge Ordóñez, Ricardo Ortega, Xisca Pou, Juan Antonio Pérez Lledó, Jesús Rodríguez Zepeda, Jean Claude Tron, Rodolfo Vázquez y Corina Yturbe. También agradezco a quienes han participado en estos seminarios y foros, y que por mi amnesia recurrente no he mencionado.

La investigación realizada se hizo gracias al apoyo del proyecto colectivo UNAM-DEGAPA-PAPIIT IG 400216, *Derechos Sociales y Justicia Social*. A los miembros del proyecto agradezco mucho las discusiones, seminarios y debates que han nutrido mi investigación.

Agradezco especialmente a Rogelio Flores la invitación, motivación y paciencia para publicar este libro. Su esfuerzo por difundir la cultura jurídica, la investigación y promover la educación jurídica de calidad son dignas de encomio.

Capítulo 1
Los derechos subjetivos. Una breve explicación histórico-conceptual[1]

1.1. Introducción

El concepto de "derecho subjetivo" *(subjektives Recht, diritto soggettivo, droit subjectif)* es uno de los conceptos fundamentales en el derecho. En la tradición del derecho continental, no así en la tradición del *common law*, se utiliza el mismo término "derecho" para referirse tanto a la ley o al sistema jurídico —al cual suele denominarse también "derecho objetivo"— como para referirse a las facultades, pretensiones, poderes, etc., que tiene el individuo para reclamar algo de otros —"derecho subjetivo"—. En los países anglosajones, sencillamente a cada una de estas ideas se les nombra con palabras distintas —*law* y *rights*—, por lo que no tienen que usar la distinción *objetivo/subjetivo* para distinguir entre estos dos usos de la palabra "derecho". La utilización de los términos "derecho objetivo" y "derecho subjetivo" suele atribuirse al jurista alemán Bernard Windscheid, quien los comenzó a utilizar a partir de una distinción que ya había realizado el padre de la Escuela Histórica, Friedrich Karl von Savigny, entre sentido objetivo y subjetivo del derecho. Antes del siglo XIX, para aludir a los derechos —subjetivos— se usaban expresiones como derechos naturales, derechos del hombre o derechos del

[1] Este trabajo está basado en el capítulo 1 de mi libro *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007. En esta versión omito las notas a pie de página para que su lectura resulte más breve y fluida.

ciudadano. Por ello, nuestro estudio versa sobre el concepto de derechos —"tener derechos"— en general y no solamente sobre la expresión o el término "derecho subjetivo".

1.2. Historia del concepto

Mucho se discute entre historiadores si el concepto de derecho subjetivo —no el término— se poseía desde la antigüedad, si los griegos y los romanos usaron dicho concepto (Pugliese), si se originó en la Edad Media en el siglo XII (Tuck), si fue en el siglo XIV con el nominalismo de Ockham (Villey) o si fue hasta el siglo XVI, con el surgimiento del pensamiento moderno. De lo que no cabe duda es que la expresión "derechos" y sus equivalentes en idiomas latinos, en inglés y alemán *(diritti, droits*, *rights, Rechts),* se comenzaron a utilizar hasta el siglo XVI. Los romanos utilizaron conceptos como el de *potestas* y el de *dominium* para referirse a ciertas relaciones donde el *pater familias* gozaba de un poder individual sobre los otros miembros de la familia y sobre las cosas. Usaron también la distinción entre acciones *in rem* e *in personam*, que aunque se trataba de una distinción procesal, con ella se alude al titular de una acción. Aunque el término *ius* no fue usado centralmente por los romanos para referirse a este tipo de relaciones, según Tuck, existieron ciertos usos ligados a la propiedad, como el *iura praediorum,* que eran el producto de pactos y acuerdos entre vecinos de predios. En el Imperio romano tardío se llegaría a asociar el concepto de *dominium* con el de *ius*, cosa que le permite afirmar a Tuck que la primera teoría de los derechos subjetivos se desarrollará con los juristas del Medioevo (siglo XII), cuya ciencia, basada en el *Digesto,* identificó el *ius* con el *dominium,* cosa que les permitió comenzar a hablar de derechos de propiedad. Irnerio (1050-1130), el famoso jurista de Bolonia, encontró referencias como la siguiente: *"dominium tale ius est quo res corporalis mea fit"*. Esta redefinición del *ius* que prevaleció hasta el renacimiento le generaría muchos problemas y discusiones a los juristas.

La polémica tesis del jurista francés Michel Villey (1964) sostiene que como consecuencia de una controversia entre franciscanos y dominicos en torno a la legitimidad de la propie-

dad privada y la pobreza evangélica, donde una bula del papa Juan XXII va a poner en cuestión la licitud del uso de los bienes por la comunidad franciscana que hacía votos de pobreza, se argumentaba ahí que el uso de bienes que se consumen es imposible sin la propiedad; consecuencia de ello el fraile franciscano Guillermo de Ockham criticó duramente la bula papal en su obra *Opus nonaginta dierum* (1332). Villey ve en esta obra una evolución fundamental en el concepto de *ius* que es usado ya en un sentido subjetivo al definirlo como *potestas*, es decir, como una potestad o poder del individuo: *Jus utendi est potestas licita*. Por su parte, Tuck considera que el cambio más importante se produjo antes de Ockham, en la Edad Media, donde el concepto romano de *dominium,* que era en todo caso un concepto de derecho "pasivo", pasa en las obras de los juristas medievales a convertirse en un concepto de derecho "activo". La diferencia entre derechos activos y pasivos consiste en que tener un derecho pasivo es tener un derecho a que se respete una situación o a recibir algo por parte de otro, mientras que tener un derecho activo es tener derecho a hacer algo. Para Villey, sin embargo, hay otro elemento importante en la obra de Ockham, que consiste en que con él surge el nominalismo y el individualismo metodológico —corriente filosófica contraria al racionalismo objetivista de Tomás de Aquino—, que pondrá al individuo en el centro de la reflexión y colocará su voluntad por encima de la ley.

La Escolástica española —heredera del pensamiento tomista durante los siglos XVI y XVII, al menos en las órdenes de Santo Domingo a la que pertenecieron Francisco de Vitoria y Domingo de Soto, y la de los jesuitas, a la que pertenecieron Francisco Suárez y Luis de Molina— fueron influidas por la concepción de Ockham y definieron al *ius* como *moralis facultas*, aunque tratando de conciliar esta nueva concepción con el pensamiento tomista, cosa que no les resultó muy fácil.

Durante los siglos XVII y XVIII se impuso en Europa el iusnaturalismo racionalista, opuesto al iusnaturalismo teológico o clásico medieval. Es aquí cuando se articula de forma clara lo que hoy consideramos la concepción moderna de los derechos. Hugo Grocio en *De jure Belli ac Pacis* (1625), ofrece tres definiciones del *ius* que fueron célebres durante ese siglo y el siguiente. La primera de esas definiciones, a la cual le da mayor relevancia,

es precisamente como derecho subjetivo al definirlo como "una cualidad moral de la persona en virtud de la cual puede hacer o tener algo lícitamente", el *ius* era así sinónimo de facultad y libertad. Las otras dos definiciones del *ius* se correspondían con las nociones clásicas de justicia *(quod iustum est)* y ley *(juris significatio qua idem valer quod lex)*.

Será Thomas Hobbes (1588-1679) quien con toda claridad planteará en el *Leviathan* (1651) la idea de que las personas tienen derechos naturales, de que existe prioridad de los derechos sobre los deberes y presentará la primera teoría contractualista basada en el paso de un estado de naturaleza —donde los individuos poseen el derecho natural a la autopreservación, es decir, a la vida— a un estado civil, donde los súbditos ceden sus derechos al soberano. Pero si en la teoría de Hobbes los ciudadanos ceden sus derechos al conformar la sociedad civil, con John Locke (1632-1704) —en el segundo tratado de su *Two Treatises of Government* (1689)— los hombres poseen derechos innatos como la vida, la libertad y la propiedad que deben ser garantizados por el poder que surge del contrato originario; los individuos ceden solo una parte de tales derechos, porque son esencialmente inalienables. Si el Estado no los respeta cabe oponer legítimamente resistencia por incumplir el pacto. Esta concepción iusnaturalista de los derechos se vio reflejada en las declaraciones de derechos de las excolonias inglesas que habían logrado su independencia (como la Declaración de Virginia y la misma Declaración de independencia en 1776), en la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano (1789) y en las constituciones liberales del siglo XIX.

Desde finales del siglo XVIII comenzaron a realizarse fuertes críticas de todo signo contra el iusnaturalismo (p. ej.: Burke y Hume), que se agudizaron durante el siglo XIX. Una reacción casi generalizada contra el pensamiento iusnaturalista enfilará sus críticas a la concepción de los derechos naturales. Autores como Savigny, padre de la Escuela Histórica alemana; Bentham, padre del utilitarismo inglés y Marx, el autor más importante del comunismo, desde posiciones bien distintas enfilarán sus críticas en contra de los derechos naturales o derechos del hombre por considerarlos construcciones irracionales que carecen de sentido, meras abstracciones formales que defienden los intere-

ses de una clase, la burguesía, y que se olvidan del hombre concreto. Estas críticas abonaron el terreno para que las discusiones y la teorización sobre los derechos comenzaran a ser denominadas por los juristas positivistas, quienes poco a poco dejarán de hablar de derechos naturales y, como se dijo antes, hablarían solo de derechos "subjetivos", entendiéndolos como un concepto exclusivamente jurídico. Ejemplos de estas teorías los tenemos en la teoría del interés de Ihering, la teoría de la voluntad de Windscheid, la teoría de los derechos subjetivos públicos de Jellinek, teorías que dominarían el pensamiento durante fines del siglo XIX y principios del XX. Posiciones particularmente radicales como la de Hans Kelsen, que veremos más adelante, terminaron por concebir a los derechos subjetivos como una forma accesoria de dar cuenta de una relación jurídica donde existe un deber —su noción de *derecho reflejo*—, pero que no cumple una función relevante, salvo cuando lo entendemos como un poder jurídico —una acción procesal— para reclamar el cumplimiento de dicho deber —*derecho subjetivo en sentido estricto*—.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, la catástrofe humanitaria que dejó y la preocupación porque algo así no se volviera a repetir hizo que se pensaran de nuevo los *derechos humanos* como un límite ético-político para toda la humanidad. De este modo, reapareció en la arena político-internacional una concepción ético-política de los derechos, una concepción no-positivista. La Organización de las Naciones Unidas (ONU), creada en 1945, adoptará como uno de sus documentos fundacionales la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y a partir de aquí surgiría el fenómeno de la proliferación y reconocimiento internacional de derechos a través de otros tratados y declaraciones sobre la materia.

Los juristas iuspositivistas tuvieron que repensar sus teorías para poder dar cuenta de este nuevo fenómeno, pero ahora nuevamente los filósofos participaron significativamente en esta labor. Se partía, en general, de un acuerdo político básico por defender la importancia de los derechos humanos, pero había muchas diferencias sobre cuáles deben ser considerados verdaderos derechos humanos, cuáles son sus límites y cómo habría que protegerlos, entre otras muchas discusiones. Las teorías iusnaturalistas que en un inicio resurgieron demostraron muy pronto sus

limitaciones —no en vano estuvieron sujetas a fuertes críticas por más de un siglo—.

En un plano teórico, a *La teoría pura del derecho* de Kelsen se le empezó a reprochar su visión reduccionista de los derechos, que parecía insuficiente para dar cuenta de lo complejo que es hablar sobre ellos; se señaló que con ella era imposible dar una buena explicación de lo que son los derechos humanos. Con todo y los problemas de esta teoría, lo cierto es que tanto la crítica kelseniana a los derechos como la crítica de las corrientes realistas, en especial Alf Ross (véase 1961 y 2005) con su idea de que los derechos subjetivos son una mera herramienta técnica de presentación, habían abonado ya el terreno para desmitificar ciertas ideas en torno a los derechos, para hacernos comprender que no se trataban de ningún tipo de entidad misteriosa de la naturaleza o alguna entidad metafísica y que en las teorías jurídicas del siglo XVIII y principios del XIX había mucha metafísica heredada del iusnaturalismo que distorsionaba la idea que tenemos de ellos.

Trabajos posteriores, entre los que pueden destacarse los de Norberto Bobbio (1991), Herbert L. A. Hart (1962 y 1982), Ronald Dworkin (1989), Joel Feinberg (1980), Joseph Raz (1984 y 1989), Carl Wellman (1985), Carlos S. Nino (1989), Robert Alexy (1993), James Griffin (2008), Luigi Ferrajoli (1997 y 2001), entre otros, han hecho grandes aportes para dejar atrás las visiones reduccionistas de los derechos e intentar construir teorías que nos ayuden a entender qué son los derechos y qué son todas esas concepciones específicas que tenemos de ellos —derechos humanos, derechos fundamentales, derechos positivos y negativos, derechos morales y jurídicos, derechos individuales y colectivos, derechos universales y particulares, etcétera—.

1.3. La teoría positivista de Hans Kelsen

Como hemos dicho antes, una de las teorías más influyentes en el siglo XX fue la de Hans Kelsen, que tuvo una repercusión importante en la cultura jurídica a nivel internacional; particularmente en Europa y América Latina esta teoría ha servido a los juristas para entender el concepto de derecho subjetivo. Kelsen en sus

Hauptprobleme (véase *Problemas capitales...,* 1987) identificó al derecho subjetivo con la acción procesal, lo cual hizo que se le presentaran problemas a su noción de derecho subjetivo, tales como el tener que hablar de la existencia de dos "proyecciones" del derecho subjetivo y de la existencia del derecho en dos sentidos: uno "potencial" y otro "actual". En la *Teoría pura del derecho* (1986) logra darle una solución aparente a este problema. Si se toma en consideración que la estructura de la norma en Kelsen consiste en enlazar una sanción al incumplimiento de un deber, el jurista austriaco no pudo sino contemplar dos deberes jurídicos: el del individuo obligado y el del órgano que debe imponer la sanción. De ahí que se le presenten dos derechos, o lo que es lo mismo, un derecho con dos "proyecciones". Para solucionar esto distinguió entre un derecho como mero "reflejo" de la obligación, es decir, como su correlato, y un derecho subjetivo en "sentido técnico". Cuando se habla de derecho en este sentido "reflejo" y se alude a la pretensión de un individuo como si se tratara de algo distinto de la obligación del otro u otros, se crea la apariencia de dos situaciones jurídicamente relevantes, cuando solo se da una. La situación objetiva en cuestión queda descrita exhaustivamente con la descripción de la obligación jurídica del individuo —o individuos— de comportarse de determinada manera frente a otro. Si la relación de un individuo que se encuentra obligado con respecto de otro a determinada conducta, se le designa como "derecho", entonces, ese derecho no es sino el reflejo de esa obligación. La única utilidad de ese concepto, consideraba Kelsen, sería la de simplificar la exposición de esa relación jurídica, pero advertía que, desde el punto de vista de una descripción "científica" exacta de la situación jurídica, era superflua. Además, no en todos los casos donde existe una obligación jurídica hay que suponer la existencia de un derecho reflejo, podemos tener obligaciones que no se correlacionen con ningún derecho.

El derecho en "sentido técnico" consiste en el poder jurídico de un individuo que el orden jurídico le otorga con motivo del incumplimiento de una obligación por parte de otro(s). Para Kelsen, este derecho es distinto de la obligación jurídica del otro sujeto; por ello, en este caso no coincide —no son correlativos— el derecho subjetivo con el deber jurídico. Esta sería la noción central de lo que hemos de entender por "derecho subjetivo".

Kelsen partía de advertir que todas las teorías de su tiempo resaltaban el "elemento sustancial" del concepto, cuando era el "elemento formal" el único que en rigor podía ser considerado como derecho. La teoría del interés de Ihering, para quien el derecho subjetivo era un "interés jurídicamente reconocido", presupone que se consideraba el factor "fin" como determinante del concepto de derecho subjetivo. Este concepto, para Ihering, se refería a algo material, el interés, el objeto de la protección, lo protegido; de ahí la necesidad de establecer la distinción entre la forma y el contenido. Las críticas de Kelsen tuvieron por objeto demostrar que poner al "interés" —que para el austriaco no era sino un hecho psíquico— en el centro del concepto de derecho subjetivo llevaba a una consecuencia insostenible: tener que fingir o presumir, en contra de los hechos, la existencia de tal interés en los casos en que no existía —como hecho psicológico—. A su vez, no todo interés es un derecho, sino solo los intereses protegidos por el derecho. Ihering se negó a aceptar que fuera la acción —"el derecho a reclamar y obtener esta protección", según palabras del mismo Ihering— lo que define al concepto de derecho subjetivo. Lejos de ello, Ihering sostuvo que la característica esencial consistía en la posibilidad de apreciar una transgresión individual del derecho. Pero, como replicaba Kelsen, el que alguien sienta lesionado su interés es siempre una *quaestio facti*, un hecho psicológico. Ihering sostuvo también que el destinatario es la persona cuyo interés se protege —teoría del beneficiario—; pero, como observaba Kelsen, el problema es que en esta teoría el individuo es tomado como objeto de protección, no como sujeto, y lo mismo podría ocurrir con animales y otros objetos inanimados. El problema que veía Kelsen es que se confunde el contenido con la forma, el derecho subjetivo es *forma* y no contenido, la protección y no lo protegido. Por ello, la concepción central de lo que es un derecho consistirá para Kelsen en el derecho "en sentido técnico", es decir, en el poder jurídico que tiene el individuo de exigir el cumplimiento de una obligación por parte de otro u otros sujetos.

La concepción kelseniana ha sido muy criticada y podemos decir que resulta inadecuada por ser una concepción reduccionista que restringe el uso del concepto de derecho subjetivo a través de estipular un significado que se corresponde con su con-

cepto en sentido técnico. Como muchos juristas lo han dicho, no hay ninguna necesidad de limitar nuestro uso del concepto de derecho subjetivo solo a la idea de poder jurídico o al de acción procesal, como lo hace Kelsen. Existen muchas razones para desechar la propuesta de Kelsen que veremos a continuación al exponer otras teorías.

1.4. Los derechos como posiciones jurídicas

Una de las concepciones sobre el concepto de derecho subjetivo más influyentes en el siglo xx fue la del estadounidense Wensley Newcomb Hohfeld. A pesar de que se trata de una concepción elaborada en 1913 y que repercutió fuertemente en los Estados Unidos de América, fue hasta los años sesenta que comenzó a conocerse en países europeos y latinoamericanos. Hoy día, muchas de las teorías sobre los derechos se apoyan hasta cierto punto en esta concepción (p. ej.: las de Hart, Alexy, Wellman). Hohfeld parte de concebir los derechos como relaciones jurídicas entre dos sujetos respecto a un objeto o estado de cosas, pero se niega a aceptar que todo tipo de relación pueda reducirse a las categorías de derechos y deberes. Estas dos categorías son demasiado ambiguas y resultan inconvenientes para analizar relaciones más complejas. Hohfeld niega la utilidad de las definiciones formales y opta por presentar todas las relaciones en un par de esquemas que denomina de "correlativos" y "opuestos" jurídicos.

Correlativos jurídicos:

Derecho (pretensión)	*Privilegio*	*Potestad*	*Inmunidad*
Deber	No-derecho	Sujeción	Incompetencia

Opuestos jurídicos:

Derecho (pretensión)	*Privilegio*	*Potestad*	*Inmunidad*
No-derecho	Deber	Incompetencia	Sujeción

La imprecisión del término "derecho" —subjetivo— hace que se use indiscriminadamente para cubrir otro tipo de relaciones que Hohfeld denomina "privilegio", "potestad" e "inmunidad". El primer par de correlativos es la relación derecho-deber. Si *X* tiene el derecho de excluir a *Y* de un inmueble, la situación correlativa es que *Y* tiene el deber de permanecer fuera de aquel lugar. Hohfeld ofrece un sinónimo para sustituirlo por el de derecho —subjetivo— que es el término "pretensión" *(claim)*. La segunda relación, privilegio-no derecho, ha sido considerada uno de los grandes aportes del esquema de Hohfeld. Un privilegio es el opuesto de un deber. *X* tiene el derecho o pretensión a que *Y* no entre en el inmueble, pero además *X* tiene el privilegio de entrar en el inmueble; o con otras palabras, *X* no tiene el deber de permanecer fuera. El correlativo del privilegio de *X* de entrar es el no-derecho de *Y* a que *X* no entre. Hohfeld acuña la expresión "no-derecho" para aludir a este correlativo del privilegio.

Esta noción resulta fundamental para entender cómo hablamos sobre derechos y, específicamente, sobre ciertas libertades. Un sinónimo de privilegio es precisamente la noción de libertad. La terminología de derechos y deberes simplemente no funciona para tratar de explicar esta relación que Hohfeld logró ver. Esta relación sirve para explicar qué sucede en ciertos contextos de competencia donde se enfrentan dos sujetos con privilegios en pugna, enmarcados estos privilegios en un perímetro de derechos y deberes. Es lo que sucede en la competencia económica, en las relaciones capitalistas, en torneos deportivos, como por ejemplo, el box, donde los púgiles, además de tener ciertos derechos y deberes —de no ser golpeado debajo del cintillo, de no ser golpeado con la cabeza, los pies, etc.—, que conforman un perímetro protector que demarca la zona dentro de la cual está permitido el combate, tienen cada uno el privilegio o libertad de dar golpes a su oponente sin que tengan el deber de dejarse pegar, sino al contrario, cada contendiente hará lo que esté de su parte para golpear a su rival, ya que tienen el privilegio de hacerlo.

Una potestad jurídica es el opuesto de una incompetencia jurídica y el correlativo de una sujeción jurídica. Esta es la tercera relación que explica Hohfeld. Un cambio en una determinada relación jurídica puede ocurrir porque sobrevengan ciertos hechos, sin que en ese cambio influya la voluntad de otro agente. Pero

hay cambios en las relaciones jurídicas que se producen porque sobrevienen ciertos hechos que están bajo el control de una persona. Se dice que esta persona tiene entonces la potestad, facultad o poder jurídico de realizar dicho cambio. Hohfeld distingue acertadamente la potestad jurídica del poder físico de hacer las cosas necesarias para el ejercicio de la potestad jurídica. La sujeción es un concepto que no es sinónimo de deber; es importante subrayar que una sujeción no implica algo necesariamente desfavorable. Cuando *X* tiene un poder, *Y* queda sujeto a los cambios normativos que produce *X* al ejercer su poder, por ello la mera sujeción no implica algo desfavorable, ya que el cambio de la situación jurídica puede ser favorable para *Y*. Por ejemplo, si *X* tiene el poder de realizar un testamento *Y* está sujeto a dicho poder, pero *Y* puede verse tanto beneficiado como perjudicado, según *X* opte por incluirlo o no en el testamento.

La inmunidad es el correlativo de la incompetencia y el opuesto de la sujeción. Este es otro de los aportes de Hohfeld, que ve a la inmunidad-incompetencia como una relación distinta a las otras. Cuando hablamos del "derecho" de una persona a no ser privada de su libertad o de su propiedad sin el debido proceso, la idea que se quiere transmitir es que dicha persona es inmune contra actos de los gobernantes que no cuenten con el poder jurídico —en este caso una autorización judicial— de modificar una relación o situación jurídica. Esta noción es importante porque muchos de nuestros derechos fundamentales garantizados constitucionalmente pueden ser analizados en términos de inmunidades frente al poder del Estado.

La concepción hohfeldiana de los derechos subjetivos nos brinda una poderosa herramienta analítica para comprender las distintas relaciones que puede involucrar la referencia a algunos derechos o libertades. Podemos decir también que a partir de Hohfeld podemos entender que hay un sentido amplio del uso de la noción de derecho subjetivo y que esta noción amplia se entiende precisamente como un haz o conjunto de relaciones concretas. Cuando hablamos del derecho de propiedad o del derecho a la educación, no nos referimos a una única relación hohfeldiana, sino a un conjunto de relaciones de diverso tipo (derecho-deber, privilegio-no derecho, poder-sujeción, inmunidad-incompetencia) que habrá que precisar si queremos entender la

manera en que hablamos de estos derechos. Hablar de derechos en sentido amplio nos ahorra tener que precisar tales relaciones, que en ciertos contextos podemos dar por supuestas, pero eso no ocurre siempre que hablamos de derechos y, por ello, aludir a los derechos en ese sentido amplio suele oscurecer, confundir y generar incomprensión cuando hablamos de ellos. En el caso de que busquemos garantizar un derecho—en sentido amplio—, tenemos necesariamente que buscar cómo garantizar cada una de las relaciones jurídicas que lo conforman, solo así contribuiremos a una protección efectiva.

1.5. Derechos morales y derechos jurídicos

Existe un amplio acuerdo entre los teóricos de que los conceptos como derecho subjetivo, deber, responsabilidad, contrato, etc., no son conceptos que refieran a nada directamente, por lo que no caben definiciones esencialistas sobre ellos, las palabras "derechos", "responsabilidad", "deber", etc., no significan nada por sí mismas, sino que las usamos para aludir a una serie de hechos y actos conectados con ciertas consecuencias. Por ello, como dice Hart, cuando decimos que "*A* tiene derecho a que *B* le pague mil pesos", presuponemos que existe un sistema jurídico, que alguna(s) norma(s) de ese sistema relacionan algunos hechos con ciertas consecuencias, y que tales hechos han ocurrido. Podemos decir, por tanto, que el concepto de derecho subjetivo es un concepto normativo, ya que alude a normas.

Sin embargo, otro problema relevante que ha preocupado a la teoría contemporánea conecta con la noción de derechos humanos o derechos básicos. La cuestión que surge es si el concepto de derecho —subjetivo— es una noción exclusivamente jurídica o no, esto es, si nociones como las de derechos humanos son explicables con la idea de derechos jurídicos *(legal rights)* o si en cambio necesitamos apelar a una noción más amplia como la de derechos morales *(moral rights)*. Es indudable que el término derecho se usa también en otros contextos normativos no jurídicos como el moral, los juegos, las reglas sociales, etc. Algunos autores sostienen entonces que la noción de derechos —subjetivos— no es exclusivamente jurídica, que podemos hablar de derechos mo-

rales y de derechos de jugadores y de otra clase de derechos en ciertas situaciones sociales (Feinberg, Dworkin, Wellman, Nino, Laporta, entre muchos).

Nociones como la de derechos humanos suelen explicarse ahora a la luz de la noción de derechos morales. Se afirma así que los derechos humanos son derechos morales, es decir, derechos que se derivan de —o se justifican por medio de— principios, razones o normas morales. Desde luego que muchos de los derechos humanos son también derechos jurídicos, en la medida en que un sistema jurídico específico los reconoce y protege. Pero los derechos básicos o los derechos humanos no dejan de ser derechos especialmente importantes aun cuando no exista la protección o el reconocimiento jurídico, serían derechos en un sentido diferente, en un sentido moral.

No se trata de una discusión puramente verbal que se resuelva como lo hizo Kelsen, por ejemplo, estipulando un significado y descalificando como incorrectos los que no se amolden a la definición propuesta. De hecho, la forma en que usualmente se habla de derechos —derechos humanos, naturales, básicos, etc.—, en el mundo no se restringe a hablar de derechos solo cuando hay normas jurídicas involucradas. Solemos oír con frecuencia acusaciones de que un gobierno viola derechos humanos de sus nacionales sin que ello implique una acusación de que tal gobierno esté actuando ilegalmente, sino que está contraviniendo principios —morales— básicos reconocidos por la comunidad internacional y que aparecen plasmados en declaraciones de derechos o pactos que tal gobierno no ha suscrito o desconoce. También solemos pensar que la existencia de un derecho humano —moral— sirve de razón para que un sistema jurídico lo reconozca o legalice y que estaría mal no hacerlo o que no lo reconozca y proteja de manera adecuada. Es por eso importante reconocer que el concepto de derecho subjetivo, aunque es una noción central en el lenguaje jurídico, no es exclusivo de él.

Siguiendo a Feinberg, podemos decir que demandar o exigir un derecho es una manera de invocar principios o reglas, una forma abreviada de apelar a razones certificadas por tales principios como relevantes, aplicables y obligatorios. El lenguaje de los derechos presupone que los derechos aludidos tienen el apoyo

en razones válidas. Suponemos entonces que los *derechos morales* tienen el apoyo de razones morales de especial peso que en ciertas circunstancias colocan al sujeto en una posición privilegiada para exigir, demandar, hacer o disfrutar algo, para imponer a otros deberes, sujeciones e incompetencias. El titular de un derecho moral está en mejor posición —cuenta con razones más poderosas—, que la de quien hace una súplica, ya que este último suponemos no tiene razones fuertes para hacer una exigencia o demandar algo, es decir, su situación es similar a la de quien pide un favor (Feinberg, 1980).

La diferencia entre quien tiene un derecho y el que carece de él no descansa en la manera en que se pide o solicita algo, como algunos autores lo han sugerido. Uno puede gritar y protestar con fuerza, pero eso no le da derecho a nada; la idea de que los derechos son una "exigencia" no tiene nada que ver con la idea de comportarse grosera o violentamente, lo que hace que tengamos un derecho son las razones que apoyan nuestra petición y eso es compatible con muchas formas de exigir nuestros derechos (Feinberg, 1980).

Joseph Raz (1995) ha sostenido, creo que con razón, que en la mayoría de las ocasiones en que existe un derecho, su justificación se basa no solo en razones que apelan al interés individual del titular del derecho, sino también en razones que apuntan a proteger los intereses de otros o intereses generales de la sociedad. Esta conexión entre intereses individuales —o de grupo— e intereses generales hace que los derechos lleguen a considerarse de especial peso, a tener una dimensión ético-política.

En contra de la idea de los derechos morales se suele aludir a su poca o nula importancia o eficacia práctica; se sostiene que estos derechos son incapaces de hacerse cumplir. Efectivamente, podemos reconocer sin ningún problema que los derechos morales no ayudan mucho en ciertas circunstancias, pero esto no tiene por qué verse como un argumento en contra. Desafortunadamente, en nuestro mundo hay muchas circunstancias en las cuales no suele servir de mucho tener un derecho moral a algo, pero igualmente hay ocasiones en que tampoco ayuda tener leyes, ni tratados, ni obligaciones jurídicas, ni derechos jurídicos, desgraciadamente hay veces que ni teniendo de nuestro lado el

recurso a la fuerza legítima del Estado se logra evitar la violación de un derecho. El que existan tales circunstancias fácticas no significa que debamos abandonar la moral, el derecho, las instituciones internacionales, etc., lo importante es contener y acotar lo más que se pueda tales ámbitos donde se violan a diario los derechos básicos de las personas.

El reconocimiento de los derechos morales es necesario para el respeto y la dignidad de las personas, pero no es suficiente de ningún modo para garantizarlos. El análisis de los derechos como pretensiones o demandas justificadas implica solo que el titular del derecho —por virtud de tener tal derecho— se encuentra en una *posición moral* de hacer una demanda *válida* —moralmente— en contra de otros, no implica que esté en una *posición fáctica, jurídica* o *política* adecuada para hacer tales demandas y que estas vayan a respetarse. Como afirma Carl Wellman (1985), "(d)emandar es una apelación a los fundamentos de nuestro derecho y de este modo a las razones más que a la mera fuerza". En el caso de los derechos morales, se apela a las razones morales y no a la garantía jurídica que pudieran tener o no; los derechos son entonces una especie de "enunciados que implican alguna conclusión moral" a partir de ciertos valores.

El problema de caracterizar a los derechos como razones es que tenemos que responder a la pregunta de qué tipo de razones morales son las que reconocemos como derechos. Esta no es una tarea sencilla, aunque no tiene que ser una tarea imposible. Yo encuentro interesante explorar una respuesta a partir de algunas ideas de Joseph Raz, para quien las razones que apelan al bienestar individual —los intereses individuales— se combinan con razones que apelan a intereses de otros o con intereses generales para arribar a una especie de conclusión intermedia en el razonamiento práctico, que no es otra cosa que un derecho. Esta idea de derechos como conclusiones intermedias quizá es hasta cierto punto compatible con la idea de Dworkin de que los derechos básicos —morales o políticos— implican un *triunfo* frente a consideraciones de carácter utilitarista o mayoritario. La idea de triunfo puede entenderse como un logro político, pero podría verse también como un logro de ciertos argumentos morales en contra de otras consideraciones, o del *triunfo* en el razonamiento práctico de ciertos valores frente a otros valores o intereses. Pero

en la versión de Raz, quizá a diferencia de la de Dworkin, no hay un rechazo a tomar en cuenta consideraciones que apelan a los intereses generales, sino que estos forman parte de las razones en juego a la hora de fijar a qué tenemos derecho.

Una consecuencia de esta manera de concebir los derechos morales es que podemos diferenciar entre las razones y los valores que justifican a estos derechos y lo que estos derechos son. Los derechos reflejan o son resultado de los valores y las razones, pero no son por sí mismos esos valores. El valor de la autonomía individual nos ha llevado a defender la existencia de una serie importante de derechos, desde unos muy abstractos hasta otros más concretos. Y cada vez que pensamos en nuevos derechos, los criterios para justificarlos son u otros derechos más abstractos o ciertos valores que sirven para justificar a muchos de los derechos, como el valor de la autonomía o el de la dignidad de la persona. Pero valores como estos pueden justificar también el surgimiento de obligaciones, sin necesidad de postular algún derecho correlativo.

1.6. La protección de los derechos

El tema de la protección de los derechos es relevante incluso conceptualmente porque teorías como la de Kelsen sostienen explícitamente que tener un derecho —derecho en sentido técnico— consiste en cierto tipo de protección jurídica, específicamente en tener una acción judicial para reclamar por el incumplimiento de un deber. Esta concepción proviene de la idea de Ihering donde, antes que Kelsen, introducía la idea de protección:

> Dos son los elementos que constituyen el concepto del derecho, uno sustancial, en el que reside el fin práctico del mismo, es decir, la utilidad, ventaja, ganancia, que ha de ser proporcionada por el derecho, y uno formal que se comporta con respecto a aquel fin meramente como medio, es decir, la protección del derecho, la demanda (Ihering, 1998).

Resulta relevante traer aquí una distinción de Alexy, quien nos dice que si entendemos a los derechos como relaciones jurídicas es posible distinguir entre:

a) razones para los derechos subjetivos;
b) derechos subjetivos como relaciones o posiciones jurídicas, y
c) la imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos.

A partir de esta distinción podemos ver de qué manera se suelen confundir los distintos elementos. Por ejemplo, la llamada teoría del interés se centra en el fin, en la utilidad, y por ello sostiene que los derechos son intereses o que el elemento central, la razón de los derechos, está en el beneficio o utilidad que genera (Bentham, Ihering, Raz). Mientras que la teoría rival, la teoría de la voluntad se centra en el aspecto formal y en el control por parte del titular del derecho sobre la posición que le es conferida —el poder jurídico— por una norma para demandar en caso de que así lo elija. La teoría kelseniana, a su vez, se centra en el aspecto formal pero ya no hace hincapié en la voluntad del titular, sino tan solo en la existencia de la norma que lo faculta, es decir, en la acción judicial. Como sostiene Alexy, aquí subyace un problema más profundo que afecta la estructura del orden jurídico: ¿pertenece a un orden jurídico solo aquello que en cada caso es susceptible de imposición judicial, o pueden pertenecer a él también posiciones que no son susceptibles de imposición judicial porque, por ejemplo, su imponibilidad es inconciliable con el papel que juegan en el orden jurídico o cuya imposibilidad no es reconocida, pero puede ser exigida desde el punto de vista del orden jurídico? La respuesta a esta pregunta depende del concepto de norma jurídica válida que se tenga, pero podemos decir con Alexy que del hecho de que un sistema jurídico tenga normas con sanciones estatales, no se puede inferir sin más que todas las normas jurídicas tengan que estar dotadas de sanciones estatales.

Esto nos permite entonces distinguir claramente entre enunciados sobre derechos (*A* tiene un derecho a que *B* le pague mil pesos), de enunciados sobre protección de los derechos (*A* puede reclamar la protección de su derecho a través de una demanda judicial). La confusión entre estos dos enunciados lleva a cometer lo que Ferrajoli ha llamado la *falacia garantista*, que consiste en creer que basta con buenas razones para exigir un derecho y que este sea reconocido jurídicamente en la ley o en la Constitución para que, por ese mero hecho, quede garantizado,

es decir, protegido. La protección de un derecho, su garantía, es una cuestión gradual, nunca se garantiza de la manera todo o nada, sino que hay grados de garantía y, por tanto, nunca hay un sistema perfecto de garantías ni garantías perfectas, que dependerán del sistema constitucional y del funcionamiento efectivo del sistema (Ferrajoli, 1989). Los derechos subjetivos técnicos en sentido kelseniano pueden ser tan ineficaces como un derecho moral, pues la eficacia dependerá de otras cosas —que funcione adecuadamente un sistema jurídico—, la mera protección jurídico-formal no basta. Un buen diseño de garantías jurídicas depende a su vez del adecuado funcionamiento de las instituciones —no solo de la administración de justicia, sino de otras instituciones como la policía, diferentes instancias administrativas, etcétera—.

1.7. Corolario

He tratado de mostrar en este capítulo las limitaciones de una teoría reductivista del derecho subjetivo, como la de Kelsen. A su vez, he argumentado en favor de una concepción más amplia que nos permita comprender no solo algunos aspectos de la dimensión del concepto en cuestión, sino también su dimensión ético-política.

Estas ideas me servirán de base para algunas tesis que defenderé en los siguientes capítulos, particularmente la tesis de que necesitamos distinguir entre derechos humanos y derechos fundamentales o constitucionales.

Capítulo 2
Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*

2.1. La reforma en materia de derechos humanos en México

En México, como en otros países, se ha generado un cambio importante en el sistema jurídico. Un cambio que muchos expertos han calificado como el más significativo desde que nuestra Constitución fue aprobada en 1917. El cambio consistió, por un lado, en la reforma al artículo 1 constitucional que reconoce expresamente los derechos humanos —tanto los que el mismo texto constitucional alude como los que se encuentran en tratados internacionales suscritos por México— y obliga a toda autoridad a aplicar la ley acorde al contenido de tales derechos. Por otro lado, el cambio tiene que ver con la consolidación de un sistema regional de derechos humanos cuyo órgano más importante es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

El artículo 1 de la Constitución sitúa a los derechos humanos y a los tratados internacionales en esa materia como parte de lo que algunos constitucionalistas han llamado un nuevo "bloque de constitucionalidad". El párrafo segundo de dicho precepto establece una obligación hermenéutica de favorecer siempre la interpretación que garantice la protección más amplia de la per-

* Este trabajo apareció en la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* año II, núm. 3, julio-diciembre, 2016, pp. 3-35. Aquí he modificado ligeramente esta versión.

sona, lo que se conoce como el principio *pro homine* o *pro personae*. Esta guía interpretativa se refuerza a su vez con la obligación de toda autoridad, incluidos todos los jueces, tanto locales como federales, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad*.[1]

La sentencia de la Corte IDH en contra del Estado mexicano en el caso *Radilla* —un caso de desaparición forzada donde se condenó a México a realizar cambios en materia de derechos humanos y adecuar sus leyes y su sistema judicial, a fin de evitar más violaciones a los derechos— originó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitiera una resolución *sui generis* en el expediente Varios 912/2010, donde acata la sentencia de la Corte IDH y emite una serie de medidas dirigidas al poder judicial federal. Entre algunas de estas medidas se establece la obligación para todos los jueces federales de llevar a cabo un *control difuso* de constitucionalidad y convencionalidad cuando los casos que atiendan tengan relación con algún derecho humano.

Existen diversas implicaciones de estos cambios, que van más allá de los ajustes más o menos normales que implica cualquier reforma. Esta reforma se ha visto como un parteaguas en nuestro sistema por las implicaciones profundas que conlleva. Sin embargo, más allá de un acuerdo bastante impreciso sobre el alcance de las implicaciones, poco se ha discutido sobre lo que significa dejar de hablar de "garantías individuales" y comenzar

[1] *Cfr.* Artículo 1 En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

a hablar de "derechos humanos". ¿Cuáles son esas implicaciones profundas de esta reforma?

Sin un propósito de exhaustividad, trataré enseguida de mencionar algunas de estas implicaciones:

1. *Un cambio conceptual*. La Constitución establece expresamente que las personas gozarán de los derechos humanos que consagre la misma y los que se reconozcan en tratados internacionales suscritos por México. Anteriormente no se hablaba de derechos humanos, sino de "garantías individuales"[2] (entendidos como derechos constitucionales). No se trata de un simple cambio de palabras, las implicaciones doctrinales y prácticas de la reforma son muy significativas y merecerán que los constitucionalistas profundicen en ella.
2. *Importancia de las teorías de los derechos humanos*. La interpretación de los derechos constitucionales de algún modo está conectada ahora con teorías de los derechos humanos, lo cual obliga al jurista dogmático, particularmente al constitucionalista, a adaptar sus doctrinas sobre los derechos constitucionales de forma que guarden coherencia con las doctrinas sobre los derechos humanos. Sin embargo, las formas en que se presenta esta conexión no son claras. En México, nuestra doctrina constitucional —que ha pecado de localista—[3] enfrenta el reto de armo-

[2] La noción de "garantía individual" —siguiendo a Jorge Carpizo— que introdujo el constituyente en 1917 no era una idea completamente nueva en ese momento, se usó para marcar una diferencia respecto de la noción de "derechos del hombre": "Podemos concluir que mientras los derechos del hombre son ideas generales y abstractas, las garantías, que son su medida, son ideas individualizadas y concretas" (Carpizo, Jorge, *La Constitución de 1917,* México, UNAM, 1979, p. 154). El problema con el estudio de Carpizo es haber identificado sin más los derechos del hombre de la declaración francesa de 1789 con los derechos humanos de la segunda mitad del siglo xx. Más adelante me referiré a este tipo de problema.

[3] Aunque esta afirmación no puedo justificarla aquí, me refiero a que una buena parte de la doctrina ha sido ajena a los desarrollos de la teoría constitucional que se han presentado en las últimas décadas y poco se ha despegado de algunos textos de autores mexicanos que si bien han sido importantes históricamente hablando, hoy se encuentran ya muy superados teóricamente hablando. Como dije esta afirmación merece justificación pero en este trabajo es algo que no puedo ofrecer. Puede verse, por ejemplo,

nizarse con teorías de los derechos humanos que, por lo general, han sido ajenas al quehacer de los constitucionalistas[4] y de los jueces.

3. *El principio* pro personae *como criterio valorativo*. Al establecerse en el artículo 1 constitucional el principio *pro personae* como un criterio para elegir las normas y las interpretaciones que resulten aplicables, se vincula al juzgador con un criterio valorativo que en sí mismo tendrá que interpretarse en cada caso particular. Los alcances de este principio se pueden relacionar con otros principios como el principio *pro reo*, *pro víctima, pro operario*, el interés superior del niño, el interés de la mujer, etc. Se tendrá pues que establecer, en cada caso, en favor de quién operará el principio y eso no siempre será una cuestión sencilla, especialmente cuando estemos ante casos donde hay varias partes involucradas alegando cada cual un derecho humano o constitucional. Por ejemplo, en materia penal se rompe con la prevalencia interpretativa del principio *pro reo*, que era casi absoluta, y se incorpora el principio *pro víctima*, que en algunos casos puede entrar en conflicto con aquel.[5]

Cossío Díaz, José Ramón y Silva-Herzog Márquez, Jesús (coords.), *Lecturas de la Constitución. El constitucionalismo mexicano frente a la Constitución de 1917,* México, FCE, 2017.

[4] Algunos esfuerzos importantes se han hecho. Miguel Carbonell en su tratado *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, 2004; explicaba por qué elegía la denominación "derechos fundamentales" en vez de "garantías individuales", sus razones eran conceptuales pues "garantía" aludía a una forma de proteger un derecho y, por ello, era una denominación que había generado confusiones en México. Establecía también algunas razones por las cuales no usaba la noción de "derechos humanos", su razón principal es que esta noción alude a derechos en un sentido moral y no solo en un sentido jurídico, mientras que la idea de derechos fundamentales poseen un sentido estrictamente jurídico, pues describen al conjunto de derechos y libertades reconocidas en la Constitución, y remataba su explicación diciendo: "De hecho, podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados", véase, Carbonell, Miguel, *op. cit.,* p. 9.

[5] Hasta ahora la prevalencia del principio *pro reo*, nos indicaba que en casos como la tortura, las actuaciones, declaraciones y todo medio de prueba que hubiere sido producto directo o indirecto de la tortura tendría que dejar de

4. *La titularidad de los derechos humanos*. El tema de la titularidad de los derechos humanos es una cuestión especialmente importante. Dentro de las teorías de los derechos humanos —y de la práctica internacional—, el tema de la titularidad no suele entenderse como un asunto que depende exclusivamente de la voluntad de un legislador o un decisor, la cuestión es en cierta medida una cuestión moral, una cuestión filosófica de fundamentación. Una teoría constitucional de los derechos humanos tendrá entonces que pronunciarse y abordar el tema de si las personas colectivas —empresas y corporaciones— son titulares de derechos humanos y si pueden beneficiarse del principio *pro personae*. La SCJN ha abordado ya este tema y ha decidido —de manera incorrecta desde la perspectiva de muchos expertos— que las personas morales sí son titulares de derechos humanos.[6] Pero esta es una cuestión que, en todo caso, una teoría constitucional tendrá que considerar, criticar o avalar, buscando buenas razones. Otra cuestión en torno a la titularidad de los derechos humanos, pero que no hay que confundir con la cuestión anterior sobre las personas morales, es si los *derechos colectivos* de los pueblos indígenas cuentan o no como derechos humanos y si se beneficiarán también de la aplicación de los criterios interpretativos antes referidos.[7]
5. *El alcance de las obligaciones derivadas de los derechos humanos*. La Constitución establece que todas las autoridades deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Esto implica obligaciones específicas para los distintos ámbitos de gobierno. Algunos constitucionalistas han señalado, por ejemplo, que a la luz de

tener valor probatorio; la interpretación operaba a favor del acusado. Con la idea de que las víctimas tienen derechos humanos que deben reconocerse en el proceso penal, nos vemos ante otro principio que puede operar en ocasiones en contra de los derechos del acusado, quizá no al grado de anularlos, pero sí al menos al grado de atenuar y tener que ponderar el alcance de cada principio en los casos concretos.

6 Nos ocuparemos más delante de este tema en el apartado 2.3.3 y en el capítulo 5 de este trabajo.

7 De este tema nos ocuparemos en el capítulo 6.

esta reforma, México debería modificar su política exterior que se ha basado en el principio de no intervención, para comprometerla con una visión coherente con la promoción de los derechos humanos. Sin embargo, hasta ahora ha prevalecido la idea de que las obligaciones están dirigidas a los jueces, no se ha tratado a fondo el de las obligaciones y responsabilidades de la administración pública, y mucho menos del poder legislativo. Una teoría constitucional debería explicar la naturaleza y alcance de las obligaciones que se derivan de la reforma para *todas* las autoridades.

6. *Principios para interpretar los derechos humanos*. Junto con el principio *pro personae,* que como ya vimos tiene alcances interpretativos muy relevantes, deben operar también los principios de *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad* al interpretar los derechos humanos; la norma constitucional vincula a nuestras autoridades a usar estos criterios interpretativos desarrollados por órganos internacionales. Un problema para este tipo de interpretaciones es que nuestros jueces, tribunales y los mismos constitucionalistas, en su gran mayoría, desconocen qué son y cómo se utilizan estos criterios. Pero hay también un problema más grande, se trata de criterios todavía poco desarrollados doctrinalmente y que no están exentos de problemas.[8]
7. *La supremacía interpretativa de los principios sobre los derechos humanos*. La reforma constitucional, al establecer estos criterios interpretativos, los coloca jerárquicamente

[8] Para una introducción a estos principios puede verse Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, FLACSO, 2013, pp. 17-46. He abordado algunos problemas de la noción de universalidad y los derechos morales en Cruz Parcero, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayos para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 54-59. Un debate sobre los problemas de la noción de universalidad que maneja Luigi Ferrajoli podría ilustrar también los problemas del uso del concepto de universalidad, al respecto véase la crítica de Riccardo Guastini en "Tres problemas para Luigi Ferrajoli", en Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales: Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 57-62.

sobre otros criterios que la misma Constitución establece y sobre los que las leyes secundarias contemplan. Por ejemplo, la Constitución establece en el artículo 14, párrafo 4, que: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho". Se entiende ahora que este criterio interpretativo, en los casos donde estén involucrados derechos humanos, deberá ceder ante el principio *pro personae*, y los criterios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

8. *Casos que involucran derechos humanos y casos que no lo hacen*. De lo que acabamos de mencionar en el punto anterior se desprende que también son necesarios algunos criterios para identificar casos donde los derechos involucrados son derechos humanos y no otro tipo de derechos.
9. *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*. Con las reformas se genera una obligación específica de todos los jueces y tribunales en México de realizar un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, pero queda todavía como un problema metodológico los criterios y formas en que los jueces han de cumplir con esta obligación. También queda como parte de la discusión de una teoría constitucional si este control es exclusivo o no del poder judicial.

En este capítulo no podemos abordar todas estas cuestiones ni profundizar demasiado en las que abordemos. Destacaremos en particular el problema de la selección de una teoría de los derechos humanos que resulte adecuada, y luego me referiré a algunos problemas generales que una teoría constitucional doméstica tendría que abordar proponiendo algunas pautas específicas. Si bien estamos pensando en una teoría constitucional para México, consideramos que la situación de otros países es semejante. El propósito de este trabajo es abrir una discusión con los constitucionalistas, los expertos en derechos humanos y juristas interesados en la interpretación y aplicación de la Constitución, en torno a la necesidad de una teoría dogmática constitucional que desarrolle y se tome en serio las implicaciones conceptuales y los propósitos de la reforma al artículo 1 constitucional.

2.2. Sobre las teorías de los derechos humanos

Como se mencionó, los derechos humanos han sido reconocidos por la Constitución y con esto se puede decir que ha ocurrido un relativo desplazamiento de las doctrinas sobre las garantías o los derechos constitucionales. Al menos la doctrina constitucional más localista que tenía una concepción muy estrecha de los derechos constitucionales es ahora prácticamente obsoleta, al menos en todo lo que respecta a temas de derechos y sus garantías. Este desplazamiento no significa que, en la práctica, los operadores del derecho hayan cambiado aún sus formas de concebir los derechos, pero es evidente que existe una sensación generalizada de que se necesita un cambio teórico.

Las obligaciones interpretativas, a las que nos referimos antes, implican que ahora los intérpretes tienen que echar mano de teorías de los derechos humanos, lo que genera también el problema de considerar qué tipo(s) de teoría(s) de los derechos humanos puede(n) resultar adecuado(s). No cualquier teoría es apta para esta tarea, se requiere adoptar una teoría que cumpla con ciertas características. Lo más importante es que el intérprete que ha de aplicar derechos humanos *en México* se oriente por teorías coherentes con el nuevo marco constitucional e internacional en torno a los derechos humanos.

Partimos de reconocer entonces que la teoría que se desarrolle tiene que aceptar los lineamientos de un marco jurídico e institucional ya existente. A diferencia de una teoría filosófica-normativa, una teoría constitucional de tipo dogmática debe servir para comprender, explicar e interpretar un orden constitucional determinado. Y para esto hay teorías que no califican.

Muchos jueces y algunos constitucionalistas están muy desorientados al respecto; digamos que intentan resolver este problema pescando de donde pueden, pero la literatura sobre los derechos humanos es tan vasta —y de tan mala calidad en ocasiones — que cualquiera se pierde en ese mar tan revuelto. Para muchos es casi intuitivo acudir a las teorías de los siglos xvii y xviii sobre los derechos del hombre, especialmente a Locke y a teorías iusnaturalistas, para comprender lo que son hoy los derechos humanos. Esta salida tan socorrida tiene enormes problemas. Como

ya han señalado James W. Nickel y Samuel Moyn,[9] entre otros, el primero desde la doctrina contemporánea de los derechos humanos y el segundo desde un punto de vista histórico, las teorías de los siglos XVII y XVIII poco tienen que ver ya con la forma en que hablamos y comprendemos los derechos humanos.

Moyn sostiene que la idea actual de los derechos humanos emerge, en realidad, hace muy poco, ¡en la década de los setenta! Para el historiador de Harvard se trata de una serie de cambios histórico-políticos que tienen que ver con la pérdida de credibilidad del régimen soviético —no con su caída propiamente—, con el conflicto en Vietnam, con la aparición y proliferación de organizaciones no gubernamentales (ONG) enfocadas a temas de derechos humanos —como Amnistía Internacional—, con el surgimiento de la curiosidad de los intelectuales por el tema de los derechos humanos y con que los derechos humanos comenzaron a invocarse como guía de la política internacional de algunos países como Estados Unidos. Los derechos humanos emergieron en tiempos muy recientes como una nueva utopía para lograr otro mundo mejor basado en el respeto y la dignidad del ser humano.[10]

---

9 Nickel, James W., *Making Sense of Human Rights,* 2ª ed., Hong Kong-Singapur, Blackwell Publishing, 2007; y Moyn, Samuel, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 2010.

10 Una interpretación diferente la han hecho algunas autoras desde un punto de vista marxista. Tanto Naomi Klein como Susan Marks han sostenido que en la misma década en que surge el neoliberalismo también surge lo que denominan *el discurso contemporáneo de los derechos humanos*. La relación entre estos dos hechos históricos es, en la actualidad, motivo de un interesante debate entre historiadores y politólogos. Para algunos, el tipo de vinculación entre neoliberalismo y derechos humanos pasa por advertir algo más que una coincidencia histórica, para afirmar un vínculo muy estrecho de mutuo apoyo. *Cfr.* Klein, Naomi, *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism*, Nueva York, Metropolitan Books, 2007, y Marks, Susan, "Four Human Rights Myths", en Kinley D., Sadursky, W. y Walton, K. (eds.), *Human Rights: Old Problems, New Possibilities*, Londres-Estados Unidos, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 217-235. Para otros los derechos humanos serían una fuerza o movimiento que podría resistir y oponerse al capitalismo neoliberal, civilizarlo, Kinley, David, *Civilising Globalisation. Human Rights and the Global Economy,* Cambridge, Cambridge, University Press, 2009. Moyn ha sostenido que los vínculos históricos son evidentes, pero falta aún mucho para comprender mejor la relación entre neoliberalismo y derechos humanos. Lo que es claro para este autor es que el discurso de

La idea central de Moyn es que los derechos humanos representan ahora el nuevo umbral de la moralidad,[11] la *última utopía* que vino a desplazar a otras que desde el siglo XIX se habían presentado como opciones viables para la humanidad, especialmente las comunistas. Otros autores han percibido este cambio también, aunque no hayan sostenido una tesis tan tajante como la de Moyn.

Para la gran mayoría de expertos en derechos humanos, el cambio comenzó de manera progresiva desde la adopción de la Declaración Universal en 1948. Nickel, por ejemplo, sostiene que la visión contemporánea de los derechos humanos, contemplada en dicha Declaración y en los subsecuentes tratados de derechos humanos, difiere de las concepciones tempranas —las del siglo XVIII— en tres aspectos relevantes: primero, los derechos humanos son actualmente *más igualitarios*; segundo, *son menos individualistas*, y tercero, están *más orientados al ámbito internacional*.[12]

En primer lugar, son más igualitarios porque se han enfocado a luchar contra la discriminación basada en cuestiones raciales, religiosas, de nacionalidad, de género, de edad y porque se han admitido derechos económicos y sociales para buscar cambios en las condiciones de acceso y de disfrute de los derechos, derechos para mitigar las desigualdades sociales. En segundo lugar, los derechos humanos son ahora menos individualistas porque reconocen distintos grupos humanos y comunidades como sujetos especiales de derechos humanos. Así, diversos tratados se han enfocado en minorías vulnerables, la familia, las mismas mujeres y los grupos indígenas. En tercer lugar, son derechos orientados al ámbito internacional porque su ámbito de protección y acción ha superado el de las fronteras nacionales y las obligaciones de los Estados con sus ciudadanos. Los derechos humanos hoy han rebasado claramente los límites de las fronteras nacionales y sus soberanías, se han creado y fortalecido organismos y mecanismos internacionales de control y de exigencia contra los mismos

los derechos ha sido poco eficaz frente a las reformas neoliberales, Moyn, Samuel, "A powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalismo", Law and contemporary Problems, vol. 77, núm. 4, 2014.

11 Moyn, Samuel, *op. cit*., pp. 3-4.

12 *Cfr.* Nickel, James W., *op. cit*., p. 12.

Estados, los sujetos de derechos humanos pueden acceder ahora, todavía con limitaciones, a formas de protección internacional.[13]

El problema de hacer coherente la teoría constitucional con una teoría de los derechos humanos pasa por reflexionar qué significa este requerimiento, si basta simplemente con elegir cualquier teoría de los derechos humanos —así parece que muchos están pensando en resolver este problema—; si se trata más bien de que la teoría constitucional sea coherente con las prácticas internacionales en materia de derechos humanos —una manera más acertada de ver el problema—, o si se trata de encontrar o construir una teoría de los derechos humanos y los derechos constitucionales que sea coherente tanto con las prácticas internacionales como con algunos elementos esenciales de las mismas prácticas e instituciones constitucionales. Particularmente, creo que la cuestión es del tercer tipo.

Pero así como es ingenuo pensar que las teorías iusnaturalistas nos pueden ayudar a pensar los derechos humanos, existen otras teorías contemporáneas que también son un riesgo. Pensemos en las llamadas teorías *westfalianias* de los derechos humanos como la de John Rawls (*The Law of Peoples*, 1999). Rawls sostiene que los derechos humanos son solo aquellos que justifican una intervención sobre la soberanía de los Estados, ya sea para imponer sanciones económicas o para justificar una intervención armada. Rawls parte de distinguir los derechos constitucionales o fundamentales que operan en el ámbito doméstico —como los de las democracias liberales— y los derechos humanos que deben funcionar en la arena internacional. La lista de derechos humanos que propuso era muy reducida pues, para él, los derechos humanos han de ser pocos y muy importantes, aquellos que puedan ser reconocidos y aceptados por aquellos Estados que no comparten doctrinas liberales. De modo que la noción de derechos humanos debe abarcar solo aquellos derechos que los Estados nacionales no liberales —Estados jerárquicos— suscribirían.[14]

---

13 *Ibidem,* pp. 14-15.

14 Los derechos humanos para Rawls incluyen solamente el derecho a la vida, la libertad personal, la libertad de conciencia, el derecho de propiedad (personal), y el derecho a un trato igual frente a la ley. No incluye derechos de libertad de expresión y asociación, derechos de voto y derechos de par-

Con independencia de cualquier mérito teórico que pudiera tener la propuesta de Rawls, una concepción así sencillamente no podría adoptarse porque asume que los derechos humanos tienen una muy limitada aplicación en el ámbito doméstico y principalmente, porque va en contra de la forma en que se habla sobre los derechos humanos en el ámbito internacional[15] y contra los consensos internacionales que existen sobre cuáles son los derechos humanos. Teorías de este tipo no guardan relación alguna con los tratados que se han firmado y establecido sobre los derechos humanos por la mayoría de los países, ni con el papel que han jugado las cortes internacionales y otros organismos en esa materia.

Otro tipo de teorías que serían inadecuadas son las teorías escépticas sobre los derechos humanos. A nivel teórico se vale criticar y poner en duda la existencia y consistencia de la idea de los derechos humanos, pero a nivel de una teoría dogmática esto no es posible,[16] por lo que las teorías escépticas son descartables

---

ticipación política. Otros derechos estarían para él muy restringidos como el derecho a no ser discriminado por cuestiones de sexo, religión, raza, preferencias sexuales, etc. Tampoco incluye a los derechos económicos, sociales y culturales y ningún otro tipo de derecho semejante a los desarrollados por instrumentos internacionales en tiempos recientes.

15 Quizá algunos defensores de la concepción rawlsiana no estarían de acuerdo con que esta concepción no da cuenta de las prácticas internacionales; es cierto, de algún modo, que Rawls intentó que su concepción partiera del rol que tienen los derechos humanos en la sociedad de naciones a partir de su idea de razón pública, sin embargo, el rol que les asigna como estándar para la legitimidad de un Estado y para la no intervención de otros es simplemente, como sostiene Beitz, una estipulación, el rol que podemos observar en la práctica es mucho más amplio que el que supone Rawls. Véase Beitz, Charles, *The Idea of Human Rights*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 101.
Los Estados Unidos y algunas otras potencias como China y Rusia, suelen jugar hasta cierto punto al margen del derecho internacional, con sus propias reglas, no suelen sujetarse a tratados en materia de derechos humanos y menos a la jurisdicción de cortes internacionales en la materia, por ende, el discurso de los derechos humanos suele ser más un instrumento de su política exterior con poco o nulo impacto a nivel local. Una concepción como la rawlsiana obedece entonces a esta visión muy estadounidense de los derechos humanos como instrumento de su política exterior.

16 Como ha sostenido Santiago Sastre Ariza "con la expresión «dogmática jurídica» se acentúa la externalidad del derecho, en el sentido de que

para este propósito, con independencia de su plausibilidad teórica o de otro tipo de aportaciones marginales.

Es importante destacar como un criterio fundamental para adoptar —o construir— una teoría de los derechos humanos el que sea compatible con el discurso y la práctica de los derechos humanos a nivel internacional. Puede que esta compatibilidad sea una cuestión de grado, algunas teorías podrían ser compatibles en algunos aspectos, pero en otros no.

Un ejemplo de una teoría parcialmente compatible sería la de James Griffin.[17] Hasta cierto punto, esta teoría puede brindar una concepción aceptable de los derechos humanos y de su justificación. Tiene la virtud de integrar a los derechos sociales como parte de los derechos humanos, pero tiene el grave problema de proponer un solo valor para fundamentar a *todos* los derechos humanos; es, pues, una teoría reduccionista que propone al principio de autonomía como el único fundamento. Esta estrategia reduccionista le genera la necesidad conceptual de negar que los bebés, niños pequeños, algunos enfermos mentales y personas en estado vegetativo sean titulares de derechos humanos, pues son seres humanos que carecen de autonomía o no la tienen suficientemente desarrollada. En la teoría de Griffin esto no significaría dejar de reconocerles otros derechos y que no tuviésemos deberes hacia ellos, en su teoría se intenta que, esta consecuen-

aquella se ocupa de un objeto que se impone «desde afuera» a los juristas, del mismo modo que los dogmas se presentan como cuestiones indiscutibles al discurso de los teólogos. La externalidad del derecho está vinculada [...] con el principio de legalidad en el sentido de que un derecho de base legal o cuya principal fuente es la ley ofrece ya un producto suficientemente acabado o terminado para poder ser concebido como objeto de conocimiento y estudio por parte de la dogmática [...] Me parece acertado remarcar el carácter externo del derecho si a renglón seguido se insiste en que se incardina en una práctica en la que, al mismo tiempo, es construido en un juego de interpretaciones y comportamientos". Véase Sastre Ariza, Santiago, "Para ver con mejor luz. Una aproximación al trabajo de la dogmática jurídica", en Courtis, Christian (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, p. 160. Puede verse también el trabajo de Nino, Carlos, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1989.

17 Griffin, James, *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

cia, no tenga efectos nocivos. Más allá de que esto lo consiga o no Griffin, para una concepción como la que buscamos este aspecto de su teoría se opondría precisamente a la concepción de los derechos humanos que impera tanto en nuestra Constitución como en el derecho internacional.

Otro tipo de teorías que evitan el inconveniente de la teoría de Griffin, que se genera por fundar los derechos en un único valor, es apostar por una teoría pluralista, tal y como lo hicieran Carlos S. Nino o Rodolfo Vázquez.[18] Desde una perspectiva kantiana, tanto Nino como Vázquez apuestan por diferentes valores o principios: la autonomía, la inviolabilidad, la dignidad de la persona y la igualdad. La autonomía protege la libertad de toda persona de elegir libremente su plan de vida y los ideales de excelencia humana sin que el Estado intervenga para imponer alguno en particular. Este principio funda algunos derechos humanos, particularmente varios de los que solemos llamar derechos civiles y políticos. Este principio se opone al perfeccionismo. Por su parte, el principio o valor de la dignidad, ligado a la concepción de Kant, prohíbe tratar a una persona solo como un medio o instrumento para la satisfacción de intereses o deseos de otra, incluso cuando sean una mayoría. Este principio se opone a concepciones utilitaristas o agregativas y a nacionalismos extremos. La dignidad permite fundar derechos humanos básicos como el derecho a la vida, a la integridad, la intimidad, el honor, la identidad, entre otros. El principio de igualdad establece que toda persona pueda contar con recursos necesarios o el acceso a bienes que le permitan llevar a cabo una vida autónoma y digna. Este principio ordena un trato igual entre las personas en condiciones semejantes, y un trato diferenciado si existen diferencias relevantes. Este principio prohíbe la discriminación entre personas por razones que se consideran no justificadas como el sexo, la raza, las preferencias sexuales, el origen social, las creencias religiosas, la apariencia, etc. A su vez, este principio fundamenta los derechos económicos, sociales y culturales.[19]

---

18 Véanse Nino, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989 y Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-ITAM, 2015.

19 Vázquez, Rodolfo, *op. cit.,* pp. 1-8.

2.3. Algunas características que deben tener las teorías de los derechos constitucionales y humanos adecuadas para el caso de México

Debemos partir de la idea de que tanto la nueva regulación constitucional como las prácticas internacionales en materia de derechos humanos, especialmente la práctica regional, nos imponen un cierto tipo de *razones institucionales* que condicionan el tipo de teorías que pueden calificar como coherentes con el marco institucional. Intentemos ahora delinear algunos de los rasgos de esta teoría.

2.3.1. Derechos humanos y derechos constitucionales

Una teoría tendría que distinguir entre derechos humanos —cuya fuente jurídica puede ser la Constitución o un tratado internacional— y otros derechos fundamentales que establece la Constitución. La idea de una teoría de los derechos humanos es precisamente establecer los criterios que ciertos derechos cumplen para ser considerados como especialmente importantes, de un peso moral fundamental para la persona; como se ha dicho, se trata de una cuestión del estatus especialmente importante de algunos derechos. Algunos derechos, pese a formar parte de una Constitución, no reúnen tal estatus, por lo que no habría que confundirlos con derechos humanos. Tenemos dos tipos de criterios para establecer qué es un derecho humano: un criterio filosófico y uno político-institucional. Si bien estos criterios pueden operar de forma coherente o armónica, no siempre es así.

Los criterios institucionales nos llevarían a considerar que aquellos derechos que han sido reconocidos como derechos humanos en tratados y declaraciones internacionales *en principio* lo son. También, tales criterios institucionales nos llevan a considerar que si una Constitución se refiere a ciertos derechos como derechos humanos, en principio así tendríamos que considerar-

los. Sin embargo, como sostiene John Tasioulas,[20] la idea de los derechos humanos es una idea normativa, una idea que requiere de justificación moral (filosófica). Ni la práctica internacional, ni la práctica nacional sirven para autovalidar lo que es un derecho humano. El criterio filosófico o moral es necesario para poder establecer justificadamente lo que pueda contar como un derecho de la más alta jerarquía.

La teoría dogmática de los derechos humanos tendría entonces que reconocer que una Constitución como la nuestra reconoce derechos humanos, pero también otro tipo de derechos a los que dota de una jerarquía especial —constitucional— por razones diferentes a las que sirven como fundamento a los derechos humanos. Esta distinción es tanto teórica como práctica, pues genera necesariamente un tratamiento diferenciado de ambos tipos de derechos. Esta distinción es necesaria, pues de otra forma, confundir los derechos humanos con otros derechos produciría una concepción ininteligible de los derechos humanos. Por ello, lo que sea un derecho humano no puede ser una cuestión que se reduzca al capricho o voluntad de ningún tipo de legislador.

Una consecuencia directa de esta distinción consiste en que los principios interpretativos que antes mencionamos, especialmente el principio *pro personae*, no tendrían que operar tratándose de derechos constitucionales que no son derechos humanos. Estos criterios solo son aplicables a los derechos humanos.

La Constitución mexicana consagra algunos derechos que no pueden ser considerados derechos humanos. Esto los dota de la más alta jerarquía institucional, pero no de la más alta jerarquía moral, los criterios interpretativos reservados a los derechos humanos no serían aplicables para interpretar este tipo de derechos. El artículo 123 constitucional reconoce algunos derechos humanos de los trabajadores, sin embargo, es tan específico en configurar de forma detallada algunos derechos laborales,

[20] Tasioulas, John, "The Moral Reality of Human Rights", en Pogge, Tomas (comp.), *Freedom from Poverty as a Human Right. Who Owes What to the Very Poor?,* Oxford-Nueva York, UNESCO-Oxford University Press, 2007, pp. 75-101.

que posiblemente algunas concreciones específicas no cuenten como derechos humanos. Un ejemplo de un derecho constitucional que seguramente no califica como un derecho humano es el derecho de los trabajadores al reparto o participación en las utilidades de las empresas (art. 123, frac. IX, *F*). Otro ejemplo de un derecho constitucional que posiblemente no califique como un derecho humano —aunque sobre ello hay precisamente una discusión teórica— es el derecho de acceso a la banda ancha e internet (art. 6, párr. tercero).

Una teoría constitucional —dogmática— de los derechos humanos tendría como uno de sus propósitos distinguir entre los derechos humanos que están reconocidos en la Constitución y los que, sin ser derechos humanos, son derechos constitucionales. Esta diferenciación será muy importante respecto de otros temas que una teoría constitucional de los derechos humanos tendría que abordar, como el tema del control de constitucionalidad y de convencionalidad, el tema de las restricciones constitucionales a derechos humanos, el tema de la titularidad de los derechos humanos, entre algunos otros.

2.3.2. La teoría tendría que ser consistente con las prácticas internacionales

Hemos señalado que una teoría de los derechos humanos tendría que ser una teoría que encaje con lo que hoy son las prácticas internacionales de una serie de organismos internacionales —cortes de derechos humanos, comisiones, organismos no gubernamentales que se dedican a los derechos humanos—. Esto no significa que una teoría no pueda ser crítica de algunas prácticas, pero sencillamente una teoría que se aparte demasiado de la práctica internacional dejará de ser de utilidad. Este requisito es muy importante y la teoría doméstica que se construya para entender los derechos constitucionales ya no puede dar la espalda a tales prácticas internacionales.

La dificultad de cumplir con este requisito se encuentra en la poca comprensión y conocimiento que se tiene de estas prácticas a nivel internacional por buena parte de abogados y juristas.

Incluso a nivel teórico, la gran mayoría de los constitucionalistas han estado al margen de este conocimiento.

Aquí me referiré a cuestiones menos complejas pero muy importantes. Una de ellas consiste en que la práctica internacional en materia de derechos humanos ha concebido a los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos. Una teoría constitucional actual tendría que darles tal reconocimiento. En México, el problema no es tanto de reconocimiento constitucional, sino que la doctrina constitucional y la práctica judicial terminaron por concebir a los derechos sociales como *derechos programáticos* que no podían invocarse de modo directo —cosa sobre la que volveré en el apartado 2.3.4— y que los medios de exigibilidad, como el juicio de amparo que sirve para los otros derechos, no son considerados una vía adecuada para los derechos sociales. Tanto la doctrina como las prácticas judiciales e institucionales terminaron por separar derechos que el texto constitucional no separaba. Esta manera de pensar subsiste todavía incluso entre ministros de la Suprema Corte y entre algunos constitucionalistas y teóricos del derecho.[21] Ahora,

[21] Véase por ejemplo el trabajo de Schmill, Ulises y Silva Nava, Carlos, "Interés legítimo como elemento de la acción de amparo", en *Isonomía*, núm. 38, abril, 2013, pp. 247-268; donde sostienen precisamente que los derechos sociales son derechos programáticos: "Las normas programáticas no pueden hacerse efectivas mediante decisiones de carácter jurisdiccional, específicamente de amparo, ya sea por imposibilidad fáctica (caso del llamado derecho a la vivienda), o por exceder el dictado de la resolución las facultades del órgano jurisdiccional, como acontece en los supuestos de los artículos 25 y 26 constitucionales (rectoría económica del Estado y planeación económica del desarrollo), pues no es propio de los órganos jurisdiccionales, mediante el dictado de sentencias, sustituirse en facultades discrecionales de otras autoridades". *Ibidem*. p. 263. Para una crítica véase mi trabajo Cruz Parcero, J. A., "El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva", en *Isonomía,* núm. 39, octubre, 2013, pp. 185-213, en especial pp. 187, 188, 202 y 203; y aunque ahí no presento los argumentos de fondo para rebatir las ideas de Schmill y Silva Nava, podemos remitir al lector a algunos trabajos que abordan a detalle y rebaten tales argumentos, por ejemplo, Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Londres-Nueva York, WW Norton & Company, 1999; Fabre, Cécile, *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford, Clarendon Press, 2000; Abramovich, Víctor y

con la reforma constitucional del artículo 1, al menos para los jueces, magistrados, ministros y constitucionalistas —no lo sería para un teórico del derecho— es inaceptable mantener esa posición. La reforma implica que se acepte a los derechos sociales como genuinos derechos humanos con todas las implicaciones institucionales que se requieran.

2.3.3. Titulares de derechos humanos

Otro aspecto que tendría que desarrollar una doctrina de los derechos humanos tiene que ver con el problema sobre quiénes son los titulares de los mismos. Por supuesto, ya dijimos que teorías que rechazan hablar de los niños o bebés, o los enfermos mentales como titulares, no encajan. Aquí me referiré a dos problemas importantes. El primero consiste en justificar si las personas morales —corporaciones, empresas, asociaciones— cuentan o no como titulares de derechos humanos; el segundo, si algunos grupos, como los pueblos indígenas, cuentan o no como titulares —colectivos— de derechos humanos.

La primera cuestión sobre la titularidad de derechos humanos por parte de las corporaciones es una cuestión polémica.[22] Sin embargo, aunque el asunto es esencialmente polémico, en la SCJN al abordarse la cuestión en la contradicción de tesis 360/2013, sorprendió a muchos que la mayoría de los ministros llegaran a una unanimidad —al menos para mí, muy extraña— sosteniendo el criterio de que las empresas sí son titulares de *algunos* derechos humanos. Las razones que se ofrecieron fueron francamente malas. Inicialmente el proyecto de la ministra Margarita Luna Ramos se basaba en una falacia de petición de principio donde se dijo que, aplicando el principio pro persona,

---

Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Madrid, Trotta, 2002; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Editorial Legis, 2005, Cruz Parcero, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayos para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, entre muchos otros.

22 De este tema me ocuparé ampliamente en el Capítulo 5 de este libro, aquí adelanto el argumento principal.

se les debía reconocer derechos humanos a las personas morales, dado que eran "personas". Si precisamente la controversia recaía en si eran o no titulares de derechos humanos, la aplicación del principio interpretativo *pro personae* no podía usarse como un argumento para decidir esta cuestión. En el engrose, este argumento se sustituyó por otro, que podemos resumir de este modo: dado que las personas morales tienen reconocidos derechos en la Constitución, y por ende son titulares de derechos, entonces son también titulares de derechos humanos. El argumento incurre en el error de confundir los derechos humanos con los derechos constitucionales, tema del que ya hablamos en el apartado 2.3.1.

Pero más allá de la decisión de la SCJN, lo cierto es que no hay buenos argumentos para sostener que las empresas puedan ser reconocidas como titulares de derechos humanos. Es importante destacar que empresas y corporaciones importantes han estado presionando en diversos ámbitos, nacionales e internacionales, para que se les reconozca como titulares de derechos humanos. Estos grupos económicos poderosos han entendido que el hecho de que los derechos humanos cuenten con un estatus más importante podría afectar sus intereses económicos a escala global, en una era donde se habla y se exige mayor responsabilidad a las empresas por violaciones de derechos humanos. Si, en cambio, las empresas lograran posicionar sus derechos —constitucionales o legales— como derechos humanos, con el mismo estatus que el de los individuos, sus intereses se igualarían y de hecho terminarían prevaleciendo como ha sido hasta ahora. Por ejemplo, si una minera canadiense afecta gravemente la salud de las personas que trabajan y viven en una población en México, invocar los derechos humanos a la salud y a la protección de la vida de poco serviría si el derecho a la libre empresa, el derecho de propiedad de tal empresa o el simple derecho que se genera por una concesión pública se consideraran también derechos humanos. La estrategia consistiría en nulificar el peso especial que hoy se le comienza a dar a los derechos humanos en instancias de la administración de justicia nacional e internacional.

El error de no distinguir entre derechos humanos y derechos constitucionales, que no son derechos humanos, genera la falsa idea de que negarles la titularidad de los derechos huma-

nos a las empresas implica dejar de reconocerles derechos de los que han gozado desde hace mucho tiempo y que han estado protegidos constitucionalmente. Lo cierto es que la introducción del concepto de derechos humanos coloca a los derechos constitucionales de las personas morales en una posición secundaria en cuestiones interpretativas, cosa que las corporaciones y empresas han visto como un riesgo. En todo caso, considero que en el nuevo marco institucional se impone el reconocer esta diferenciación de derechos —y de titulares—, lo que conlleva a reconocer una cierta supremacía de los derechos humanos, una primacía de la persona, del individuo, frente a las "personas" legales.

El otro problema, el de si ciertos grupos como los indígenas son o no titulares —colectivos— de derechos humanos, suele asociarse al anterior. Se piensa que si se defiende que las personas morales no son titulares de derechos humanos, entonces tampoco lo serían los pueblos indígenas. Esta es una de las razones por las cuales la decisión de la Suprema Corte sobre las personas morales fue vista por muchos activistas en favor de los derechos humanos y, especialmente, de lo derechos indígenas, como una buena decisión, desde el punto de vista político. Muchos se cuidaron de criticarla.[23]

Pero el problema, me parece, es bien distinto. Consideremos dos razones: la primera refiere a lo que antes llamé el criterio institucional para reconocer derechos humanos. Es cierto que los derechos de los grupos indígenas están reconocidos como derechos humanos dentro del sistema internacional de los derechos humanos. El Convenio 169 de la OIT y una Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) les han dado tal estatus. En estos instrumentos se han reconocido, por ejemplo, derechos colectivos a la libre determinación de los pueblos, a la autonomía, a la lengua, a la cultura, etc. Esto es un hecho. En el caso de los derechos de las empresas, eso no ha ocurrido. La segunda razón sería normativa —filosófico-moral—.

[23] La Corte IDH acaba de emitir una opinión consultiva respecto al tema de la titularidad de derechos humanos por parte de las corporaciones o personas morales, que le viene como balde de agua fría a la SCJN, me ocuparé de ella en el capítulo 5.

Mientras que filosóficamente hay intentos serios para justificar los derechos colectivos indígenas (se sostiene, por ejemplo, que existe una justificación moral fuerte para verlos como titulares de intereses colectivos y que tales intereses no pueden reducirse a meros intereses individuales)[24] y para sostener que son derechos humanos, dado que tienen fundamentos similares a los demás derechos humanos (p. ej.: algunos consideran que se fundan en la autonomía, en algún valor como la igual consideración y respeto),[25] en el caso de las empresas, nadie parece sostener con buenos argumentos que sus derechos pudieran tener por sí mismos un fundamento similar al de los demás derechos humanos. Esto no implica dejar de reconocer que las personas tienen el derecho humano de asociación y la libertad de empresa, lo que se niega es que la corporación jurídica que se genere —de conformidad con leyes establecidas— tenga por sí misma derechos humanos. Sus derechos se justifican por razones instrumentales —económicas, de eficiencia, de seguridad jurídica, etc.— muy distintas.

La cuestión es compleja, pero es importante que una doctrina de los derechos humanos y de los derechos constitucionales pueda establecer qué grupos sí tienen derechos humanos y cuáles

[24] Joseph Raz ha propuesto un argumento para fundamentar moralmente el derecho colectivo de los pueblos a la autodeterminación, su argumentación se basa en valores liberales como la libertad y la autonomía. La autonomía está relacionada con las instituciones, las prácticas sociales y la provisión de bienes colectivos sin los cuales el individuo no lograría tal autonomía. Ciertas comunidades, no cualquiera, cuyas culturas comprenden aspectos significativos de la vida de sus miembros podrían tener entonces un derecho colectivo —dado que no es un derecho que pueda ejercerse de modo individual, ni se reduce a derechos individuales— a la autodeterminación. El valor fundante, la autonomía, es el mismo que sirve para fundar otros derechos individuales básicos. *Cfr.* Margalit, Avishai y Raz, Joseph, "National Self-Determination", *The Journal of Philosophy*, vol. LXXXVII, núm. 9, de septiembre, 1990, pp. 439-461; y Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon, 1988.

[25] Puede consultarse a Freeman, Michael, "Are there Collective Human Rights?", *Political Studies*, vol. XLIII, 1995, pp. 25-40; Tasioulas, John, "The Moral Reality of Human Rights", en Pogge, Tomas (comp.), *Freedom from Poverty as a Human Right. Who Owes What to the Very Poor?,* Oxford-Nueva York, UNESCO-Oxford University Press, 2007, pp. 75-101, entre otros.

serían estos. También es importante descartar que a cualquier persona colectiva —persona moral— se le atribuyan derechos humanos en tanto entidad jurídica.

2.3.4. Tipos de exigibilidad

Bajo el nuevo esquema constitucional, todos los derechos humanos y los derechos constitucionales pueden invocarse para controlar la aplicación de otras normas —bajo el sistema de control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad—; todos estos derechos son aplicables directamente en este sentido. Pero, por otro lado, algunos derechos humanos o constitucionales podrían también ser exigibles directamente a través de recursos judiciales como el amparo, mientras sea posible mantener la idea de que otros no puedan ser exigibles de este modo.

Si bien antes se pudo considerar por una parte de la doctrina que algunos derechos constitucionales —o humanos— eran "derechos de papel" que no tenían ningún rol normativo determinante; con los poderes que ahora tienen los órganos aplicadores del derecho, cualquier derecho humano o constitucional puede —y debe— aplicarse directamente para controlar la aplicación de otras normas secundarias. Su función normativa, en parte, consiste en condicionar la interpretación de otras normas, tanto en sentido negativo —rechazar ciertas interpretaciones— como en sentido positivo —fundar o garantizar ciertas interpretaciones—. Los derechos sociales, por ejemplo, ya no pueden verse como meras normas programáticas.

Sin embargo, podemos distinguir otras formas de exigibilidad que se pueden traducir en prestaciones directas o en el cumplimiento directo de los contenidos de los derechos. Es importante que una teoría de los derechos aborde de nuevo esta cuestión, ya no bajo el viejo prejuicio de que los derechos sociales no son derechos exigibles, sino bajo una nueva perspectiva de análisis para definir qué aspectos de un derecho constitucional o humano, que suelen estar reconocidos por normas muy abstractas, son o no exigibles de modo directo y en qué circunstancias. Se trata de desarrollar la idea de que si bien el contenido e implementa-

ción de los derechos suele requerir el desarrollo de legislación secundaria, hay ciertas circunstancias en que las personas no pueden esperar a que la legislación secundaria se desarrolle; o a que, habiéndolo hecho, haya sido inadecuada o insuficiente para proteger cierto tipo de contenidos especialmente relevantes de los derechos. Los jueces estarían llamados a actuar para proteger dichos derechos, pero se necesita un desarrollo doctrinal que ayude al juzgador en estos problemas.

2.3.5. Restricciones constitucionales

El tema de las restricciones constitucionales cobró relevancia por la manera en que se resolvió la contradicción de tesis 293/2011 y por cómo se adoptó una tesis jurisprudencial que plantea un serio problema interpretativo en torno al rol de las restricciones constitucionales. En esta decisión, y en la tesis correspondiente, se establece que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales forman un "parámetro de control de regularidad constitucional" —o bloque de constitucionalidad—, por lo que no se relacionan estas normas en términos jerárquicos. Sin embargo, se precisó que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá acatar lo que indica la norma constitucional. Esta precisión impone un límite al criterio interpretativo del principio *pro personae* que ordena elegir la norma que mejor desarrolle un derecho humano.

Una teoría constitucional tendría que dar cuenta del tema de las restricciones constitucionales y establecer los criterios para diferenciarlas de meras violaciones a derechos o de restricciones no legítimas. Un estudio reciente de Alejandra Medina Mora, Pedro Salazar y Daniel Vázquez (2015) contribuye mucho en esta tarea. Estos autores hacen un recuento de restricciones constitucionales y encuentran 89 restricciones a 21 derechos.[26] El estudio, pese a ser un gran aporte, pues hace algo que nadie había

[26] Medina Mora, Alejandra, Salazar Ugarte, Pedro y Vázquez, Daniel, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, 2015, pp. 75 y ss.

hecho antes y que justo ahora viene a llenar un hueco importante, pasa por alto la distinción entre derechos humanos y derechos constitucionales a la que aludimos en el apartado 2.3.1.

Si partimos entonces de que no todo derecho constitucional es un derecho humano, y de que la tesis jurisprudencial a que nos referimos alude a las restricciones a derechos humanos, dentro de las 89 restricciones que ellos contabilizan se encuentran algunas que no son restricciones a derechos humanos, sino a otros derechos. En caso de ser restricciones a otros derechos no vale, no les es aplicable la jurisprudencia que sostiene que prevalecerá la restricción constitucional sobre un derecho humano de origen internacional. Simple y sencillamente, la restricción no prevalece sobre el derecho humano porque no es una restricción de un derecho humano. Si de alguna forma llegara a darse un conflicto entre un derecho humano y una restricción a otro derecho constitucional —que no sea un derecho humano— debe prevalecer el derecho humano.

Medina, Salazar y Vázquez sostienen que deben cumplirse algunos estándares internacionales para determinar si una restricción constitucional a un derecho humano es legítima o no. Los estándares consisten en: *a)* que la restricción esté establecida expresamente en una ley —se entiende que en la Constitución—; *b)* que el objetivo de la restricción sea legítimo —se suelen reconocer como legítimos los siguientes fines: orden público, seguridad nacional, seguridad pública, bien común, salud pública y derechos de terceros—, y *c)* que sea proporcional —necesaria y adecuada—.[27] En su estudio, ellos aplican estos estándares a las 89 restricciones identificadas, pero nuevamente pasan por alto que algunas restricciones no son a derechos humanos. Es posible que una restricción a un derecho constitucional que no sea un derecho humano no tenga que sujetarse a este tipo de estándares y, por ende, que haya más flexibilidad para el legislador o para el intérprete constitucional a la hora de establecerlos o interpretarlos. Dejo apuntado aquí este problema, como he sostenido, este trabajo tiene como objetivo abrir una discusión general y no agotar los temas que he mencionado.

[27] *Ibidem,* pp. 59-69.

2.3.6. Control de constitucionalidad y de convencionalidad

La distinción entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad ha sido aceptada en varias decisiones de la SCJN. Sin embargo, con lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011 a la que nos referimos en el apartado anterior parecería que si ya no importa el origen de los derechos humanos y estos conforman un "parámetro de control de regularidad constitucional" o el llamado bloque de constitucionalidad, la distinción entre control constitucional y convencional se difumina. Y quizá es verdad con relación a los derechos humanos, pero ello no implica que la distinción deje de tener relevancia. Si aceptamos que hay otros derechos constitucionales que no son derechos humanos, ellos solo permitirían un control de constitucionalidad, serían una referencia para que las leyes secundarias respeten el contenido de esos derechos constitucionales. Sin embargo, convendría reflexionar más sobre las implicaciones de la distinción entre derechos humanos y derechos constitucionales con relación a este punto. No me queda claro cuál sería el fundamento de un control difuso en el caso de esos derechos constitucionales, pues al menos parece que el fundamento jurídico del control difuso se da con relación a los derechos humanos. Dejo abierto este problema con más dudas que ideas sobre cómo abordarlo.

2.4. A modo de conclusión

Parece incuestionable que las repercusiones de la reforma constitucional de 2011 al artículo 1 constitucional son de gran calado para nuestro sistema. La doctrina constitucional tiene hoy un reto muy serio, que como he tratado de defender en este trabajo, implica una seria revisión de carácter teórico. Una de las tareas es adoptar una concepción de los derechos humanos que resulte coherente con lo contemplado en la misma Constitución y con las prácticas internacionales en esta materia. Esto implica tener que usar teorías que satisfagan algunos rasgos relevantes y desechar otras que no lo hacen. El tipo de teoría que se tiene que construir es una de tipo dogmática, pues debemos partir de la

aceptación de la norma constitucional y de los tratados internacionales.

En esta revisión se debe también distinguir conceptualmente la noción de derechos humanos —ya sea que provengan o estén reconocidos en la Constitución o en tratados internacionales— y la de derechos constitucionales o fundamentales que no tienen el carácter de derechos humanos. Esta distinción, como he tratado de mostrar, tiene implicaciones al momento de abordar una serie de problemas como los de la titularidad de los derechos, particularmente con relación a la titularidad de las personas jurídicas o morales que no pueden ser concebidas como titulares de derechos humanos, pero sí de derechos constitucionales. La distinción permite aceptar que otras entidades colectivas, como los pueblos indígenas, sí pueden ser titulares de derechos humanos colectivos.

Otros temas en que impacta la distinción se refieren a la distinción entre control de constitucionalidad y de convencionalidad, y con relación a lo que ha de contar como una restricción a un derecho humano. Los principios interpretativos para los derechos humanos que se consagran en el artículo 1 constitucional, a su vez, operan solo para derechos humanos y no para otros derechos constitucionales que no tienen este carácter.

Con este trabajo hemos querido plantear el reto que tiene enfrente la teoría constitucional y dar algunos criterios sobre las profundas implicaciones doctrinales que conlleva la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Desarrollar esta teoría dogmática constitucional debe ayudar a guiar a los operadores del derecho en la aplicación e interpretación de la Constitución y de los derechos que contiene. Los problemas que en este trabajo hemos resaltado no son los únicos que se ven impactados por la reforma, la lista de problemas y el tratamiento a los mismos es todavía una tarea pendiente que tenemos que desarrollar.

Capítulo 3
El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Hacia un método de trabajo[1]

3.1. La reforma en materia de derechos humanos

La reforma constitucional al artículo 1 tiene una enorme significación para nuestro sistema jurídico. A partir de esta reforma podemos decir que nuestro sistema es ahora uno muy distinto. Hay dos problemas importantes relacionados con esta reforma: uno, un problema de actitud, y otro, un problema que podría llamar de capacidad. El problema de actitud tiene que ver con la manera en que los juristas, abogados y jueces ven la reforma. Existe mucha reticencia en algunos sectores de nuestra profesión para adaptarse a los cambios que exige esta reforma, a algunos sectores este cambio no les gustó, lo ven con desconfianza más que como un avance o una gran oportunidad. Algunas de estas actitudes en contra de la reforma se pueden observar incluso en algunos ministros de la Suprema Corte que han impulsado visiones regresivas para limitar los alcances de la misma.[2] El otro problema, el de

---

[1] Una versión previa de este trabajo se publicó bajo el mismo título en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos Humanos*, México, UNAM, 2015, t. V, vol. 1, pp. 463-482. La versión que aquí presentamos ha sido sustancialmente revisada.

[2] Pueden contrastarse el expediente Varios 912/2010, y la controversia constitucional 293/2011. En estas discusiones, especialmente en la discu-

capacidad, tiene que ver con cómo y con qué recursos se puede enfrentar el enorme reto de responder a las obligaciones que impone la reforma. Este problema de capacidad se puede ver desde varios puntos de vista, desde uno institucional —las capacidades institucionales para responder a este reto— y a nivel individual —la preparación que pueda tener cada juzgador, secretario, etc., para cumplir sus obligaciones—. Yo me centraré aquí en un aspecto importante que tiene mucho que ver tanto con la actitud como con la capacidad individual, me refiero a las obligaciones interpretativas de los juzgadores a la luz de la reforma en materia de derechos humanos.

El artículo 1 de la Constitución sitúa a los derechos humanos y a los tratados internacionales en esa materia como parte de lo que algunos han llamado un nuevo "bloque de constitucionalidad".[3] El párrafo segundo de dicho precepto establece una obligación hermenéutica de favorecer siempre la interpretación que garantice la protección más amplia de la persona, lo que se conoce como el principio *pro homine* o *pro personae*. Esta guía interpretativa se refuerza a su vez con la obligación de toda autoridad, incluidos todos los jueces, tanto locales como federales, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Las normas que podemos encontrar en el referido precepto constitucional establecen los siguientes cuatro criterios interpretativos:

---

sión de la controversia, se logró imponer una visión restrictiva, que más adelante comentaremos.

[3] Más allá de la discusión en torno a la expresión "bloque de constitucionalidad" que ha suscitado reticencias de algunos ministros de la Suprema Corte (SCJN) y en un sector de la academia, lo cierto es que esta idea es una consecuencia necesaria de la adhesión de México a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de nuestra reforma constitucional. La discusión en la SCJN por determinar el alcance y funcionamiento de este bloque de normas constitucionales y tratados internacionales es algo que se ha discutido y tratado de definir tanto en el expediente Varios 912/2010 como en las Contradicción de tesis 293/2011, cuyo proyecto correspondió al ministro Arturo Zaldívar.

a) Todas las personas gozarán de los derechos humanos. En esta parte del precepto constitucional se establece una transformación radical de nuestra carta magna al reconocerse expresamente a los derechos humanos y entender así a los derechos constitucionales —y algunos otros reconocidos en leyes secundarias— como derechos humanos cuando se trata de derechos básicos.[4] Este cambio es importantísimo, pues a nivel interpretativo vincula el razonamiento jurídico con el razonamiento evaluativo o moral. Vincula también a nuestra interpretación constitucional con las teorías de los derechos humanos, obligando a dejar de lado toda interpretación de los derechos constitucionales o garantías individuales con aires provincianos. Es decir, nuestra doctrina constitucional —que ha pecado muchas veces de localista— tiene ahora que armonizarse con teorías de los derechos humanos reconocidas internacionalmente.

b) Los derechos humanos han de interpretarse de acuerdo con el principio *pro personae*. Los alcances de este principio nos llevan igualmente a sostener que la interpretación que ha de hacerse es de carácter evaluativo, pues siempre deberá tenerse en cuenta el principio *pro personae,* que es un principio sustantivo que obliga, como veremos, a hacer comparaciones y justificar elecciones interpretativas que favorezcan la defensa de las personas. Como ha señalado José Luis Caballero, este principio está estrechamente relacionado con la cláusula de interpretación conforme,[5] su función es la de integrar distintas normas que pueden provenir de fuentes distintas, tanto internacionales como

[4] Ya vimos en el capítulo 2 de este libro que debemos mantener todavía una distinción entre derechos humanos que son también derechos constitucionales y derechos constitucionales que no son derechos humanos.

[5] Véase Caballero Ochoa, José Luis, "Comentario sobre el artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución (La cláusula de interpretación conforme al principio *pro persona*)", en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo; Caballero Ochoa, José Luis, y Steiner, Christian (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, SCJN-UNAM, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2013, t. I, pp. 47-88, pp. 57-59, 64 y ss.

nacionales, y darles una interpretación que corresponda con diversos criterios sostenidos por tratados de derechos humanos y por resoluciones de la Corte IDH.

c) Todas las autoridades deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Esta norma contiene una regla que obliga a cualquier autoridad —a *toda* autoridad en cualquier ámbito de los diferentes poderes del Estado— a respetar, promover, proteger y garantizar los derechos humanos.[6] En una segunda instancia, la norma puede entenderse como una regla de fin, pues las conductas exigidas quedan abiertas y generan discrecionalidad de los distintos funcionarios.[7] La misma norma puede entenderse también en determinadas circunstancias como un principio, donde se puede evaluar la fuerza con que las obligaciones se imponen a distintas autoridades, pues no es lo mismo que un funcionario menor del ámbito administrativo pase por alto estas obligaciones, a que lo haga un juez, un tribunal o alguna autoridad administrativa con mayor jerarquía y poder de decisión; tampoco será lo mismo que la falta de una autoridad tenga que ver con derechos que ponen en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, sin importar el rango de dichas autoridades, a que las faltas vulneren otros derechos. La gravedad de la falta y la responsabilidad que se pueda imputar a los responsables dependerá de circunstancias como las referidas.

d) Se deben usar los principios de *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad* cuando se interpreten los derechos humanos. La norma constitucional obliga a interpretar los derechos humanos con estos criterios que la comunidad internacional ha reconocido como válidos. Esto genera también un compromiso relacionado

---

6 Para un análisis de estas obligaciones puede verse: Serrano, Sandra, "Obligaciones del Estado frente a los derechos y principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos", en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo; Caballero Ochoa, José Luis, y Steiner, Christian (coords.), *Derechos humanos en la Constitución...*, *cit.,* pp. 89-132, pp. 101-127.

7 Para una caracterización de las reglas de fin, las de acción y los principios véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2ª ed., 2004.

> con el tipo de teorías de los derechos humanos que pueden usarse para la interpretación de la Constitución, pues estos criterios rechazarían a algunas concepciones de los derechos humanos que niegan, por ejemplo, tal carácter a los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente, estas concepciones serían antagónicas a esta concepción de los derechos humanos que se reconoce en la Constitución[8] y en tratados y prácticas internacionales.

La reforma establece criterios interpretativos que tendrán jerarquía sobre otros criterios utilizados para interpretar y aplicar las leyes. No olvidemos que la misma Constitución también alude a otros criterios interpretativos en otras disposiciones. Por ejemplo, el artículo 14 establece que:

> A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.
>
> [...] En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.
>
> En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

[8] En un debate reciente con Ulises Schmill y Carlos de Silva en torno a la interpretación del concepto de interés legítimo, les hacía la crítica de que su interpretación de tal noción ignora las obligaciones del artículo 1 constitucional, pues expresamente se niegan a admitir que los derechos sociales sean derechos. Tal posición, si bien es comprensible como una posición doctrinal, no puede ser ahora usada en la interpretación constitucional, pues la Constitución precisamente rechaza tal concepción. El principio de indivisibilidad de los derechos obliga a considerar a los derechos sociales como verdaderos derechos humanos. Esto se podrá seguir negando a nivel doctrinal por algunos, pero tales argumentos no pueden ser usados en la interpretación constitucional para favorecer posiciones precisamente contrarias a la idea de unidad de los derechos humanos. Véanse tanto Schmill Ordóñez, Ulises y Silva Nava, Carlos de, "El interés legítimo como elemento de la acción de amparo", *Isonomía*, núm. 38, abril, 2013, pp. 247-268, como mi crítica Cruz Parcero, Juan Antonio, "El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva", en *Isonomía*, núm. 30, octubre 2013, pp. 185-213.

El artículo 133 establece que son ley suprema la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión y los tratados internacionales, y establece que estos prevalecen sobre las constituciones y leyes locales, cuyos jueces tienen la obligación de hacer prevalecer las leyes supremas.[9]

Con los criterios del artículo 14 que se refieren a la irretroactividad y la prohibición de aplicar penas por analogía será difícil que surjan problemas, pues ellos mismos se pueden ver como instancias del principio *pro personae*. Con lo que sí pueden surgir problemas es con los criterios de interpretación literal y estricta que se establecen como prioritarios para los juicios civiles, pues ahora parece que siempre que estén involucrados derechos humanos en algún caso de esta naturaleza, deberá regir el principio *pro personae* por encima del criterio gramatical —si es que se presentara alguna contradicción o diferencia cualitativa entre las interpretaciones a que dieran lugar estos criterios—.[10]

Además, con la reforma se genera una obligación específica de todos los jueces y tribunales en México: el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Enseguida analizaremos esta obligación.

---

9 Precisamente la Suprema Corte decidió en la controversia constitucional 293/2011 que los tratados internacionales son parte del bloque de constitucionalidad, aunque se estableció que cuando la Constitución misma imponga una restricción expresa a algún derecho humano, esta prevalecerá sobre el tratado internacional. Sobre esta importante decisión y sobre el tema de las restricciones constitucionales véase el libro de Medina Mora, Alejandra; Salazar Ugarte, Pedro y Vázquez Daniel, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, 2015. Véase también mi comentario sobre este tema en "Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos", incluido en este libro.

10 En relación con este punto es muy importante tomar en cuenta la distinción entre derechos humanos y derechos constitucionales que no son derechos humanos que hicimos en el capítulo 2 de este libro. La diferencia es relevante porque no tratándose de derechos humanos prevalecería el criterio del artículo 14 constitucional. Por ejemplo, si se tratara de derechos entre empresas los siguen operando los criterios del artículo 14 constitucional y no es aplicable el principio *pro personae*. Sobre este punto, véase la discusión del capítulo 5.

Hay que llamar la atención sobre cierto fenómeno que está surgiendo e intensificándose a raíz de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos. Muchos jueces y tribunales están confundiendo el control de constitucionalidad y convencionalidad con hacer citas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —o Pacto de San José—, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los dos pactos internacionales de derechos humanos, entre otros tratados internacionales.

Sin embargo, es de hacer notar que en esta remisión a fuentes internaciones casi en la totalidad de los casos no se está haciendo propiamente una interpretación conforme y tampoco ninguna forma de control de convencionalidad. Como lo ha hecho notar Eduardo Ferrer Mac-Gregor, hasta ahora en México:

> [...] en muy pocos casos se puede advertir una clara interpretación conforme a los tratados internacionales como argumento principal. Si bien es cierto que en los últimos años se aprecia un mayor número de sentencias donde se invocan estos instrumentos y la jurisprudencia de la Corte IDH o incluso de otros tribunales internacionales, así como otro tipo de fuentes internacionales, la mayoría de las veces no se aprecia con claridad el objeto de su invocación, al no ser un argumento sustancial para su decisión, y la cita es más bien como un criterio "a mayor abundamiento"[...].[11]

Esta crítica de Ferrer parece aplicarse a muchas sentencias de varios tribunales y jueces, pues no se advierte que el control de convencionalidad y la interpretación conforme estén hasta el momento jugando un rol importante, salvo en decisiones de la SCJN.

¿Por qué la alusión a las fuentes de derecho internacional de los derechos humanos se queda en lo que Ferrer Mac-Gregor denomina como un uso simplemente para "mayor abundamiento"? En realidad, la crítica de Ferrer consiste en decir que no se está realmente haciendo un uso del control de convencionalidad, sino una mera mención que no contribuye a los aspectos sustanciales de los casos que se deciden.

---

[11] 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, Porrúa-UNAM, 2012, pp. 361-362.

Pienso que entonces uno de los retos importantes de los jueces y tribunales es comenzar a hacer realmente un control de constitucionalidad/convencionalidad y usar los criterios interpretativos en materia de derechos humanos en las interpretaciones que hagan de los preceptos decisivos en los casos que resuelven. En este capítulo trataremos de presentar un método incipiente que sirva de orientación a esta labor.

3.2. El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Hacia un método de trabajo

Ahora con la reforma, el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad son una obligación de todo juez en México, obligación que deriva de:

a) las sentencias condenatorias de la Corte IDH contra el Estado mexicano;
b) la misma Convención Americana sobre DH, en sus artículos 2 —deber de adoptar de derecho interno— y 29 —obligación de adoptar la interpretación más favorable—;
c) de la misma reforma al artículo 1 de la Constitución federal y, por último,
d) de la aceptación expresa del control difuso por parte de la SCJN en el expediente Varios 912/2010 relacionado con el caso *Radilla Pacheco*.[12]

De aquí surge un criterio interpretativo de primer orden que es el de la "interpretación conforme", que se relaciona estrechamente con el criterio de la "interpretación más favorable a la persona". La Corte sostuvo en el expediente Varios 912/2010,[13] que el control de convencionalidad supone tres pasos:

---

[12] Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", *...cit.*, pp. 339-429. También Caballero Ochoa, José Luis, "Comentario sobre el Artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución (La cláusula de interpretación conforme al principio *pro persona*), *...cit.*, pp. 47-88.

[13] Puede consultarse el resumen y el engrose en: *http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=121589&SeguimientoID=225*

a) Interpretación conforme en sentido amplio, que implica que los jueces deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos, favoreciendo a las personas la interpretación más amplia.
b) Interpretación conforme en sentido estricto, que significa elegir entre las opciones interpretativas la que mejor favorezca los derechos humanos y que evite incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.
c) Inaplicación de la ley cuando no se pueda hacer una interpretación conforme.[14]

Ahora bien, estos criterios son bastante generales y no se aprecia con más claridad en dicha resolución qué supone específicamente cada uno de ellos. Miguel Cano[15] ha propuesto un método para entender el control de constitucionalidad y convencionalidad que vale la pena comentar aquí. Su método supone cinco pasos:

a) Identificar qué derechos humanos están en juego en un determinado caso. En muchas ocasiones, nos dice, los tribunales no se percatan de que existen derechos involucrados en los casos que tienen que resolver. Es entonces desde la forma como se concibe un problema que es necesario adoptar un enfoque de derechos humanos.
b) Identificar el problema de contraste normativo. Se tienen que explicitar las normas de origen interno que son aplicables al caso y las consecuencias que se pueden derivar de su aplicación. Esta misma operación se tiene que hacer respecto del marco normativo internacional. En esta fase, remarca, debe justificarse el correcto uso de todas las fuentes involucradas, que requiere atender críticamente a la interpretación que se ha hecho de dichas fuentes.
c) Pronunciarse sobre cuál de los marcos normativos, el interno o el internacional, resulta el más favorable para

[14] Véase el apartado 33 del engrose, en la página 34.

[15] Cano, Luis Miguel, "Un futuro incierto para la práctica del control difuso de convencionalidad", en García Villegas Sánchez Cordero, Paula M. (coord.), *El control de convencionalidad y las cortes nacionales: la perspectiva de los jueces mexicanos*, México, Porrúa, 2013, pp. 103-120.

extender la protección de las personas y sus derechos humanos para el caso concreto. Si resulta que el marco normativo más favorable es el interno, hasta ahí termina el control difuso. Si en cambio, es el marco internacional, entonces se requiere otra fase más.

d) Aplicación de la cláusula de interpretación conforme. Aquí el autor se refiere a lo que la Suprema Corte sostuvo en el expediente Varios 912/2010: realizar primero una interpretación conforme en sentido amplio que no es sino un intento de armonizar nuestro sistema interno con el internacional; de no ser suficiente esto, se procurará una interpretación conforme en sentido estricto que implica "preferir la que haga a la norma interna acorde con el respeto y garantía de los derechos humanos observados a la luz del marco normativo de fuente internacional que previamente ya se determinó como el más favorable para el caso concreto, evitando así que este se vulnere, precisamente para no generar una responsabilidad internacional".[16] Cuando esto no es posible se pasa al quinto paso.

e) Inaplicación o invalidación de las normas provenientes del marco interno que no puedan conciliarse con las de fuente internacional que hayan resultado más favorables.

De este modo, Cano trata de explicitar las operaciones más importantes que tiene que hacer el juzgador cuando realiza un control de constitucionalidad y/o convencionalidad. Vale la pena revisar esta propuesta aquí.

Los cinco pasos que propone podrían resumirse, a mi modo de ver, así:

a) identificar los derechos humanos que están en juego;
b) identificar las normas relevantes —aplicables— tanto de origen interno como internacional;
c) elegir el marco normativo que resulte más favorable —si es el interno aquí concluye el control—;

[16] *Idem*.

d) si se elige el marco internacional proceder a realizar una interpretación conforme de las normas internas —en sentido amplio y estricto—, y
e) inaplicar las normas si no se puede hacer una aplicación conforme.

La idea de los cinco pasos me parece bien concebida, aunque difiero en algún punto sobre cómo entender las labores que han de hacerse en algunos de ellos.

El problema que encuentro está relacionado con la forma en que Cano entiende los pasos segundo y tercero. No considero que el contraste a que se refiere en el segundo paso se pueda entender únicamente como un problema de normas internas frente a normas de derecho internacional. Si partimos de que lo primero que se hace es identificar los derechos en juego, algunos derechos podrían desde el comienzo presentarse como el resultado de una combinación o lectura de fuentes internas y externas y confrontarse con otro(s) derecho(s) que tengan igual configuración. Desde luego que también podría ser un caso parecido al que Cano tiene en mente, esto es, un caso donde se pueda contrastar el derecho de fuente interna con uno de fuente internacional, donde se tenga que optar por alguna de las configuraciones. El punto es que las posibilidades que plantea una mera identificación de derechos son más amplias y, por ende, la operación de seleccionar el marco normativo más favorable —segundo paso— no se reduce a una confrontación entre derecho interno y externo. La reconstrucción del sistema normativo más favorable, y que pondere el valor de los derechos en pugna, quizá conlleve una interpretación integral de las normas de derecho interno e internacionales que resulten no solo más favorables a una de las partes, sino la que —debidamente ponderada y justificada— proteja a quien tiene el derecho más importante una vez tomadas en cuenta todas las consideraciones relevantes.

Dicho así, en el tercer paso se trataría de proponer una interpretación coherente y justificada que implique sostener la mejor interpretación posible del marco normativo relevante que es el llamado bloque de constitucionalidad. Trataré de hacer en el siguiente apartado más explícitas estas consideraciones y proponer un método alternativo para entender las operaciones involucradas en el control de constitucionalidad y convencionalidad.

3.3. Propuesta de método

Creo que el método sugerido por Cano ayuda a visualizar algunas de las tareas importantes que tienen que hacer los jueces que llevan a cabo el control de constitucionalidad/convencionalidad. Sin embargo, pienso que se podría mejorar la propuesta de este destacado abogado introduciendo algunas modificaciones y matices relevantes; los pasos, para comenzar, los reduciríamos a cuatro:

i. identificar los derechos en juego;
ii. hacer una interpretación conforme en sentido amplio;
iii. hacer una interpretación conforme en sentido estricto, y
iv. inaplicar las normas internas de ser necesario.

Trataré de entender estos pasos desde una concepción interpretativa muy cercana a la formulada por Ronald Dworkin, la razón de ello es que la propuesta interpretativa del derecho que propone Dworkin está pensada para casos difíciles, casos semejantes a los que aquí estamos contemplando.[17] Y dado que el control difuso implica la obligación de hacer un contraste evaluativo de tipo constitucional y convencional de los preceptos que se van a aplicar, esta perspectiva parece entonces adecuada para tales fines. El control e interpretación constitucional, me parece, quedan bien reflejados en la propuesta dworkineana, y como se trata de una concepción donde el intérprete debe presentar un propósito que guíe su interpretación, esto nos acerca mucho a la idea de que en nuestro sistema, hoy día tal propósito está fijado por la misma Constitución, esto es, la misma carta magna ordena favorecer la interpretación que más favorezca a las personas —principio *pro personae*—, lo cual significa que la interpretación debe favorecer la mejor concepción de los derechos humanos to-

[17] Véase Dworkin, Ronald, "Los casos difíciles", en su libro: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989. También su libro donde desarrolla de manera detallada su concepción interpretativa del derecho: *Law´s Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986 (no recomiendo la traducción castellana de esta obra). Se puede consultar para una buena explicación de la teoría interpretativa de Dworkin a Lifante, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, CEPC, 1999, especialmente el cap. V "La teoría interpretativa del derecho de Dworkin".

mando en consideración los criterios —interpretativos— de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

3.3.1. La identificación de los derechos en juego

Este primer paso consiste, como dijera Cano, en identificar los derechos en juego. Aquí se han de identificar tanto las pretensiones de las partes que se hacen en términos de derechos, como el material normativo que, en principio, parezca relevante al caso. En esta labor estamos comprometidos ya a considerar el marco normativo internacional de los derechos humanos como parte de nuestro sistema jurídico.[18] Así como tenemos que identificar las normas de diferentes jerarquías, también tenemos que identificar las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad. No importa ahora si la expresión "bloque de constitucionalidad" o la de "parámetro de regularidad" es mejor que la otra, lo que importa ahora es resaltar que en este "bloque" o "parámetro" se integran las normas derivadas de los tratados en materia de derechos humanos y las constitucionales. Y desde el momento de identificar los derechos en juego deben entonces considerarse también los derechos derivados de tales tratados.

Ahora bien, esta identificación de derechos no es definitiva, puede ser que al analizarse con más cuidado el caso y proponerse distintas interpretaciones del material normativo, la idea de cuáles son los derechos que están en juego se termine por modificar. Una idea que me parece muy valiosa de Cano es su insistencia en que desde esta primera etapa debemos tener un enfoque —actitud y sensibilidad— de derechos humanos, pues de no adoptar tal enfoque no asumiríamos la actitud interpretativa que la Constitución requiere de los jueces y los miembros de los tribunales —y en general de toda autoridad—.

[18] En la controversia constitucional 293/2011 el Pleno de la Suprema Corte resolvió que tanto los derechos humanos contenidos en la Constitución como en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional. Para un análisis de esta resolución, sobre la cual más adelante abundaremos, véase Medina Mora, Alejandra; Salazar Ugarte, Pedro y Vázquez, Daniel, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, 2015.

También será muy importante que desde este momento se comiencen a distinguir los derechos humanos de los derechos constitucionales —o legales— que no son derechos humanos. Es posible que desde esta etapa se logren realizar algunos descartes importantes para no caer en el error conceptual de creer que todo derecho jurídicamente reconocido en la constitución o en otra fuente legal es —por el mero hecho de ser un derecho— un derecho humano. Es importante tener en cuenta esta distinción desde el inicio, aunque posiblemente surjan casos difíciles que se tengan que determinar en las etapas posteriores.[19]

3.3.2. La interpretación conforme en sentido amplio

La obligación de interpretar las disposiciones internas y contrastarlas con el *corpus iuris* interamericano y con el *corpus iuris* internacional en materia de derechos humanos conlleva una labor interpretativa compleja. La interpretación conforme en sentido amplio consiste, en buena medida, en presentar propuestas de interpretación de ese material normativo donde se logre una armonización de los derechos en cuestión con las normas que parecen relevantes o aplicables al caso. También implica descartar interpretaciones que lleven a contradicciones graves con los derechos humanos. Y me refiero a "contradicciones graves" porque no podemos soslayar que las normas constitucionales —y en general la legislación interna de un país— tienen también otros fines y valores distintos que proteger y promover. De forma que cuando surge una aparente contradicción entre alguno de esos valores o fines y algún derecho humano, algo que se tendrá que evaluar —en la siguiente etapa— es si el derecho humano en cuestión tiene que prevalecer o no. Solo cuando desde el inicio se aprecie una violación grave o significativa se podría descartar una propuesta interpretativa, sin necesidad de entrar a ponderar los fines y valores que en ese caso se oponen a los derechos.

Aquí es muy importante llamar la atención sobre el tipo de teorías —o concepciones implícitas— que se tengan y se de-

[19] Véase con más detalle la distinción que hacemos aquí en los capítulos 2 y 5 de este libro.

fiendan sobre los derechos humanos —cosa que se verá reflejada en la forma como los jueces argumentan—. Precisamente la posibilidad de que consideraciones consecuencialistas sobre otros valores o fines puedan entrar en colisión con derechos y puedan prevalecer en algunas circunstancias, es algo que unas teorías —o concepciones— aceptan y otras rechazan.[20] Desde

[20] Para el *consecuencialismo* el valor de las acciones depende de las consecuencias que producen, si las acciones desencadenan consecuencias en la realidad, esos cambios son los que importan y los que hay que valorar. En cambio, para el *deontologismo* las acciones se guían por principios morales y, por ende, las acciones mismas son correctas o incorrectas con independencia de las consecuencias que producen. El utilitarismo es una teoría consecuencialista que propugna por que las acciones maximicen el bienestar o la felicidad de la mayoría de las personas, mientras que una teoría como la de Kant sería un ejemplo de una teoría deontológica, donde las acciones están guiadas por un imperativo categórico (principio). Sin embargo, solo cierto tipo de interpretaciones de estas teorías, como sostiene Rafael Cejudo, abonan a presentar este tipo de teorías como si existiera entre ellas un abismo insalvable. Las teorías éticas de tipo consecuencialista han intentado en las últimas décadas responder a las críticas deontologistas que las acusan de no tomar en consideración los principios y las reglas para evaluar las acciones. Por ello, muchos autores han tratado de concebir un consecuencialismo ampliado donde tanto los principios —y normas en general— como las consecuencias son factores relevantes. Véase: Cejudo Córdoba, Rafael, "Deontología y consecuencialismo: un enfoque informacional", en *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 42, núm. 126, diciembre, 2010, pp. 3-24. Esta discusión se ve a su vez reflejada en el ámbito de las teorías de los derechos humanos, que en principio han sido teorías concebidas como más próximas al deontologismo, pero que han ido adaptándose para ser más sensibles a las críticas consecuancilaistas. Una teoría de los derechos humanos que trata de combinar tanto la aproximación deontológica como la consecuencialista es la de James Griffin, véase *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008. En especial el capítulo 2: "First Steps in an Account of Human Rights". En la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, concepción quizá más familiar para los juristas mexicanos, el problema parece resolverse negando que los principios o los derechos tengan un carácter absoluto —cosa que ya es algo muy extendido entre las teorías de los derechos—. Si los derechos o los principios se entienden como *prima facie*, podrían entonces entrar en conflicto unos con otros y con otros fines y valores y resolverse estos problemas por medio de la ponderación. Véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, ver pp. 105-109. También una concepción como la de Dworkin, donde se entienden los derechos como *triunfos políticos* sobre las decisiones mayoritarias, no tiene por qué con-

mi punto de vista, una teoría adecuada de los derechos humanos no puede cerrase a admitir la posibilidad —siempre excepcional— de que otros fines o valores puedan llegar a prevalecer en algunas circunstancias sobre los derechos humanos. Entre otras razones está que el derecho pretende ser eficaz y servir a fines sociales diversos, por ende, el derecho tiene compromisos institucionales que pueden restringir justificadamente el alcance de algunas pretensiones basadas en derechos. Por ejemplo, desde un punto de vista de los valores institucionales del derecho, es necesario reglar los procedimientos legales, y ello, en muchas ocasiones, implica imponer restricciones, condiciones o requisitos —plazos, términos, reglas procesales en general, etc.— a las personas para generar certeza, seguridad y condiciones de ejercicio de los derechos. En ocasiones, fijar estas restricciones puede resultar en violaciones de derechos humanos pero, *en principio,* algunas restricciones resultan necesarias y justificadas aun cuando cierto grado de arbitrariedad sea inevitable. Por ejemplo, decidir sobre el plazo adecuado para contestar un recurso podría llevar a debatir si se debe fijar entre cinco o seis días hábiles, o que un juez decida imponer siete años o siete años un mes de pena de prisión —dentro de un máximo de diez y un mínimo de tres años— pueden ser discusiones donde quizá no podamos tener razones muy fuertes para justificar el plazo en cuestión o la pena, en este sentido habría una cierta arbitrariedad en la decisión. Pero que una diferencia marginal sea muy difícil de justificar —incluso imposible en ocasiones—, no significa que no se pueda justificar el rango o el parámetro que se está usando frente a otros. Las distinciones entre reglamentar, restringir y violar un derecho suponen precisamente que existe necesidad de limitar derechos, pero a su vez, que existen algunos criterios para justificar el grado en que se limitan, mismos que nos permitirían apreciar casos en que se rebasan tales límites y, por tanto, podríamos considerar que se transgreden o violan derechos.[21]

cebirse como una posición donde los derechos nunca ceden frente a otras consideraciones no basadas en derechos, aunque para Dworkin esos casos serían excepcionales y caos de urgencia; al respecto véase: Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *...cit.,* p. 285.

21 Para profundizar sobre las nociones de "límite", "restricción" y "suspensión" de derechos, véase: Nash Rojas, Claudio, "La protección internacio-

Para que los jueces puedan llevar a cabo de manera correcta esta labor de armonización del derecho interno con el *corpus* internacional se requiere que conozcan bien los tratados en materia de derechos humanos relevantes para la(s) materia(s) de su competencia, que conozcan los criterios de la Corte IDH, tanto su jurisprudencia obligatoria como otros criterios interpretativos que pueden guiar al intérprete.[22] Se puede creer que esto es algo fácil de lograr, pero en un país como México, es un enorme reto para todos los jueces del país, tanto locales como federales —y en general para cualquier aplicador o intérprete del derecho—, que tradicionalmente han estado alejados de este tipo de prácticas. Se trata de una obligación que tienen los juzgadores frente a la cual muchos no están preparados para cumplir de manera satisfactoria, independientemente de cuál sea su actitud frente a la reforma. También requiere poder usar bien ciertos argumentos interpretativos, por ejemplo, los argumentos sistemáticos, los teleológicos, la argumentación con principios, entre otros.

Otra idea que nos guía en este ejercicio interpretativo es la de buscar dos tipos de armonización:

a) armonizar las leyes con la Constitución y con las normas del *corpus* internacional en materia de derechos humanos, y
b) armonizar las normas constitucionales con las del *corpus* internacional en materia de derechos humanos.[23]

---

nal de los derechos humanos: reglas comunes", en Nash Rojas, Claudio y Mujica Torres, Ignacio (eds.), *Derechos humanos y juicio justo*, Lima, Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos y Colam-Organización Interamericana Universitaria, sin fecha; disponible en *http://www.corteidh.or.cr/tablas/27187.pdf*

22 La SCJN en la controversia constitucional 293/2011 sostuvo que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para los jueces mexicanos incluso en casos donde el Estado mexicano no sea parte.

23 En este sentido el Pleno de la SCJN en la controversia constitucional 293/2011 ha sostenido que en caso de una restricción a los derechos humanos establecida por una norma constitucional, se debe privilegiar la restricción constitucional sobre la interpretación bajo el criterio *pro personae*. Esta resolución es muy polémica, al menos en estos términos y sin mayores matizaciones. Varios ministros al emitir su voto dijeron que no se trataría de una regla absoluta. El ministro José Ramón Cossío advirtió que se tra-

3.3.3. La interpretación conforme en sentido estricto

La interpretación conforme en sentido estricto tiene, a mi parecer, una estrecha vinculación con lo que algunos autores han llamado los métodos de interpretación teleológico-evaluativos.[24] Esto es, cuando en la primera etapa generamos dos o más interpretaciones jurídicamente plausibles (la SCJN habla de interpretaciones "válidas" en el expediente Varios 912/2010), el paso siguiente no implica simplemente elegir cualquiera de ellas, sino justificar una elección en atención al criterio de la interpretación que resulte más favorable a la persona. Aquí ya no cuenta el criterio de interpretación conforme en sentido amplio, pues se

taba de una regresión a la reforma del artículo 1 constitucional y no votó el proyecto del ministro Arturo Zaldívar. Para que un criterio así pudiera mantener cierta armonía con la misma reforma constitucional y no verse simplemente como una regresión, tendrían que hacerse algunas matizaciones a la aplicación del mismo. Por ejemplo, una restricción constitucional que vulnere gratuitamente los derechos humanos sin que sirva para una protección de otros valores importantes parecería un exceso y una clara regresión inaceptable. Así, por ejemplo, durante la discusión de dicha contradicción de tesis los ejemplos recurrentes fueron el caso del arraigo y el caso de la limitación de algunos derechos políticos a los ministros de culto. La discusión de la constitucionalidad de estos casos no puede darse, a mi juicio, por una regla como la adoptada, pues tal regla tendría que estar a su vez interpretada acorde con la misma reforma constitucional. Para que ello fuera así, las restricciones constitucionales a los derechos humanos tendrían que tener algún fundamento sólido —razonable— en otros valores constitucionales, de otro modo simple y sencillamente el criterio podría interpretarse como un cheque en blanco al legislador para violar derechos humanos. Reducido al absurdo el argumento podría llevarnos a ver como compatibles el tener una Constitución groseramente violatoria de los derechos humanos que a su vez mantenga el artículo 1.

En el libro sobre las restricciones a los derechos humanos de Alejandra Medina Mora, Pedro Salazar Ugarte y Daniel Vázquez, luego de analizar la resolución de la controversia constitucional aludida y los votos particulares de los ministros que recayeron sobre la misma, proponen una interpretación de lo que deba entenderse por "restricción constitucional" basada en criterios de proporcionalidad aceptados a nivel internacional, véase *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia, ...cit.*, pp. 59 y ss.

[24] Véase MacCormick, Neil y Summers, Robert, "Interpretation and Justification", en Neil MacCormick y Robert Summers (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Inglaterra, Ashgate, 1991.

supone que las interpretaciones en pugna lo satisfacen. La interpretación conforme en sentido estricto debe implicar algo más que generar interpretaciones coherentes con los derechos y con la Constitución. El tipo de operación nos lleva a usar métodos interpretativos que van desde argumentos teleológicos, hasta argumentos sustantivos que apelen a los valores y fundamentos de los derechos humanos. Se deberán seleccionar los valores que ofrezcan una mejor justificación del derecho y, en este sentido, la interpretación que mejor realice estos valores. No solo son admisibles argumentos valorativos, sino también podría requerirse de argumentos de tipo consecuencialista que nos adviertan de las implicaciones fácticas.

Incluso en esta etapa se puede requerir usar métodos de ponderación que nos ayuden a justificar la prevalencia de algún derecho humano sobre otro, o respecto de otros fines y valores del sistema, de conformidad con criterios de proporcionalidad. Cabe recordar que en estos métodos de ponderación lo fundamental son los argumentos sustanciales que se ofrecen para sostener la importancia de un derecho o conjunto de derechos frente a otro u otros. El uso de fórmulas *a lo* Alexy no contribuye mucho a la justificación y ha generado muchos malos entendidos sobre el criterio de proporcionalidad.[25]

Al parecer, la interpretación conforme en sentido estricto consiste en buena medida en algo muy semejante a lo sugerido por Ronald Dworkin en su famoso libo *Law's Empire* (1986).[26] Dworkin sostiene que la interpretación se da en tres fases: una

[25] Es un error concebir la propuesta de ponderación de Robert Alexy como la aplicación de una fórmula —su fórmula de peso—, el error él mismo lo ha propiciado al buscar una racionalización excesiva de lo que no puede ser sino un proceso argumentativo. Lo importante en la ponderación son en todo caso los argumentos que se den para justificar los juicios de preferencia de un derecho sobre otro. El valor de la propuesta de Alexy reside, a mi juicio, en proporcionar tres subcriterios —necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto—, que por su relevancia ayudan a dimensionar el conflicto —o aparente conflicto— entre derechos o principios. Para una crítica a Alexy en este sentido véase Atienza, Manuel, "A vueltas con la ponderación", en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, núm. 40, Granada, Universidad de Granada, 2010.

[26] Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

preinterpretativa, otra interpretativa y una tercera posinterpretativa. La etapa preinterpretativa consiste en reconocer el material jurídico relevante al caso. En la segunda etapa de Dworkin, la interpretativa, se tienen que proponer interpretaciones que se ajusten a dicho material, es decir, que guarden coherencia con él, descartándose aquellas interpretaciones que se consideren incoherentes. De este proceso, en ocasiones puede resultar una sola interpretación viable, pero con frecuencia surgen varias interpretaciones que cumplen estos requisitos de coherencia y de ajuste en un grado alto, pero que apuntan en direcciones diferentes. Estas primeras dos etapas corresponderían a lo que aquí hemos explicado que tiene que hacerse tanto en la etapa de identificación de derechos como en la de interpretación conforme en sentido amplio.

En la tercera etapa de Dworkin, la posinterpretativa, se tienen que enfrentar las dos o más interpretaciones que hayan resultado con mayor plausibilidad —que resulten conformes en sentido amplio—, y se tiene que buscar cuál de ellas es la mejor. En la teoría de Dworkin, esta búsqueda se hace teniendo en mente cuál de las interpretaciones hace mejor nuestro derecho, entendido como una práctica social, es decir, bajo cuál de las interpretaciones nuestro derecho será más justo, más equitativo, más igualitario, etc. Y si estos criterios entraran en conflicto dado que alguna interpretación favorece más unos principios o valores que otros, entonces tenemos que decidir cuáles de estos valores son más importantes para el caso particular que se tiene que decidir. Esto implica entonces un ejercicio de ponderación de principios, derechos o valores. Ahora bien, en nuestro caso, los valores que entran en juego son entonces, en primer término, los protegidos o reconocidos por los derechos humanos, valores de tipo sustantivo que tienen que guiar al intérprete para encontrar cuál de las interpretaciones posibles es la que mejor satisface los derechos humanos, específicamente cuál de las interpretaciones cumple mejor y desarrolla el principio *pro personae*.

Aquí también entran en juego los criterios de *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad,* que son guías para interpretar los derechos humanos. De forma que se privilegia una interpretación sobre otra cuando una cumple mejor con estos criterios. Estos criterios, sin embargo, resultan todavía de-

masiado indeterminados, hasta en tanto la doctrina y la jurisprudencia no los desarrollen y refinen; su uso actual es muy variable, confuso y en ocasiones inconsistente.[27] Pasaré más adelante a abordar algunos problemas de estos cuatro criterios.

En esta etapa de la interpretación conforme en sentido estricto se tiene que hacer —siempre y cuando ello resulte necesario— un ejercicio interpretativo de carácter valorativo. Este es uno de los rasgos más importantes de una reforma como la del artículo 1 Constitucional, que nos lleva a la adopción plena de un sistema constitucionalista. Como han sostenido algunos autores, bajo el nuevo paradigma constitucionalista, que es donde nos encontramos ahora con la reforma, el razonamiento jurídico se politiza y/o moraliza debido a que establece un compromiso con los valores y los fines constitucionales, que en nuestro caso se concretiza en un compromiso con los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en tratados internacionales. Este cambio supone, como sostiene Josep Aguiló, "la sustitución del canon interpretativo de «Interpretación de la Constitución conforme a la ley» al canon «Interpretación de la ley conforme a la Constitución»",[28] lo cual significa que toda interpretación de la ley —cuando haya al menos derechos involucrados— requiere de un juicio valorativo, un juicio de que tal ley es o no coherente con la Constitución y con los derechos humanos. Este juicio evaluativo puede ser en algunos casos sencillo, si no se advierte ninguna tensión o contradicción aparente, pero podría requerir de sucesivos juicios e interpretaciones si estamos ante casos de

[27] Véase Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, UNAM, 2012, pp. 135-165. Este trabajo que trata de especificar en qué consisten estos criterios no deja de reconocer los enormes problemas que tienen aún las aproximaciones doctrinales, incluso los mismos autores de este ensayo no dejan de contribuir a tales confusiones teóricas, lo cual muestra que aún siendo conscientes de los problemas que implican estas nociones no es fácil hacer una conceptualización de las mismas que resulte coherente y que logre sortear algunas críticas recurrentes.

[28] Aguiló, Josep, *Sobre derecho y argumentación*, Mallorca, Lleonard Muntaner Editor, 2008.

colisión de derechos, tensiones entre valores o cualquier otro problema que nos genere más de una interpretación plausible de las normas, derechos y principios que consideramos relevantes.

3.3.4. La inaplicación de las normas

El cuarto y último paso solo se presentará en algunos casos extremos, donde las mejores interpretaciones nos lleven a sostener que no es posible una armonización de alguna(s) norma(s) con la Constitución y con el *corpus* de derechos humanos internacional. En tales casos extremos, el juez o tribunal tendrá que dejar de lado la norma a pesar de que la misma regule el caso de modo explícito. Recordemos que en el control difuso los jueces y algunos tribunales no tienen atribuciones para declarar la invalidez de la norma en cuestión, pero sí para inaplicarla por considerar que es contraria a la Constitución o a los tratados internacionales sobre derechos humanos. En el caso de que sea la Suprema Corte o un tribunal con tales atribuciones podrán, además de inaplicar, declarar la invalidez del o los preceptos en cuestión.

La cuestión de la inaplicación es obviamente más sencilla que un problema de declaración de invalidez de un precepto. Puede existir una línea muy difícil de trazar entre la posibilidad de realizar una interpretación conforme y la justificación de la inaplicación o la declaración de invalidez de un precepto legal —o constitucional—. En algunas ocasiones, la SCJN ha procedido —metodológicamente hablando— a discutir si una o varias normas son violatorias de la constitucionalidad o la convencionalidad. Cuando llegan a una respuesta afirmativa, entonces se preguntan si cabe la interpretación conforme. La respuesta en estos casos puede ser más complicada, pues previamente se abordan las discusiones al margen de este criterio interpretativo y vista así la cuestión parecería más difícil de decidir. En algunos casos, la Suprema Corte ha tenido que admitir la necesidad de forzar la interpretación conforme para evitar otras consecuencias normativas inadmisibles desde el punto de vista institucional. Un caso puede ilustrar mi punto.

En el amparo en revisión 567/2012, la Primera Sala de la Suprema Corte analizó si el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca,

concerniente al matrimonio, es violatorio de los derechos de las personas por transgredir la igualdad y el derecho a la no discriminación y al libre desarrollo de la personalidad. El artículo 143 define al matrimonio como: "un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida". La Corte respondió que sí es violatorio de tales derechos y luego se hizo la pregunta de si cabía una interpretación conforme. La respuesta fue que sí procedía la interpretación conforme respecto de una parte del precepto. Se dispuso, por una parte, que con relación a la disposición que establece que el matrimonio es el contrato "entre un solo hombre y una sola mujer", debe entenderse que se trata de un acuerdo de voluntades que se celebra entre "dos personas", por consiguiente, el matrimonio puede ser entre personas de un mismo sexo. Por otra parte, se declaró que es inconstitucional la parte relativa a que la finalidad del matrimonio es la "perpetuación de la especie" y debe inaplicarse a las quejosas, en este caso descartó la posibilidad de una interpretación conforme. Lo complejo de una resolución como esta es que una parte del precepto, el primer párrafo del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca, se declaró inconstitucional, mientras que en otra parte de dicho precepto se hizo una interpretación conforme que sugiere que se entienda algo distinto de lo que literalmente expresa el precepto. Parece que una de las opciones era inaplicar por inconstitucional todo el precepto, y aunque no se argumentó suficientemente sobre este punto, se puede apreciar que la razón para no haber hecho esto es que hubiera tenido la consecuencia de dejar al Código Civil sin una definición de matrimonio, y puesto que el matrimonio es una institución legal, si la ley no lo constituye no se habría podido realizar el acto jurídico de casarse. Por ende, parece que con algunas normas —reglas constitutivas— los efectos de la declaración de inconstitucionalidad pueden traer consecuencias graves —institucionalmente hablando—. Esta es una razón de tipo institucional —que parece plenamente justificada— para favorecer o haber forzado la interpretación conforme.

Sin embargo, la misma Primera Sala revisó su propio criterio en el amparo en revisión 152/2013, donde volvió a entrar al tema de la constitucionalidad del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca. En esta ocasión se trató de determinar si la parte del

precepto que refiere que el matrimonio es el contrato "entre un solo hombre y una sola mujer", viola o no derechos de un grupo de quejosos por discriminar a las parejas homosexuales al estigmatizarlos y privarlos de derechos que confiere el matrimonio. En esta ocasión, la Primera Sala, en contra de lo que sostuvo en el amparo en revisión 567/2012, sostuvo que procede declarar inconstitucional el precepto y que dicha declaratoria no crearía un vacío legal, pues aunque ese artículo define el matrimonio, "la legislación civil estatal prevé los derechos y obligaciones de los cónyuges; es decir, el artículo en cuestión no agota la regulación jurídica de la institución en su totalidad".

Como podrá observarse de este ejemplo, en todo caso la inaplicación por inconstitucional o inconvencional será un punto extremo, resultado de una evaluación —interpretación— donde se determine que no es correcta una interpretación conforme de dicho precepto, incluso cuando quepa tal posibilidad. De nueva cuenta estamos ante un caso donde se tiene que valorar las interpretaciones que sean plausibles y elegir, con base en razones, aquella que se considere superior.

3.3.5. Corolario

En suma, la propuesta de Cano que he comentado me parece interesante como punto de partida para una reflexión más profunda sobre lo que implica llevar a cabo un control de constitucionalidad/convencionalidad bajo las coordenadas de nuestra "nueva" Constitución. Mi punto de discrepancia más importante radica en que él destaca mucho el contraste entre derecho interno y derecho internacional y al hacerlo sostienen que se tiene que elegir qué sistema protege más a la persona. Esto creo que no puede verse así. Ello supondría que siempre las mejores interpretaciones posibles del "bloque de constitucionalidad" se presentarán con tal oposición —interno *vs.* externo—. Creo que nuestra reforma exige algo más, exige primero tomar al derecho internacional como parte de nuestro sistema, con lo que tal oposición se borra —al menos para este tipo de propósitos—. Y si ello es así, entonces lo que nos requiere la interpretación conforme es un ejercicio de coherencia que puede resultar más complejo

y que al llevarlo a cabo se nos presenten diversas alternativas interpretativas que nos lleven a tener que decidir cuál es la mejor en función de criterios interpretativos —*pro personae*, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad—. Como estos criterios no están del todo desarrollados, dotarlos de contenido implica entrar de lleno en una argumentación evaluativa político-moral. Esta conclusión, que a muchos puede no gustarles, es sencillamente una de las enseñanzas más importantes que nos ha legado el desarrollo de la filosofía y teoría del derecho de las últimas tres décadas —sin dejar de lado el desarrollo de la teoría constitucional y de las teorías de los derechos humanos de este mismo periodo—.

3.4. Los criterios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad

3.4.1. La universalidad

La *universalidad* ha recibido diversas interpretaciones y cada una de estas propuestas ha recibido críticas —en ocasiones demoledoras—, de modo que no hay nada como un consenso sobre cómo habría de entenderse este criterio. Algunos han pensado a la universalidad como una característica o rasgo de los derechos humanos. Los que defienden que la universalidad es una característica de los derechos afirman esta idea de varias maneras. Para algunos pocos se trata de una característica formal *de los enunciados* en que se formulan los derechos (Ferrajoli);[29] otros la consideran una característica de los seres humanos que suele formularse diciendo que "por el mero hecho de ser un ser humano se tienen ciertos derechos humanos" (derechos naturales). Esta idea, propia del liberalismo y contractualismo clásico (Locke), resulta bastante ingenua e incurre en lo que algunos autores han llamado un prejuicio de especie. Por ello, y para evitar esta caracterización, podría decirse que son ciertas características de los seres humanos —y no el mero hecho de ser un ser humano— lo

[29] Especialmente el libro donde discute su trabajo sobre derechos fundamentales: Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. por Antonio de cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.

cual justifica que se le adscriban derechos básicos; los candidatos más comunes de tales rasgos son las relacionadas con las capacidades racionales del ser humano (Griffin,[30] Talbott,[31] entre otros). Otros apuntan no en relación con rasgos de capacidades reflexivas, sino con rasgos del ser humano que lo hacen un ser con necesidades básicas, y serán entonces estos rasgos comunes a todos los seres humanos —pero no solo a los seres humanos— los que justificarán la satisfacción de tales necesidades y de este modo los derechos asociados con estas.

Pero hay otra manera muy diferente de entender la universalidad que está asociada a la idea de que los derechos humanos son exigencias morales —derechos morales—, cosa que implica mantener que para que una demanda de derechos se reconozca como un derecho humano, debe poder ser apoyada —justificada— por argumentos morales que tengan un peso especialmente fuerte.[32] Esto significa que tales razones morales tienen que ser razones que puedan *universalizarse*, es decir, razones que puedan aplicarse a todo posible afectado por ellas, o en otros términos, razones que se tienen que reconocer en cualquier caso semejante. La idea entonces es que los derechos, cuando se interpreten de conformidad con el criterio de universalidad, traerán como consecuencia un efecto expansivo en la medida en que los casos resulten similares. Un derecho humano reconocido expresamente en alguna situación específica se podrá aplicar a otra situación si resulta semejante, es decir, a otra situación a la que se le puedan aplicar también las razones morales que justifican al otro caso. Lo importante aquí es ver el rol central de la actividad argumentativa en que consistirá usar el criterio de universalidad. La idea de que la universalidad de los derechos radica en el tipo de razones morales que puedan ofrecerse no está reñida con las concepciones que postulan algunos rasgos o necesidades de los seres humanos como básicos o especialmente relevantes, simple y sencillamente destacan que tales rasgos, características o necesidades deben ser moralmente relevantes y usarse como razones en argumentos.

30 Griffin, James, *On Human Rights*, Oxford University Press, 2008.

31 Talbott, William J., *Which Rights Should Be Universal?*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2005.

32 Véase el capítulo 1, particularmente el apartado 1.5.

3.4.2. Interdependencia e indivisibilidad

Los criterios de *interdependencia* e *indivisibilidad* son todavía algo más complicados que el de universalidad. Más allá de una idea muy vaga no tenemos aún criterios precisos sobre ellos. Estos conceptos se introdujeron como una forma de contrarrestar algunas tendencias surgidas durante la Guerra Fría que propiciaron que en vez de que se redactara un solo Pacto Internacional de Derechos Humanos, aparecieran dos documentos, uno para los derechos civiles y políticos, y otro para los derechos económicos, sociales y culturales. Algunos países, especialmente los Estados Unidos de América, hasta la fecha solo han firmado el de derechos civiles y políticos, pues ciertas corrientes liberales en los países de Occidente sostenían —y siguen sosteniendo— que los derechos económicos, sociales y culturales no son verdaderos derechos humanos (dese Cranston[33] hasta Rawls,[34] entre muchos). Otros regímenes autoritarios contemporáneos encabezados por China, por ejemplo, intentan defender solo derechos sociales y económicos, pero restringen y tachan de occidentales a las libertades civiles y políticas. Ante esta situación de politización en torno a los derechos humanos, los mismos organismos internacionales, a fin de contrarrestar esta tendencia a separarlos y a poner en duda la legitimidad de algunos derechos, tuvieron que destacar que todos eran igualmente derechos humanos y que eran indivisibles e interdependientes. En 1993, en el marco de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, los delegados de los países proclamaron en la Declaración de Principios de Acción de Viena de 1993 la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.[35] Estos criterios están asociados, entonces, a la idea de que todos los derechos

[33] Cranston, Maurice, "Human Rights, Real and Supposed", en Patrick Hayden, *The Philosophy of Human Rights*, USA, Paragon House, 2001, pp. 163-173.

[34] Pueden verse la posición que asume de manera implícita tanto en su *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 1979; como en su último libro *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós, 2001.

[35] Véase Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica", *...cit.,* pp. 151-152.

humanos tienen una misma jerarquía y, por ende, es un deber de los Estados protegerlos y desarrollarlos por igual. Esta idea, sin embargo, es muy debatible y tendríamos que buscar otra forma más aceptable de entender la *interdependencia* y la *indivisibilidad*.

La idea de *interdependencia* nos dice que el respeto, ejercicio y/o disfrute de un derecho está asociado con el respeto, ejercicio y/o disfrute de otro u otros derechos. Que al violarse uno se afectan otros, que no se puede proteger uno sin proteger otros, etc. Por su parte, la idea de *indivisibilidad* se opone a las jerarquías entre derechos, categorizaciones y separaciones que tiendan a que los Estados protejan alguna categoría de derechos pero menosprecien otra, como sucede habitualmente con la distinción entre derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro.

Más allá de estas ideas básicas, tenemos muchos problemas con estos criterios. Primero, podemos decir que hay muchas formas en que los derechos pueden ser interdependientes, y en un sentido de esta interdependencia, algunos son más básicos que otros, esto es, unos sirven para fundamentar otros, y si esto es así, algunos derechos humanos son concreciones de otros derechos más generales. Esta idea, que no es difícil de aceptar, empero va en contra de la idea de que todos tienen la misma jerarquía —al menos si tomamos la idea de jerarquía desde un punto de vista moral— en el sentido de que unos son necesaria y conceptualmente más importantes que otros. ¿Qué tipo de jerarquía se afirma entonces cuando se dice que todos los derechos humanos son iguales? En realidad, pienso que no hay una manera sensata de salvar y hacer inteligible esta idea, pues es difícil rechazar la idea de que hay derechos más básicos que otros, que unos son derivaciones de otros en un sentido, de ser medios para un fin. Por ejemplo, el derecho a la vida y la integridad son derechos básicos que difícilmente podemos decir que están en pie de igualdad con el derecho a vacaciones periódicas pagadas del artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. No es lo mismo que un Estado viole y afecte la vida e integridad de sus ciudadanos a que no les proporcione y asegure vacaciones periódicas pagadas. Incluso podríamos decir, como algunos lo han hecho, que el derecho a vacaciones pagadas es en todo caso una mala formulación de un derecho humano más básico al descanso y recreación.

Segundo, aunque es cierto que los derechos son interdependientes, estas relaciones de interdependencia son de varios tipos —relaciones medio-fin, relaciones de justificación, relaciones de realización, etc.—, pero sería difícil sostener —aun en las relaciones de justificación— que todos los derechos están relacionados con todos. Y si aceptamos entonces la idea de que las relaciones de interdependencia son relaciones discretas, entonces tenemos enfrente la tarea de determinar cuáles son esas relaciones. En esto me parece radica el criterio de la interdependencia como criterio interpretativo, en establecer la naturaleza o tipo de relación que resulte pertinente en cada caso y en determinar el alcance de esas relaciones, es decir, determinar qué otros derechos entran en juego a la hora de hacer, por ejemplo, una interpretación conforme.

Tercero, es muy difícil exigirle a los Estados que no establezcan algún tipo de prioridades en el diseño de políticas públicas, e incluso en política criminal y política relacionada con la administración de justicia, que no parta de proteger unos derechos más que otros. Casi cualquier sociedad democrática tendrá entonces una agenda sobre qué tanta importancia darle a unos derechos a costa de desarrollar otros, importancia que en mucho se traducirá en destinar recursos para desarrollar políticas e instituciones. Si bien los derechos se complementan y están relacionados, esto no significa que las relaciones sean solo de armonía. A menudo surgen conflictos y la necesidad de elegir unos sobre otros. La interdependencia también implica que pueden darse relaciones de oposición. Cualquier conceptualización aceptable de la noción de "interdependencia" de los derechos humanos tiene que reconocer el hecho de que los derechos pueden entrar en conflicto en situaciones específicas y, por ende, que es ilusoria e ideológica la idea de que puede existir una plena o total armonía en el ejercicio y protección de los derechos.

3.4.3. Progresividad

El otro criterio es el de *progresividad,* que implica que el cumplimiento y satisfacción de los derechos es gradual y no una cuestión de todo o nada. Ahora bien, hay que entender que esta

idea de gradualidad vale desde un punto de vista estadístico o un punto de vista de diseño de las políticas públicas, pues no sería correcto decir que a alguien se le violó gradualmente un derecho a la vida, o un derecho a no ser violada, etc. Podemos hablar de gradualidad cuando evaluamos políticas y fines generales, no cuando evaluamos si a una persona en concreto se le afectó o no un derecho. Obviamente, dicho esto, algunos derechos son graduables incluso con relación al disfrute o afectación de una persona en lo individual, como cuando decimos que Carmen vio gravemente afectado su derecho a la libertad de expresión, pero que Pablo lo vio solamente restringido de manera leve. Lo que no hay que confundir, en todo caso, es que cabe hablar de progresividad o gradualidad en estos dos sentidos distintos. También la idea de progresividad está relacionada con la idea de que los derechos humanos establecen y protegen contenidos mínimos, pero que cada Estado parte debe buscar alcanzar dichos mínimos y progresivamente superarlos, quedando a su vez prohibidas regresiones no justificadas.

La idea de progresividad ha llevado a los organismo internacionales a propugnar por el establecimiento de metas y estándares de cumplimiento que comprometa a los Estados y se puedan generar criterios para establecer responsabilidades.

Como puede observarse, la idea de progresividad está muy relacionada con la de la interpretación más favorable hacia la persona, pues entre las normas de derechos humanos que pudieran entrar en conflicto habrá que preferir aquellas que han logrado más protección o más compromisos por parte del Estado y no aquellas que solo determinan los contenidos mínimos.

Capítulo 4
Interés legítimo y derechos humanos

4.1. Introducción

La reforma constitucional a los artículos 103 y 107 vino a cambiar las características que tenía el juicio de amparo al introducir la figura del *interés legítimo*. Este hecho, ligado al cambio constitucional en materia de derechos humanos, transforma el marco conceptual desde el que tenemos que pensar esta noción. El problema, como veremos, surge a partir de que la doctrina sobre el tema parte de una explicación de la noción siguiendo una tradición formalista y positivista. Como sostendremos en este capítulo, esta tradición se ha vuelto un grave obstáculo para proporcionar una noción coherente del *interés legítimo*. Otros intentos doctrinales que se han hecho —como los relacionados con los llamados *intereses difusos* o *colectivos*—, y que son en cierto sentido novedosos, terminan también por retomar acríticamente la tradición formalista y, por ello, fracasan al intentar una explicación doctrinal consistente.

En este trabajo propondremos que esta tradición debe dejarse de lado y lo que tenemos que hacer ahora es proporcionar una noción del interés legítimo —y del jurídico— acordes con la idea de los derechos humanos. Trataremos de explorar esta posibilidad y veremos sus ventajas frente a las otras explicaciones.

4.2. La doctrina tradicional en torno a los conceptos de interés jurídico e interés legítimo

4.2.1. Ihering y Kelsen, un vals desacompasado

La anterior Ley de Amparo (1936), al haber introducido el concepto de "interés jurídico" como parte de los requisitos de procedibilidad de la acción de amparo se alineó con una teoría de los derechos defendida desde el siglo XIX por Rudolf von Ihering, para quien los derechos subjetivos tenían que entenderse como intereses protegidos por las normas jurídicas.[1] A su vez, bajo la influencia de la poderosa doctrina kelseniana, tanto la dogmática jurídica como los criterios reflejados en las tesis jurisprudenciales en México retomaron la definición del concepto de derecho subjetivo como acción procesal e intentaron conciliarla con la idea del interés. Hasta hace muy poco, las definiciones de las nociones de interés jurídico y derecho subjetivo (Ihering y Kelsen) iban y venían en una especie de baile desacompasado, sin que nadie advirtiera que ambas doctrinas eran incompatibles, todo intento de eclecticismo irreflexivo resultaba —y aún resulta— muy problemático.

En un trabajo sobre el interés legítimo, el magistrado Jean Claude Tron hace un amplio recuento de la doctrina, tanto internacional como nacional, en torno al tema del interés jurídico y el interés legítimo. En este trabajo se puede observar que las definiciones y explicaciones sobre estos conceptos son sumamente problemáticas.[2] Uno de los problemas más recurrentes consiste en aceptar que el *interés jurídico* es equivalente a —o implica— un

[1] Véase su libro *El espíritu del derecho romano en sus diferentes etapas de desarrollo* (*Geist des römischen Rechts auf der verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. I, 1852, vol. II, 1865), trad. por Enrique Príncipe y Satorres, Comares, Granada, España, 1998. También se puede consultar su libro *El fin del derecho* (*Zweck im Recht*), trad. por Leonardo Rodríguez, Rodríguez Madrid, Serra, ed., 1971.

[2] Tron Petit, Jean Claude, "¿Qué hay del interés legítimo?", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal,* Primera parte, núm. 33, Segunda parte, núm. 34, 2012. En otra ocasión trataré de hacer un análisis de este interesante trabajo y comentar la propuesta de Jean Claude Tron, aunque algunas de las críticas que hago aquí a la que llamo "la doctrina tradicional" serían aplicables a su propuesta.

derecho subjetivo —en el sentido técnico o estricto que usó Kelsen, mismo que consiste en tener una acción judicial para reclamar el cumplimiento de un deber—.[3] Tener entonces un interés legítimo para que proceda el recurso de amparo equivale a tener un poder jurídico —acción— para poder reclamar ante un juez la imposición de un deber a otra persona. Lo absurdo de esta noción, que se usó de manera extendida en México para determinar si procedía o no el juicio de amparo, es que supone que tal poder jurídico o acción —derecho subjetivo en sentido técnico— es una acción procesal distinta de la acción de amparo, de modo que para tener acceso a una acción procesal —el amparo— se debía comprobar que se tenía otra acción procesal diferente del amparo.[4] Este absurdo surgió precisamente por combinar la definición de derecho subjetivo de Ihering con la de Kelsen y, particularmente, de definir la noción de interés jurídico en términos de derecho subjetivo.[5]

4.2.2. La doctrina administrativa

A los problemas conceptuales anteriores se añadieron nuevos problemas. En el ámbito del derecho administrativo fue consolidándose con el paso del tiempo una nueva figura, la del *interés legítimo*. La historia de esta noción en el derecho europeo del siglo

---

3 *Ibidem,* véase el capítulo 1 de este libro, particularmente el apartado 1.3.

4 Cruz Parcero, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos,* Madrid, Trotta, 2007, pp. 175 y ss.

5 Pueden consultarse, a modo de ejemplo de este tipo de definiciones, las tesis de jurisprudencia de rubros INTERÉS JURÍDICO. INTERÉS SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN (Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, tomo 37, primera parte, p. 25), y la tesis INTERÉS JURÍDICO DENTRO DEL ÁMBITO DEL DERECHO PÚBLICO EN QUE SE PRODUCEN LAS RELACIONES ADMINISTRATIVAS (Tribunales Colegiado Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Parte II, p. 302). En realidad este tipo de definiciones ha dominado tanto la doctrina como los criterios judiciales hasta hace muy poco en que se han presentado serias críticas a estas tesis y los criterios judiciales han comenzado a cambiar. Muy ilustrativo de este cambio resulta lo argumentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 315/2010, especialmente en páginas 25-44, cuyo ponente fue el ministro José Ramón Cossío.

xix muestra con claridad el objeto y fin de haberla introducido. La historia, en resumidas cuentas, consiste en que las decisiones administrativas de órganos del poder ejecutivo, el Consejo de Estado en Francia —y sus equivalentes en Italia, Alemania y España—, en uso de facultades discrecionales, terminaban afectando intereses de personas y grupos. En aquella época la noción de derechos —subjetivos— era muy restrictiva y comprendía básicamente derechos contractuales —propiedad, crédito, etc.— y algunos derechos civiles y políticos —libertad de expresión, de conciencia, derechos a debido proceso, etc.—, de modo que había muchos "intereses" de las personas y colectivos que no estaban conceptualizados ni reconocidos todavía como derechos. Sin embargo, el impacto que tenían las decisiones administrativas, que afectaban de manera arbitraria esos *intereses no protegidos jurídicamente,* hizo surgir la necesidad de crear algún mecanismo de protección que tuviera como objeto el control y supervisión de las decisiones administrativas que afectaban a las personas.

De esta forma y dentro de la teoría administrativa, surgió el concepto de *interés legítimo* que sirvió para que los ciudadanos afectados por decisiones administrativas pudieran tener la capacidad o poder jurídico de exigir a través de un nuevo recurso —una acción— el control y legalidad de los actos de la administración. Estos intereses estaban ahora protegidos por el derecho y podían reclamarse aunque no estuvieran conceptualizados como derechos subjetivos.

Los nuevos problemas teóricos que se derivaron de la introducción de la noción del interés legítimo consistían ahora en buscar su diferenciación de los intereses jurídicos, noción usada para conceptualizar la de derecho subjetivo. Sin embargo, muchos intentos doctrinales pasaron por alto que aquí había no solo tradiciones involucradas, sino problemas diferentes que surgieron de tales tradiciones. Los intentos de esclarecer las nociones de interés jurídico e interés legítimo difícilmente han podido escapar de los límites que la tradición les impuso, aun cuando muchas cosas han cambiado normativa, institucional y doctrinalmente hablando.

Si bien desde el siglo xix comenzó a desarrollarse toda una doctrina sobre los intereses jurídicos y legítimos que ha tenido especial impacto en el derecho administrativo y en el derecho proce-

sal, no podemos dejar de advertir que dichas doctrinas llegaron a presentar serios problemas de consistencia —problemas que persisten— cuando la noción de los derechos —subjetivos— de corte kelseniano entró en crisis por la aparición de un nuevo discurso en torno a los derechos, basado en los derechos constitucionales y en los derechos humanos que (re)surgieron después de la Segunda Guerra Mundial. Sobre este punto abundaremos más adelante.[6]

4.3. La reforma constitucional y la introducción del concepto de interés legítimo

La reforma constitucional a los artículos 103 y 107 vino a cambiar las características que tenía el juicio de amparo. Se trata de una reforma que puede venir a transformar radicalmente la forma en que se ha usado este recurso. Y digo "puede" porque, lamentablemente, la reforma tiene una serie de problemas interpretativos que también pueden ocasionar que los cambios se frenen a través de ciertas interpretaciones.

Los artículos 103 y 107, en la parte que nos interesa, sostienen lo siguiente:

> **Artículo 103.** Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:
>
> Por normas generales, actos u omisiones de 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 [...].[7]

---

[6] Recomiendo un estudio muy interesante de reciente aparición sobre el tema del interés legítimo en España: Medina Alcoz, Luis, *Libertad y autoridad en el derecho administrativo, Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión,* Madrid, Marcial Pons, 2016.

[7] Este artículo se reformó el 6 de junio de 2011. En el artículo 1 de la Ley de Amparo —en vigor desde el 3 abril 2013— establece a su vez que "El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad *que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección* por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; II. Por normas ge-

> **Artículo 107.** Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:
>
> **I.** El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser *titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo*, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos en esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.
>
> Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser *titular de un derecho subjetivo* que se afecte de manera personal y directa; [...] (las cursivas son nuestras)

La reforma a estos artículos introdujo un cambio fundamental: los tribunales federales deben resolver las controversias tanto en torno a la violación de los *derechos humanos* reconocidos por la Constitución y por instrumentos internacionales, como por violación de las garantías constitucionales; el juicio de amparo, a su vez, protegerá a quienes aducen ser titulares de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que se alegue que el acto reclamado viole las garantías constitucionales o los derechos humanos.

La misma reforma exceptúa el alcance del juicio de amparo respecto a resoluciones de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, donde el quejoso debe ser titular de un derecho subjetivo que le afecte de manera personal y directa.

Aunque el lenguaje usado deja lugar para algunas dudas, lo cierto es que una interpretación de los conceptos de "interés le-

---

nerales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se *violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección* por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencias de la autoridad federal, siempre y cuando se *violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección* por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [...] (las cursivas son nuestras)

gítimo individual", "interés legítimo colectivo", "derecho subjetivo", "garantía constitucional" tienen que hacerse de manera que se preserve la coherencia entre dicha nociones y, además, sea acorde con los fines de la misma reforma. Hay que hacer notar que en la reforma se dejó de hablar de "interés jurídico", cosa que más adelante analizaremos con cuidado.

No puede ignorarse el hecho de que cuando el artículo 103 introduce la referencia a los derechos humanos, lo está haciendo en consonancia con lo establecido en el artículo 1 constitucional, que es del tenor siguiente:

> **Artículo 1.** 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 los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
>
> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
>
> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca esta ley. [...]

Es importante advertir el nuevo lenguaje que adoptó el legislador en esta reforma; si anteriormente se hablaba de "garantías constitucionales", ahora se habla de: *a)* derechos humanos reconocidos en la Constitución; *b)* derechos humanos reconocidos en tratados internacionales de los que México sea parte, y *c)* garantías para proteger a los derechos antes mencionados.[8] El

[8] Hemos argumentado en los caps. 2 y 5 de este libro que es necesario, conceptual e institucionalmente hablando, distinguir también los derechos constitucionales que no son derechos humanos. Remito a esos capítulos para abundar sobre esta distinción. Aquí sin embargo, para efectos del argumento que desarrollamos no es necesario desarrollarla.

mismo artículo 1 constitucional crea una obligación de interpretar las normas relacionadas con los derechos humanos usando el llamado principio *pro homine* o *pro personae*, y una obligación de garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad*, que sirven ahora de criterios interpretativos obligatorios. Más adelante veremos cómo estos criterios están —deben estar— relacionados con la interpretación que hagamos de la noción de interés legítimo.

Por su parte, la nueva Ley de Amparo (julio de 2013) se despega del lenguaje usado por la Constitución al mantener el concepto de "interés jurídico" y sustituir la noción de derechos humanos por la de derecho subjetivo:

> **Artículo 5.** Son partes en el juicio de amparo:
>
> **I.** El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un *derecho subjetivo* o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1º de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.
>
> El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo [...]
>
> **Artículo 61.** El juicio de amparo es improcedente:
>
> **XII.** Contra actos que no afecten los *intereses jurídicos* o legítimos del quejoso, en los términos establecidos en la fracción I del artículo 5º de la presente Ley (...). (las cursivas son nuestras)

Como puede observarse, hay cierta disonancia entre la reforma constitucional y la reforma a la Ley de Amparo, disonancia que ahora los intérpretes están llamados a conciliar y que, lamentablemente, abre la posibilidad de que una interpretación tradicionalista y restrictiva de tales conceptos termine por desvirtuar los fines de la reforma constitucional.

La nueva Ley de Amparo, que fue reformada después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, debió haberse referido ya no a intereses jurídicos, sino exclusivamente

a intereses legítimos, y haberse referido en general a derechos humanos y garantías constitucionales[9] y solo de manera acotada haberse referido a derechos subjetivos, en sintonía con el artículo 107 constitucional.

4.4. Hacia una interpretación del interés legítimo coherente con los derechos humanos

Los problemas de caracterizar al interés legítimo suelen fracasar debido a que las propuestas no logran superar las incoherencias que se les presentan, ya que están sujetas a un marco conceptual tradicional muy limitado.

No podemos obviar el hecho de que a partir de la segunda mitad del siglo xx, el discurso de los derechos humanos se ha expandido y ha ganado una relevancia fundamental en términos político-jurídicos. Sin embargo, no siempre esa relevancia se ha aceptado pacíficamente. En México, apenas hace unos años (2011), la reforma al artículo 1 constitucional vino a reconocer esa primacía. La trascendencia de esta reforma nos obliga a modificar prácticas y teorías jurídicas que venían operando desde otra lógica formalista. Es normal que ante un cambio tan importante buena parte de nuestra doctrina jurídica requiera ajustes, cuando no de plano abandonar ciertas ideas que tradicionalmente han dominado en nuestra cultura jurídica, pero que resultan contrarias a las nuevas coordenadas impuestas por esta reforma.[10]

---

9 De nuevo remito a la distinción entre derechos humanos y derechos constitucionales analizada en los caps. 2 y 5 de este libro.

10 La doctrina en el derecho ayuda a normalizar los procesos de aplicación e interpretación del derecho, esto es, ayuda a generar certeza. Pero la doctrina por más arraigada que esté debe responder a los mismos cambios del derecho y a la evolución de las instituciones políticas y jurídicas. Las teorías jurídicas no son verdaderas ni falsas en el mismo sentido en que lo son las teorías científicas, su éxito depende tanto de su consistencia y coherencia, como de su utilidad. De modo que una tradición doctrinal por arraigada que esté puede dejar de ser útil si existen alternativas que sean más coherentes y acordes con las necesidades sociales e institucionales. Es a fin de cuentas el contexto socio-institucional el que sirve para evaluar si una doctrina o teoría jurídica es útil o no. Mi punto en este apartado será mostrar que la doctrina tradicional del interés legítimo y las demás nocio-

En otro lugar he sostenido y argumentado[11] para mostrar cómo la doctrina kelseniana de los derechos subjetivos es una de esas doctrinas que debemos abandonar, pues resulta incompatible con la idea de los derechos humanos. Forzarnos a entender los derechos humanos bajo la teoría kelseniana es restarles la fuerza que tienen y desvirtuar la función que pretenden cumplir en los sistemas democráticos y el rol que juegan a nivel internacional. En México, hoy día, estamos obligados a interpretar las normas y los conceptos en consonancia con ideas aceptables sobre los derechos humanos.

No podemos obviar el hecho de que el derecho procesal y el derecho administrativo han desarrollado una doctrina que ha intentado responder a los retos que implica proteger los derechos sociales y los derechos colectivos, nos referimos a las doctrinas en torno a los "intereses difusos", "colectivos" o "supraindividuales" —y otras tantas denominaciones—. Desde una perspectiva analítico-conceptual, podría sostener que estas doctrinas son altamente problemáticas, a pesar de sus buenas intenciones. No es lugar aquí para abundar en una crítica a estas doctrinas, pero nos interesa resaltar algo que suelen aceptar los autores que han desarrollado dichas doctrinas; nos referimos a que explícitamente suelen referirse al reto que implica la protección de cierto tipo de derechos humanos reconocidos internacionalmente: los derechos de *segunda* y de *tercera generación*. Lo paradójico de estas doctrinas es que, si bien parten de aceptar este reto, no terminan de ser conscientes de las implicaciones de desarrollar una doctrina paralela a las teorías de los derechos humanos. Se mantienen así dentro de la tradición de hablar de "intereses jurídicos" e "intereses legítimos", y tratando de contrarrestar las limitaciones que conllevan estas nociones con la incorporación de una serie de conceptos como los de "intereses difusos", "intereses colectivos", "intereses supraindividuales", etc., que pretenden flexibilizar las consecuencias formalistas de la doctrina tradicional, pero sin percatarse que ello los ha alejado de las teorías de los derechos humanos más relevantes.

---

nes que componen ese cuerpo doctrinal ha llegado a un punto donde ya no son útiles.

11 Cruz Parcero, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos, ...cit*.

De esta forma, podemos sostener que existen dos grandes tipos de doctrinas o discursos que se mantienen separados. Al respecto, los teóricos y filósofos del derecho tenemos la responsabilidad de advertir este hecho y de proponer vías para superarlo. Particularmente, considero que el modo de hacer esta superación parte de tres pasos:

a) advertir los problemas de la doctrina tradicional y la necesidad de abandonarla;
b) hacer una interpretación de los conceptos de interés legítimo e interés jurídico compatible con las teorías y prácticas de los derechos humanos, y
c) en la medida de lo posible, abandonar las doctrinas de los intereses en favor de las teorías de los derechos humanos —cosa que no implica necesariamente abandonar el concepto de "interés"—.[12]

La necesidad del primer paso la hemos argumentado ya en este trabajo, mientras que las razones específicas para abandonar la doctrina tradicional las hemos desarrollado en otros trabajos.[13] Intentaremos ahora proponer una interpretación de la noción de "interés legítimo" que introdujeron nuestra Constitución y la Ley de Amparo, que resulte congruente con la idea de los derechos humanos, objetivo principal de la reforma.

4.4.1. El interés legítimo y la reforma en materia de derechos humanos

La reciente reforma en materia de derechos humanos implica una transformación radical de nuestro sistema jurídico. La Suprema

[12] Podemos distinguir el concepto de "interés" de las teorías del interés o de los intereses de las que hemos hablado. El concepto de interés es un concepto que podríamos llamar fundamental para explicar el comportamiento humano y, por ello, es utilizado en distintas explicaciones y teorías. La teoría de los derechos en general y la de los derechos humanos en particular ha utilizado la noción de interés para ofrecer explicaciones del concepto de "tener un derecho" y para ofrecer fundamentos para los derechos. Es por ello, que rechazar estas teorías de los intereses no implica rechazar necesariamente la noción de interés y su potencial en otras teorías.

[13] Cruz Parcero, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos, ...cit*.

Corte ha reconocido y explicitado ya algunas de las drásticas consecuencias de dicha reforma, como la obligación de los jueces federales de realizar el control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad de las normas que vayan a aplicar, de acuerdo con una interpretación que debe ser conforme con los derechos humanos y solo en casos donde esto no sea posible, dejar de aplicar las normas contrarias a los derechos constitucionales y los derechos humanos.[14] Las obligaciones interpretativas en relación con los derechos humanos y su protección tendrían que repercutir también a nivel doctrinal. Es por ello que las doctrinas que utilicemos tienen que ponerse al día con esta reforma. Este es el nuevo contexto, el contexto relevante a la luz del cual se deben interpretar los conceptos y aplicar las doctrinas, y en caso necesario, como hemos señalado, adaptarlas o abandonarlas.

Interesa aquí, por tanto, resaltar la obligación de entender los derechos bajo los principios de *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad*. Si estamos obligados a este tipo de interpretación, es entonces más clara la necesidad de rechazar los criterios tradicionales de corte kelseniano. No es viable ya, particularmente por esta razón, proponer una noción de derecho subjetivo donde una buena parte de los derechos humanos reconocidos a nivel internacional —ratificados por México y sancionados expresamente algunos de ellos por nuestra carta magna— sean interpretados por la doctrina tradicional como si no fueran derechos, como si fueran otro tipo de normas de menos importancia. No es admisible una interpretación que fracciona, divide y desconoce buena parte de los derechos aceptados a nivel internacional y doméstico —nacional—. Los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad obligan a una interpretación armónica de nuestras leyes y conceptos jurídicos; los derechos sociales, los derechos de segunda o tercera generación —como les llamemos—, son parte de los derechos humanos.

Resulta un postura muy conservadora sostener, como lo hacen Schmill y Silva,[15] que los derechos sociales no son verdaderos

[14] Véase el expediente Varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

[15] Schmill Ordóñez, Ulises y Silva Nava, Carlos, "El interés legítimo como elemento de la acción de amparo", en *Isonomía*, núm. 38, abril, 2013, p. 63.

derechos, que de nuevo nos presenten viejos argumentos para justificar su postura, sin hacerle frente a la realidad institucional en que se vive ahora. Comprendo que a nivel teórico cualquiera puede —y tiene derecho— a seguir afirmando este tipo de posturas. Sin embargo, uno exigiría nuevos y mejores argumentos, pues en las últimas décadas se han rebatido hasta el cansancio los argumentos que han utilizado quienes se oponen a una concepción integral de los derechos humanos. Los argumentos utilizados con más frecuencia consisten en:

a) sostener que existen diferencias estructurales entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos sociales, por otro;
b) apelar a la imposibilidad de garantizar los derechos sociales, suponiendo que lo costoso de un derecho es un buen argumento para negar su existencia y suponiendo que solo los derechos sociales son costosos;
c) afirmar que el poder judicial invadiría competencias de otros poderes si tomara decisiones que impliquen cualquier tipo de redistribución del presupuesto, y
d) sostener que reconocer otros derechos más allá de las libertades básicas y los derechos políticos, conduce a una inflación de la noción de derechos humanos que le resta valor a los derechos más básicos.

Tanto por razones teóricas como por el tipo de interpretación que ahora nuestra Constitución exige, podemos afirmar que la concepción sobre los derechos que defienden quienes se oponen al reconocimiento y protección de los derechos sociales es inaceptable por anacrónica y por no reconocer la evidencia que muestra que sus afirmaciones no son sostenibles. No me puedo detener ahora a desarrollar los argumentos que se han ofrecido para rebatir las razones que ofrecen Schmill y Silva, remito al lector a algunos de los muchos trabajos que se han ocupado de estos temas.[16]

[16] Desde diversas latitudes y corrientes se coincide ampliamente hoy día que los derechos sociales, económicos, culturales y colectivos son verdaderos derechos y los argumentos que por tradición se han enderezado para negarles tal estatus han sido rebatidos de manera contundente desde diversas posiciones, véase a modo de ejemplo: Michelman (1979), Nino (1993),

Podemos ahora sostener que la interpretación de los conceptos de interés legítimo, interés jurídico y derecho subjetivo tiene que hacerse en sintonía con la reforma en materia de derechos humanos, guiarse por los principios interpretativos que establece la Constitución y por las doctrinas que sean coherentes con estas reformas.

4.4.2. Una interpretación del interés jurídico desde los derechos humanos

Si nuestra Constitución asume ahora un reconocimiento y protección amplia de los derechos humanos, lo primero que debemos preguntarnos es qué tipo de derechos se están reconociendo con tal reforma. Brevemente, podemos decir que los derechos que se reconocen son los contemplados en instrumentos como los siguientes:[17]

- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948);[18]
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1966, 1975);
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966, 1981);
- Protocolo Facultativo de dicho Pacto (1976, 1981);
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, 1981),
  - Protocolo Facultativo de dicho Pacto (1976, 2002),
  - Segundo Protocolo Facultativo de este Pacto relativo a la abolición de la pena de muerte (1989, 2007);

Holmes y Sunstein (1999), Fabre (2000), Carbonell, Cruz y Vázquez (comps.) (2001), Abramovich y Courtis (2002), Arango (2005), Buchanan (2005), Talbott (2005), Cruz (2004, 2007, 2015), Pisarello (2007), Alexy (2007), Griffin (2008), Tushnet (2008), Espejo (2009), Gilabert (2009), entre muchos otros.

17 Haremos solo una selección de algunos instrumentos internacionales vinculatorios para México con el fin de que se aprecie la dimensión de la reforma.

18 La fecha indica el año de su aprobación y en caso de los pactos y convenciones se muestra primero la fecha de adopción y luego la fecha de ratificación de México. *Cfr. Compilación de instrumentos internacionales*, Siete ts., México, SCJN, ONU Oficina del Alto Comisionado México, 2012.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" (1969, 1981);
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (1988, 1999);
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984, 1986);
  - Protocolo Facultativo de esta Convención (2002, 2005);
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989, 1990),
  - los dos Protocolos Facultativos de esta Convención (2000, 2002);
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990, 1999);
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006, 2007),
  - su Protocolo Facultativo (2006, 2007);
- Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006, 2008);
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979, 1981),
  - Protocolo Facultativo de esta Convención (1999, 2002);
- Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005, 2007);
- Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989, 1990);
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

La lista de derechos que podemos extraer de estos instrumentos es muy grande, aunque claro que algunas declaraciones o pactos son más generales y algunos otros especifican y desarrollan el contenido de los más generales. Esta lista incluye derechos civiles y políticos, derechos económicos, sociales y culturales, derechos de grupos, minorías y pueblos, entre otros tipos de derechos. Las guías para interpretar los derechos humanos establecen su indivisibilidad e interdependencia, es decir, no es aceptable fraccionar su aceptación y reconocimiento.

A partir de aquí, podemos decir que una segunda cuestión de importancia para nuestra interpretación es reconocer que el recurso de amparo, según la reforma a los artículos 103 y 107 constitucionales, tiene como propósito conocer de violaciones a los derechos humanos y los derechos constitucionales.

Cuando la fracción I del artículo 107 constitucional sostiene que "*el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola las garantías o los derechos previstos en el artículo 103 y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico*", no podría entenderse la idea de "tener un derecho", sino en consonancia con la reforma al artículo 1 de la misma carta magna. Y si esto es así, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de grupos, de minorías, etc., que han sido reconocidos por instrumentos internacionales de derechos humanos, son los derechos a que se refiere ahora el artículo 107.[19]

Nos podemos preguntar ahora ¿qué son entonces los intereses legítimos? Aquí surge el problema interpretativo más interesante. Creo que podemos tener dos grandes opciones:

a) los intereses legítimos han de interpretarse como algo diferente a los derechos,[20] y
b) los intereses legítimos han de interpretarse en términos de derechos[21] —en consonancia con el concepto de derechos constitucionales y humanos—.

[19] Habrá que aclarar en relación con la distinción que hemos defendido entre derechos humanos y derechos constitucionales, que el artículo 107 refiere también a otros derechos constitucionales que no son propiamente derechos humanos, por ejemplo, los de personas morales o jurídicas.

[20] Para ser más riguroso, tendría que decir que los intereses se interpretan como algo diferente *a la violación de un derecho*.

[21] En el mismo sentido que la nota anterior, más preciso sería decir que los intereses legítimos han de interpretarse en términos de violaciones o afectaciones a los derechos. Tener un interés legítimo es equivalente a que se haya afectado un derecho.

En favor de (a) se podrían dar argumentos formales, como aquellos que sostienen que en la Constitución se distinguió entre derechos e intereses, dado que se usó la conjunción disyuntiva "o", que implica que se trata de dos conceptos diferentes (p. ej.: cuando se dice "las personas que tengan gatos o perros..."). En favor de (b) se podía decir algo semejante, pero en dirección opuesta, que en ocasiones la conjunción "o" no denota alternativa, sino una equivalencia ("las personas que tengan puercos o cochinos..."). Este tipo de argumentos no nos podría llevar a un buen resultado.

Veamos otra manera de resolver el problema. Si se quisiera mantener (a) tenemos que encontrar al menos un caso de algún interés legítimo que no implique un derecho en el sentido en que hemos interpretado la noción de derechos. Este es el principal reto para esta opción interpretativa; como ya vimos antes, las doctrinas sobre los intereses tienen problemas para trazar esta distinción con claridad.

Por otra parte, si se quisiera sostener (b) tenemos que mostrar que los términos deben interpretarse como equivalentes, en virtud de que no hay ningún interés legítimo que no implique a un derecho humano reconocido por los tratados internacionales y/o por los derechos constitucionales.

El problema metodológico es quién tiene la carga de la prueba en este caso, los que afirmarían (a) o los que afirmarían (b). Para (a) bastaría encontrar un caso de un interés legítimo que no sea un caso de un derecho reconocido por la Constitución ni por los tratados internacionales; para (b), la carga de la prueba sería más onerosa, pues tendría que imaginar casos posibles para ver si todos son reconocidos por algún derecho, esto en principio sería una labor inagotable e inviable, de modo que lo razonable es pensar que quienes sostienen (a) deberían mostrar al menos un caso de un interés legítimo que no fuera a su vez un derecho.

4.4.3. Buscando un interés legítimo

Tratemos de buscar ahora un interés legítimo que no esté a su vez reconocido como un derecho. Si acudimos a la doctrina encontraremos algunas distinciones entre intereses difusos, intereses

colectivos e intereses supraindividuales. Para Ferrer, la doctrina ha incluido dentro de la noción de interés legítimo a los llamados intereses difusos y colectivos.[22] Algunos ejemplos de intereses difusos serían los siguientes:

a) los derivados de una publicidad engañosa sobre un determinado producto o servicio;
b) la comercialización y distribución de un producto defectuoso;
c) la usurpación o imitación de una marca que pueda llevar a los consumidores a adquirir un producto por engaño;
d) la contaminación ambiental del aire o agua, y
e) el de la inactividad de la administración en la prestación de un servicio o su actuación ilícita perjudicial para una categoría de sujetos.[23]

Ejemplos de intereses colectivos serían:

a) los derivados de la falta de higiene o de seguridad en una determinada fábrica o en una escuela, etcétera.[24]

Como bien notan los mismos especialistas, muchos de los intereses legítimos son reconocidos por derechos constitucionales y, podríamos agregar, por derechos humanos. Los intereses derivados de la publicidad engañosa (caso *a*), los derivados de la comercialización y distribución de un producto defectuoso (caso *b*) y los relacionados con usurpación de marcas que conduzcan al engaño de los consumidores (caso c), están relacionados con derechos de los consumidores o con derechos de propiedad intelectual que han tenido desarrollo durante la segunda mitad del siglo xx. En algunos países se han reconocido ya una serie de derechos generales de los consumidores que no se derivan de los contratos privados firmados entre el cliente y el proveedor; también a nivel regional es de destacarse la Carta Europea de Protección de los Consumidores (1973).[25] Lo importante aquí es notar que

22 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2004, p. 21.

23 *Ibidem,* p. 13.

24 *Idem*.

25 Ovalle Favela, José, *Derechos del consumidor*, México, UNAM-Cámara de Diputados, 2000.

estos derechos específicos de los consumidores se desprenden de otros derechos más generales reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales, como el derecho a la vida, la salud y la seguridad, el derecho a la información y el derecho a la educación. De modo que algunas concreciones que apuntan a derechos a información veraz, etiquetado, publicidad y comercialización de los productos están íntimamente ligados a estos derechos humanos y constitucionales. En México, estos derechos han sido reconocidos en la Ley Federal de Protección al Consumidor (1992), cuyo artículo primero reconoce precisamente que los derechos de los consumidores están relacionados con la protección de la vida, la salud, la seguridad, la educación y derechos específicos de los niños, adultos mayores, personas con discapacidades y con indígenas.

Por lo que hace a los intereses derivados de la contaminación del aire y del agua (caso *d*), podemos decir que ellos no son otra cosa que derechos reconocidos tanto a nivel nacional como internacional. En México, el artículo 4 constitucional consagra expresamente que "Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la Ley". Asimismo, se sostiene: "Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable, y asequible. El Estado garantizará este derecho...". A nivel internacional se han desarrollado una serie de instrumentos internacionales que reconocen y protegen al medio ambiente, que reconocen tanto derechos colectivos —de los pueblos y los Estados— como derechos individuales al medio ambiente. Son de especial relevancia:

- la Declaración de Río sobre el Desarrollo y el Medio Ambiente (1993);
- la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos (1976), y
- la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (1974).

Entre muchos otros instrumentos que abordan cuestiones relacionadas con el medio ambiente y recursos naturales.

Resta el caso de los intereses derivados de la inactividad de la administración en la prestación de un servicio o su actuación ilícita perjudicial para una categoría de sujetos (caso *e*). Este es el tipo de casos a los que la doctrina les ha prestado tradicionalmente mucha importancia. Muchos de los casos y situaciones que surgen están relacionados con el disfrute y ejercicio de derechos a la vivienda, el trabajo, la salud, la integridad, la educación, el medio ambiente sano, etc., o con un derecho más general a que la autoridad justifique y motive legalmente sus decisiones, a que actúe y se constriña a las leyes que la obligan, que no es otra cosa que la idea misma del Estado de derecho o principio de legalidad reconocido en nuestra Constitución en los artículos 14 y 16.

Visto todo lo anterior, me parece difícil e improbable encontrar algún interés legítimo —o como las doctrinas de los intereses les quieran denominar— que no se corresponda con algún derecho humano, un derecho constitucional o sea una concreción de estos. La cuestión es que si tal interés es relevante y reviste alguna importancia, seguramente puede encajar dentro de los derechos que tenemos ya reconocidos.

4.4.4. Los intereses legítimos y los principios

Un punto particularmente importante en todo esto —y que hasta ahora no habíamos mencionado— es que una concepción amplia de los derechos humanos y los derechos constitucionales asume que estos pueden funcionar como reglas o como principios. El que los derechos funcionen en ocasiones como principios permite entender que su alcance tiene que definirse en situaciones concretas, situaciones donde tienen que ser ponderados o equilibrados con otros derechos o con otros fines sociales. Los casos tradicionalmente entendidos en términos de intereses legítimos, son situaciones donde existen derechos protegidos a menudo por principios; situaciones que generan controversias porque tales principios no han sido debidamente considerados al momento en que una autoridad —normalmente administrativa— actúa u omite actuar para garantizarle a otra(s) persona(s) algún derecho o para perseguir algún otro objetivo. Esos casos se suelen pensar o teorizar como situaciones donde no existe un agravio

"personal y directo" al derecho de un individuo. Pero esto puede ser inexacto, ya que el agravio puede ser muy personal y muy directo, lo que ocurre es que el derecho —humano o constitucional— está protegido por un principio, y no existe una especificación del contenido de dicho derecho que se ajuste a una descripción de la situación concreta.[26] Por ejemplo, pensemos en un grupo de vecinos que reclama porque el parque público, al cual suelen tener acceso, va a ser sujeto de una remodelación u obra que consideran limitará su disfrute total o parcial. Se puede aceptar que ni la Constitución ni otras leyes les reconocen un derecho específico —individualizado— sobre ese bien público. Su caso puede plantearse como uno de interés legítimo, pero ellos también pueden alegar que tienen un derecho a un medio ambiente sano y que sus hijos tienen un derecho al esparcimiento. La afectación para ellos puede ser tan directa como si el caso se tratara de una persona que tuviera un *derecho real* sobre dicho bien —la propiedad, la posesión, etc.—. Lo que cambia es que las normas que protegen los derechos al medio ambiente sano o al esparcimiento de los niños suelen funcionar como principios, y mientras que las otras que confieren propiedad, posesión, etc., suelen hacerlo como reglas muy específicas e incluso individualizadas; unos son derechos abstractos, otros derechos concretos.

Lo que es importante entender es que en el lenguaje de los derechos —constitucionales y humanos— hay formulaciones más abstractas y otras específicas —principios y reglas— que se aplican de manera diferente. Cuando se establece un recurso jurídico como el juicio de amparo para la protección de derechos, no podría entenderse que dicho recurso opere únicamente para derechos que estén reconocidos por reglas —o derechos concretos—, pues esa sería una manera equivocada de entender cómo funcionan el lenguaje —discurso— y las teorías de los derechos humanos y de los derechos fundamentales. Siendo esto así, buena parte de los que suelen considerarse intereses legítimos no son sino situaciones donde existen derechos protegidos —internacional y/o constitucionalmente— por principios. Y suele haber, por

[26] Un caso interesante sobre el derecho a la salud de los fumadores pasivos puede verse en el amparo en revisión 315/2010 al que aludimos antes en la nota 5.

tanto, en el fondo de estos asuntos, situaciones de derechos en conflicto o de conflictos entre derechos y otros objetivos que la administración busca conseguir. Lo importante de que este tipo de casos sean recurribles por la vía del amparo, es que permite a la autoridad judicial revisar la proporcionalidad de las medidas adoptadas y decidir el peso específico que deba dársele a los derechos u objetivos —fines— en pugna; decidir si existió por parte de la autoridad una debida ponderación de derechos —o de derechos y otros intereses u objetivos relevantes—, incluso, detectar la omisión de dicha ponderación.

4.5. Conclusión

Con este trabajo se ha intentado presentar una noción de "interés legítimo" coherente con la reforma en materia de derechos humanos. Esto nos ha obligado a rechazar la doctrina kelseniana de los derechos subjetivos y las teorías de los intereses —legítimos, difusos, etc.—. Este rechazo tiene dos tipos de fundamento, uno que es precisamente la inconsistencia de tales doctrinas con la manera en que la Constitución reconoce y protege los derechos constitucionales y los derechos humanos, y otro que se basa en las inconsistencias que tienen estas mismas doctrinas.

Dejar de lado la tradición cuando es para objetivos legítimos, como lo es el buscar una protección amplia e incluyente de los derechos humanos, no debe ser un precio que los juristas tengamos que escatimar. Como hemos sostenido, al final las doctrinas y las teorías jurídicas o son útiles o no lo son, y ese es el parámetro —no el único pero quizá sí el más importante— para evaluar el valor de una teoría en el derecho.

Capítulo 5
Derechos humanos de las empresas: una noción espuria

5.1. Introducción

Cuando hablamos sobre derechos humanos es común que pensemos que los titulares de estos derechos son —perdón por la obviedad— los seres humanos. Pero esta idea tan obvia no está libre de problemas. Si bien tenemos acuerdos extensos sobre quiénes son los titulares de los derechos humanos,[1] existen casos

[1] Por ejemplo, existe un amplísimo acuerdo de que los seres humanos adultos, con capacidades normales son los titulares de los derechos humanos; también un acuerdo, aunque curiosamente ya no tan amplio de que los niños y bebés en condiciones normales también lo son. Autores importantes como James Griffin (*On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008), sostienen que los bebés y niños muy pequeños no son titulares de derechos humanos, esta afirmación tan polémica se debe a que utiliza la idea de autonomía individual —agencia moral— para fundamentar estos derechos, por ende, quienes aún carezcan de tal autonomía no pueden ser vistos como titulares. En general los defensores de la teoría de la voluntad o de la elección —teoría que se usa para explicar la naturaleza o fundamento de los derechos— tienen que sostener tesis semejantes a la de Griffin. La crítica a posiciones de este tipo pasa por adherirse a teorías distintas, como las llamadas teorías del interés o de las necesidades. Hoy día existe un amplio acuerdo que pasa por rechazar concepciones que limitan la titularidad de los adultos "normales" por consideraciones de sexo, preferencia sexual, origen étnico o racial, por cuestiones religiosas o de creencias, que en su momento sirvieron para excluir a diversos grupos de sus derechos, el acuerdo es aún muy amplio respecto de niños, bebés y personas con discapacidades. Más allá de estos casos los se vuelven polémicos.

problemáticos. Temas como el aborto o la eutanasia nos enfrentan a casos límite donde los acuerdos se diluyen y donde a nivel internacional los tratados en materia de derechos humanos son vagos y no ofrecen respuestas claras. Si el producto de la concepción, un embrión, es sujeto de derechos humanos o si un ser humano con muerte cerebral, en estado vegetativo o con espina bífida, es sujeto de derechos humanos, son temas que dividen a la sociedad, a filósofos y a juristas. En el fondo de estas discusiones está el problema de determinar el inicio o el fin de la existencia de un sujeto moral.[2]

Pero hay otro caso controvertido que comienza a ser preocupante en México a raíz de la reforma al artículo 1 constitucional que consagra los derechos humanos, pero especialmente por algunas resoluciones adoptadas por tribunales colegiados y por la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación. Me refiero al problema de si las corporaciones, asociaciones y empresas —"personas jurídicas o morales", como decimos en lenguaje técnico-jurídico— son titulares de derechos humanos. El asunto es muy diferente a los otros casos —aborto, eutanasia— que, como dijimos, está vinculado al problema del inicio y del fin del concepto de ser humano —individuo, persona—. En cambio, en el caso de las empresas o corporaciones estamos ante entidades que, por un lado, nadie afirmaría que sean seres humanos, una corporación o asociación, una "persona moral", no es un ser humano. Quien afirme lo contrario estaría diciendo un verdadero disparate. Por otro lado, también todos aceptarían que estas organizaciones están formadas por seres humanos —socios, accionistas, administradores, etc.—. A las corporaciones con personalidad jurídica se les suelen adscribir derechos y obligaciones y, por ende, la teoría jurídica las ha *equiparado* a las "personas físicas" —personas, individuos o seres humanos— en relación con algunos efectos jurídicos y algunos derechos y obligaciones.

[2] Me refiero aquí a la idea filosófica de sujeto moral o persona moral que no es la misma discusión que enseguida veremos en torno a la "persona jurídica o moral" en el derecho. En filosofía cuando se discute quién es o debe ser considerado persona se suele abrir una discusión sobre las características o criterios que cuentan moralmente para dicha atribución. Véase mi trabajo "Personas y derecho", en mi libro *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 127-151.

Especialmente, tal equiparación sirve para que tales entidades artificiales puedan celebrar algunos actos jurídicos, como contratos de toda clase, sin que los efectos de tales actos se dirijan a los miembros de las corporaciones de modo individual.

Quizá por esta relación de equiparación que se hace entre las personas —individuos, seres humanos— y las corporaciones, a muchos juristas y jueces les surge entonces la duda de si los derechos humanos protegidos en la Constitución y los tratados internacionales les son aplicables también a las personas jurídicas o morales. Nótese que la equiparación llega al grado de usar el término "persona", que usamos en ciertos contextos jurídicos como sinónimo de individuo o de ser humano, para referir a estas corporaciones.

El 21 de abril de 2014 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió en la contradicción de tesis 360/2013 que las empresas[3] son titulares de derechos humanos. Esta resolución, como mostraré, es errónea y se basó en argumentos muy débiles, argumentos que incurren en confusiones conceptuales inaceptables.[4] El 17 de junio de 2016 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emitió una opinión consultiva OC-22/16 sobre este tema y resolvió, pienso que con muy buenos argumentos, que las empresas no tienen derechos humanos.[5]

Si bien el problema conceptual involucrado en esta discusión es importante —es decir, el problema de si es correcto conceptualmente considerar que las empresas tienen derechos huma-

[3] Me referiré en general a empresas por brevedad y para evitar otro tipo de confusiones, aunque técnicamente el tema es si las *personas jurídicas* o *morales* son titulares de derechos humanos. En ocasiones aludiré también a corporaciones y asociaciones, siempre entendiendo que hablamos de personas jurídicas.

[4] El engrose fue publicado en abril del 2015 en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Los argumentos presentados en el engrose tuvieron alguna variación respecto del proyecto original de la ministra Margarita Luna Ramos, pero esta variación se trata más de énfasis, pues básicamente se mantuvieron los principales argumentos.

[5] La opinión consultiva disponible en *http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf*

nos—, no puedo dejar de advertir que lo más grave de la decisión de la SCJN son las implicaciones político-económicas y sociales que conlleva la determinación, y en última instancia, aludir a estas consecuencias me parece sería ofrecer las razones más poderosas para oponernos a que se considere a las empresas como titulares de derechos humanos.

Empero, la importancia de abordar el tema conceptual nos ayudará a echar por tierra los argumentos que algunos tribunales, incluida la misma SCJN, y cierta parte de la doctrina han utilizado para intentar justificar la adscripción de derechos humanos a las corporaciones.

Anteriormente en otro trabajo, me ocupé precisamente de cuestionar —y demostrar— lo equivocados y falaces que fueron los argumentos utilizados por los miembros del Pleno de la SCJN, especialmente los presentados por la ministra ponente Margarita Luna Ramos.[6] No deja de sorprenderme —quizá porque conservo algo de ingenuidad— que la resolución votada aquel 21 de abril se hizo *por unanimidad*, no hubo casi discusión, los argumentos en contra que se consideraron (ofrecidos por uno de los tribunales colegiados que motivaron la contradicción de tesis y por un pequeño sector de la academia que nos habíamos pronunciado) no se tomaron en serio o fueron falazmente reducidos a mera caricatura.

Aparecido el engrose, algunos de los argumentos que usó la ministra Luna Ramos en su proyecto fueron abandonados advirtiendo seguramente su debilidad. No obstante, se mantuvo el que considero el argumento principal, que consiste en sostener que dado que las empresas tienen derechos reconocidos en la Constitución, entonces también son titulares de todos los derechos humanos que sean compatibles con sus funciones. Ese argumento, como veremos con más detalle, confunde la noción de *derechos humanos* con la de *derechos constitucionales* o *fundamentales*. Esta confusión no parece simplemente un descuido, quizá

[6] Cruz Parcero, Juan Antonio, "¿Son las empresas titulares de derechos humanos?", en Islas López, Abigayl; Tron, Jean Claude; Ojeda Maldonado, Fernando; Fajardo Morales, Zamir y Cruz Parcero, Juan A., *Personas jurídicas y derechos humanos*, México, SCJN, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, 2014, pp. 101-128.

se hace pasar por una especie de afirmación teórica arraigada en cierta tradición jurídica, pero sospecho que es el único argumento que parecía viable para quienes pretendían defender la tesis de que las corporaciones tienen derechos humanos y cubrir las apariencias de un marcado favoritismo hacia grupos de enorme poder económico. Sin embargo, los argumentos que hay en contra son muy fuertes; la discusión seria fue simplemente evitada por los miembros del Pleno. En el engrose también se evita una discusión seria de los argumentos.

Antes de continuar con el análisis conceptual, que es el tema que interesa abordar aquí, no quiero dejar de subrayar que los argumentos más importantes tienen que ver con las consecuencias que generará la adscripción de derechos humanos a las corporaciones. Estamos hablando, como sostiene Turkuler Isiksel, de toda una estrategia montada por las empresas trasnacionales más poderosas para apoderarse del discurso de los derechos humanos, que ven como un peligro para sus intereses económicos.[7]

La razón es más o menos sencilla de advertir, el discurso de los derechos humanos, como han hecho notar distintos especialistas, es un discurso que ha evolucionado de manera importante en las últimas décadas; se trata, como diría Samuel Moyn,[8] de la *última utopía* de lograr un mundo mejor y más justo. Este discurso está actualmente moldeando instituciones tanto internacionales como nacionales, está impulsando y desarrollando políticas públicas y está generando consensos en torno a la necesidad de un mundo más justo. Todo esto ha hecho que la comunidad internacional advierta la necesidad de que el alcance de las obligaciones generadas por los derechos humanos no están solamente dirigidas hacia los Estados nacionales, sino que existen responsabilidades globales y, aquí está lo importante, responsabilidades para empresas trasnacionales que violan derechos humanos a nivel global. El discurso de los derechos humanos está tratando de construir la posibilidad institucional y jurídica de una regulación

[7] Isiksel, Turkuler, "The Rights of Man and The Rights of the Man-Made: Corporations and Human Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 38, num. 2, mayo, 2016, pp. 294-349.

[8] Moyn Samuel, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2010.

global de los mercados, de los movimientos de capitales y de empresas trasnacionales, una regulación que permita implementar mecanismos globales de control sobre la evasión fiscal y los paraísos fiscales, contra daños ambientales y a la salud de las personas, esclavitud y explotación laboral, entre otras cosas. No digo que el discurso de los derechos humanos pueda hacer esto por sí mismo, pero es uno de los fundamentos morales y jurídicos para implementar este tipo de estrategias globales que finalmente ayudarían a fortalecer la regulación económica y fiscal de los mismos Estados nacionales.

Una decisión como la de la SCJN, que adscribe derechos humanos a las empresas, termina por borrar las diferencias entre la persona humana y una ficción legal a la que en lenguaje técnico-jurídico se le denomina "persona jurídica" o "persona moral", pero el pasar por alto las diferencias entre estas dos nociones —que refieren a su vez a entidades y hechos muy distintos— termina siendo un arma para favorecer políticas de una agenda desregulatoria, como ya se han podido constatar estos efectos en Estados Unidos.[9]

Por ello, la estrategia de las corporaciones, como se ha visto, consiste en apropiarse de esos derechos humanos, de presentar la defensa de sus intereses como una defensa con el mismo valor moral y jurídico que se le ha reconocido al ser humano. Si logran consumar esto, el discurso de los derechos humanos y las acciones de los Estados por controlar esos intereses económicos se

[9] La discusión sobre el tema es particularmente intensa en Estados Unidos donde a raíz de la decisión de la Corte Suprema en el caso *Citizens United* (558 U.S. 310, 2010) se decidió que las corporaciones tienen los mismos derechos que los seres humanos. La decisión es muy semejante a la adoptada en nuestro país por la SCJN, aunque en aquel caso la discusión no fue sobre si estas corporaciones eran titulares de derechos humanos, sino si eran titulares de algunos derechos constitucionales, derechos que en la tradición estadounidense han sido entendidos como exclusivos de los seres humanos, esto es, de los individuos. Aprovechando esta decisión diversas empresas han usado en litigios los argumentos de la Corte para oponerse a leyes regulatorias. Véase: Tamara R. Piety, "Citizens United and the Threat to the Regulatory State", en *Michigan Law Review. First Impressions*, 109, 16, 2014, pp. 16-22; de la misma autora: "Why personhood Matters", en *Constitutional Commentary*, 30, 316, 2015, pp. 361-390; se puede consultar en: *http://digitalcommons.law.utulsa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1478&context=fac_pub*

verán maniatados, la exigencia moral fundamental basada en las necesidades más básicas de los seres humanos y en su dignidad, chocarán contra una dignidad espuria de las corporaciones que opondrán sus derechos humanos espurios —pero siempre poderosos— a los legítimos —pero vulnerables— derechos humanos de los individuos. En la eterna lucha entre David y Goliat, se pretende ahora despojar a David de su única arma. La Constitución brinda un arma de protección jurídicamente poderosa a los derechos humanos, consistente en el principio interpretativo pro persona, que ordena favorecer y aplicar la interpretación de las normas y derechos humanos que más favorezcan a la persona, los derechos humanos adquieren así un potencial interpretativo que no tienen otros derechos ni otras normas. Es por ello que los derechos humanos se colocan con la reforma de 2011 en la máxima jerarquía de los derechos constitucionales.

Como dije, los argumentos más importantes para oponerse a la decisión de la SCJN en la contradicción de tesis 360/2013 son quizá de tipo político y moral, sin embargo, me limitaré a presentar los argumentos de tipo conceptual y jurídico que podemos ofrecer para demostrar que la decisión carece de una justificación adecuada.

5.2. Las resoluciones sobre la titularidad de las empresas en México

Hace pocos años, algunos tribunales colegiados comenzaron a aplicar el principio *pro personae* —contenido en el artículo primero constitucional y que ordena interpretar las leyes siempre del modo más favorable hacia las personas—, para sostener que las empresas tienen derechos humanos. Otros tribunales colegiados resolvieron lo contrario, lo cual generó una contradicción de criterios que la SCJN tuvo que conocer y resolver en la contradicción de tesis 360/2013.

La contradicción de tesis surgió entre el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Séptimo Circuito. El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito emitió la siguiente tesis jurisprudencial:

> PERSONAS MORALES. AL RECONOCÉRSELES COMO TITULARES DE DERECHOS HUMANOS PUEDEN ACUDIR AL JUICIO DE AMPARO EN EL NUEVO SISTEMA CONSTITUCIONAL (REFORMAS CONSTITUCIONALES PUBLICADAS EN EL *DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN* DE 6 Y 10 DE JUNIO DE 2011). La interpretación sistemática, teleológica y progresiva de los artículos 1, 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos conduce a sostener que el Poder Reformador amplió el objeto de protección que brinda nuestra Constitución, estableciendo como derechos mínimos de los que deben gozar las personas que se encuentren en territorio nacional los derechos humanos consagrados en el propio texto constitucional y los establecidos en los tratados internacionales de los que nuestra Nación es parte. En el nuevo diseño constitucional se hace explícita la existencia de garantías que tutelan su protección. Así, el juicio de amparo se erige como la vía jurisdiccional con que cuentan los gobernados para acudir ante los tribunales federales, a fin de que, en sede nacional, una instancia judicial analice si con la expedición de una norma de carácter general, un acto u omisión de la autoridad se vulneran derechos humanos. Esto se corrobora con el proceso legislativo de las reformas correspondientes, de donde se advierte que no fue voluntad del legislador excluir a las personas morales del acceso al juicio de amparo, pues lejos de ello, se les reconoció, por ampliación, como sujetos titulares de tales derechos, en lo que les resulte aplicable. Lo anterior incluso es acorde con la jurisprudencia internacional, tal como se colige de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cantos contra Argentina*. De lo contrario, sostener que el juicio de amparo es improcedente tratándose de las personas morales, implicaría quitar a dichos sujetos una vía de protección que la propia Constitución y la Ley de Amparo, previo a las reformas de junio de dos mil once, les otorgaban, lo que conduciría a realizar una interpretación restrictiva sin sujetarse al mandato de buscar la protección más amplia en materia de derechos humanos, como lo ordena el párrafo segundo del numeral 1o. de la Carta Magna, además de vulnerar el principio de progresividad, ahora consagrado en el párrafo tercero de dicho precepto constitucional e ir en contra de la finalidad buscada por el Poder Reformador.

En esta tesis, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito argumenta que debido a que las personas morales pueden recurrir al amparo para proteger sus derechos, ello implica que la reforma constitucional de 2011 los considera titulares de derechos humanos. También argumenta

que esto es coherente con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cantos vs. Argentina*. Ambos argumentos, como luego veremos, son erróneos.

El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Séptimo Circuito sostuvo en esencia lo que se establece en la tesis aislada siguiente:

> DERECHOS HUMANOS. LAS PERSONAS MORALES NO GOZAN DE SU TITULARIDAD. Sobre la base de que toda persona física es titular de derechos humanos, se deriva que el reconocimiento de estos es una consecuencia de la afirmación de la dignidad humana, por lo que no puede actualizarse violación a aquellos respecto de una persona moral, pues esta constituye un ente ficticio y, por ende, carente del factor relativo a la dignidad humana, siendo este el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos; valor supremo establecido en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce como calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente, de manera que, partiendo de un análisis básico, al contextualizar las dos unidades semánticas que componen la expresión "derechos humanos", la primera palabra está utilizada como la facultad que le asiste a una persona y, la segunda, alude a que la única propiedad que ha de satisfacerse para ser titular de estos derechos es la de pertenecer a los seres humanos, lo que significa que excluye a las personas morales.

Este argumento se basa en que los derechos humanos son únicamente de los individuos, de los seres humanos, puesto que son derechos que se fundan en la dignidad humana, por lo que las personas morales no pueden tener este tipo de derechos. Este argumento, aunque está formulado de una manera muy simple, es un argumento muy fuerte que fue desestimado por la SCJN sin tomarse en serio.

Por su parte, los argumentos de los ministros de la SCJN que aparecen en el engrose preparado por la ministra Margarita Luna Ramos[10] consistieron en sostener principalmente seis argumentos:

[10] El resumen que hago está basado en la versión estenográfica de 21 de abril de 2014, especialmente las págs. 10-14 donde la ministra resume sus argumentos.

a) Si bien el énfasis que puso en la reforma constitucional de 2011 está en la persona humana y en su dignidad, esto no significa que se haya soslayado a las personas morales, porque cuando se dice que todos los mexicanos gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados, se está incluyendo tanto a las personas físicas como a las personas morales. No se trata de un problema de semántica, sino que se debe entender que no se está excluyendo a las personas morales aun cuando de alguna manera en la reforma se haya dado énfasis a la persona humana.[11]

b) Existen como ejemplo muchos artículos constitucionales, como el 25, 27, 35, 41, 99, el 123, entre otros, que de alguna manera están reconociendo expresamente derechos y obligaciones precisamente a las personas morales. Esto significa que la Constitución les confiere pleno reconocimiento y derechos expresos.[12]

---

[11] El argumento pretende atacar las consideraciones del Segundo Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito en materia administrativa, que como vimos hacía hincapié en la dignidad como fundamento de los derechos humanos. En el engrose textualmente se dice:

> Desde un punto de vista meramente semántico, en efecto parece desprenderse que no existe correspondencia alguna entre la persona moral y los derechos humanos, en tanto solo la persona humana, individualmente considerada puede gozar de tales derechos, por ser consustanciales a su propia naturaleza.
>
> No obstante, el problema trasciende a esta simple dimensión conceptual. De conceder que las personas morales no son titulares de derechos humanos, ello conduce a privar a estos entes de aquellos derechos fundamentales que se reconocen como necesarios para la consecución de sus fines y de las garantías que para su protección brinda el orden constitucional, simplemente, por ejemplo, no podrían acudir al juicio de amparo para tutela de sus derechos, lo cual resulta una conclusión inaceptable. (Véase la pág. 101 del engrose)

Vamos a ver enseguida que esta conclusión no se sigue de su premisa, pero más allá de esto, que luego veremos con más detenimiento, me sorprende que minimicen los argumentos conceptuales, cuando dicen "...el problema trasciende a esta simple dimensión conceptual". Sin ningún argumento desatienden el argumento conceptual y ofrecen un pobre argumento consecuencialista que advierte de un posible resultado inaceptable, esto es, que las empresas se queden sin derechos y sin medios de defensa, cosa que, hemos dicho, no se sigue de negarles la titularidad de derechos humanos.

[12] Véase la pág. 107 del engrose.

c) En el proceso legislativo, si bien no se hizo un gran énfasis en las personas morales, en algún dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales se dice textualmente: "Primera. Respecto al párrafo primero del artículo 1 constitucional, estas comisiones dictaminadoras estiman conveniente precisar que la incorporación del término «persona» propuesto desde la Cámara de origen es adecuado, entendiendo por tal, a todo ser humano titular de iguales derechos y deberes emanados de su común dignidad y en los casos en que ello sea aplicable debe ampliarse a las personas jurídicas". Es toda la mención que se hace de las personas morales en toda la reforma, pero esto es más que suficiente para sostener que el legislador jamás tuvo la intención de excluirlas.[13]

d) A las personas jurídicas les son aplicables los derechos fundamentales, pero también se traza la distinción entre los derechos de la persona humana basados sobre todo en su dignidad, y los derechos de la personas jurídicas, que comprenden solo aquellos derechos fundamentales que resultan necesarios para la realización de sus fines, para proteger su existencia, identidad y asegurar el libre desarrollo de su actividad. Las personas jurídicas no gozan de los derechos humanos que presupongan características intrínsecas o naturales del hombre, sino como organización creada a partir de la agrupación voluntaria de una pluralidad de personas físicas, con una finalidad común y con una identidad propia y diferenciada que trasciende la de los individuos que la integran, a la que el ordenamiento jurídico atribuye personalidad y, consecuentemente, reconoce capacidad para actuar en el tráfico jurídico como sujeto independiente de derechos y obligaciones. Por ejemplo, serán aplicables únicamente para los individuos los derechos vinculados con la dignidad del hombre, la integridad física, la vida y la protección de la familia, mientras que podrán hacerse extensivos a estas personas jurídicas privadas los derechos que garantizan una protección económica o que comportan garantías de acceso a jurisdicción, entre otros.

[13] Véase la pág. 103 del engrose.

e) Lo que disponen los párrafos segundo y tercero del artículo primero constitucional extiende el reconocimiento a las personas morales como titulares de derechos de orden fundamental que conforme a su naturaleza resultan necesarios para la consecución de sus fines, dado que esta es una interpretación conforme al principio pro persona.[14]

f) La anterior interpretación resulta también conforme al principio de progresividad, pues si las personas morales gozaban de garantías individuales antes de la reforma, constituiría una regresión sostener una interpretación que les negara la titularidad de derechos fundamentales (humanos).[15]

En la discusión sobre esta controversia constitucional reiteradamente se aludió por varios ministros a la tesis 56/2011,[16] para remarcar que lo que se decidiera tendría que ser compatible con esta tesis. A continuación transcribo esta tesis también:

> PERSONAS MORALES. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE LES CORRESPONDE DEPENDE DE LA NATURALEZA DEL DERECHO EN CUESTIÓN, ASÍ COMO DEL

[14] Véase esta perla de mal argumento en la pág. 112 del engrose. Más adelante analizaremos este argumento falaz.

[15] Véase la pág. 112 del engrose. Este argumento es bastante confuso, pero creo haberlo interpretado en el mejor sentido posible.

[16] Décima Época, Registro: 2005521, Instancia: Pleno, Tesis Aislada, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 3, febrero de 2014, t. I, Constitucional, Tesis: P. I/2014 (10a.), pág. 273. Contradicción de tesis 56/2011. Entre las sustentadas por la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 30 de mayo de 2013. Mayoría de siete votos en relación con el sentido; votaron en contra: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Luis María Aguilar Morales y Juan N. Silva Meza. Mayoría de ocho votos de los ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Alberto Pérez Dayán y Juan N. Silva Meza respecto del criterio contenido en esta tesis. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretarios: Laura García Velasco y José Álvaro Vargas Ornelas. El Tribunal Pleno, el veintitrés de enero en curso, aprobó, con el número I/2014 (10a.), México, Distrito Federal, 23 de enero de 2014. Nota: Esta tesis no constituye jurisprudencia, ya que no resuelve el tema de la contradicción planteada.

ALCANCE Y/O LÍMITES QUE EL JUZGADOR LES FIJE. Si bien el vocablo "persona" contenido en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comprende a las personas morales, la titularidad de los derechos fundamentales dependerá necesariamente de la naturaleza del derecho en cuestión y, en su caso, de la función o actividad de aquellas. En esa medida, el juzgador deberá determinar, en cada caso concreto, si un derecho les corresponde o no pues, si bien existen derechos que sin mayor problema argumentativo pueden atribuírseles, por ejemplo, los de propiedad, de acceso a la justicia o de debido proceso, existen otros que, evidentemente, corresponden solo a las personas físicas, al referirse a aspectos de índole humana como son los derechos fundamentales a la salud, a la familia o a la integridad física; pero además, existen otros derechos respecto de los cuales no es tan claro definir si son atribuibles o no a las personas jurídicas colectivas, ya que, más allá de la naturaleza del derecho, su titularidad dependerá del alcance y/o límites que el juzgador les fije, como ocurre con el derecho a la protección de datos personales o a la libertad ideológica.

La SCJN resolvió en la ya referida contradicción de tesis 360/2013 que el criterio que debe prevalecer es el siguiente:

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. ES APLICABLE RESPECTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS QUE SEAN TITULARES LAS PERSONAS MORALES. El artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al disponer que en los Estados Unidos Mexicanos *todas las personas* gozarán de los derechos humanos reconocidos en dicha Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, no prevé distinción alguna, por lo que debe interpretarse en el sentido de que comprende tanto a las personas físicas, como a las morales, las que gozarán de aquellos derechos en la medida en que resulten conformes con su naturaleza y fines. En consecuencia, el principio de interpretación más favorable a la persona, que como imperativo establece el párrafo segundo del citado precepto, es aplicable respecto de las normas relativas a los derechos humanos de los que gocen las personas morales, por lo que deberán interpretarse favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia, a condición de que no se trate de aquellos derechos cuyo contenido material solo pueda ser disfrutado por las personas físicas, lo que habrá de determinarse en cada caso concreto.

Los pobres argumentos ofrecidos por la SCJN consistieron básicamente en sostener que el concepto de "persona" que contiene el texto constitucional debe interpretarse en sentido amplio. En el engrose se omitió cualquier argumento que tuviera que ver con la manera en que instrumentos internacionales, como la Convención Americana u órganos internacionales como la Corte Interamericana, han resuelto el tema de la titularidad de las personas morales. El primer proyecto que se discutió sí contenía algunos argumentos en este sentido, pero evidentemente estaban tan equivocados que en el engrose ya no se mencionaron. La alusión al caso *Cantos vs Argentina* al que alude la tesis del Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, que también se mencionaba en el primer proyecto, se trataba de una mala interpretación de ese caso.

5.3. Consideraciones sobre los argumentos de la SCJN

Los argumentos ofrecidos para sostener una decisión tan importante sorprenden por su debilidad. A continuación analizaré los seis argumentos y comenzaré por los dos últimos que me parecen los más débiles.

Los argumentos *e* y *f* que sostienen que la interpretación que ofrece el Pleno de la Corte se apoya en el principio pro persona y en el principio de progresividad del mismo artículo primero constitucional, son malos argumentos porque consisten en una falacia de petición de principio *(petitio principii)* que implica dar por supuesto lo que tiene que probarse. La falacia ocurre porque ambos principios sirven para interpretar los derechos humanos, no para justificar que una empresa sea titular de derechos humanos, esto es, lo que está en cuestión es si las empresas o personas morales tienen derechos humanos, de modo que no puede usarse un criterio interpretativo para los derechos humanos cuando no se ha resulto la cuestión de si tienen derechos humanos. Utilizar este argumento supone lo que debería probarse. De modo que se trata de un claro error lógico en que incurrieron los ministros.

El argumento del inciso *c,* que apela a la voluntad del legislador, es malo por una razón metodológico-interpretativa que

tiene que ver con los criterios para usar los argumentos genético-intencionales. Claramente el argumento intencional que se construye es deficiente, pues parte de una mención aislada a la persona jurídica en un documento de una comisión legislativa. Tanto la doctrina como la Suprema Corte han sostenido que de una mención aislada —o contradictoria— no se puede atribuir ninguna voluntad al legislador.[17] Por ello, este argumento me parece que carece de fuerza.

[17] Parecería entonces que los mismos ministros no atienden a criterios establecidos por la misma SCJN respecto a cuándo puede interpretarse una norma apelando a la voluntad del legislador. Véase la siguiente tesis: PROCESO LEGISLATIVO. ES VÁLIDO REMITIRSE A ESTE PARA IDENTIFICAR LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR CUANDO EL JUZGADOR NO APRECIE LA EXISTENCIA DE CONTRADICCIONES A LO LARGO DEL MISMO. Cuando hay oscuridad en el significado de una disposición, se puede remitir el intérprete a la llamada "voluntad del legislador" para esclarecer el sentido de aquella, toda vez que los órganos que participaron en el proceso legislativo que dio lugar a la norma en cuestión, en ocasiones manifiestan, a través de los actos que conforman dicho proceso, el sentido de esta. Ahora bien, a fin de que el órgano jurisdiccional revisor pueda válidamente remitirse a los actos del proceso legislativo para extraer de estos la "voluntad del legislador", en el transcurso del referido proceso deben concurrir las voluntades de quienes participaron en este durante las etapas de iniciativa, discusión, aprobación y sanción o, al menos, no debe existir contradicción entre las razones aducidas por cada uno de ellos para la creación, modificación o derogación de una norma. Cuando de las constancias del proceso legislativo ello sea posible, *el órgano jurisdiccional debe poner en evidencia la existencia de una razón única y explícita que justifique la modificación al ordenamiento jurídico. Así, solo en los casos en que se aprecie que hay unidad en el criterio o, cuando menos, ausencia de contradicciones, podrá el intérprete remitirse a la "voluntad del legislador" con el fin de descubrir el significado de la norma y pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta.* (las cursivas son nuestras)
Parece que una mención aislada en los trabajos de una comisión son insuficientes para poder decir que existe una razón única y explícita, es decir, para sostener que se colma el requisito de "unidad de criterio". Suelo enseñar a mis alumnos que cuando un tribunal o juez recurre a los argumentos genéticos que apelan a la voluntad del legislador hay que ser muy cuidadosos al evaluarlos, pues sirven a menudo para construir interpretaciones artificiosas y sesgadas, pues a menudo es fácil encontrar entre tantos materiales y documentos producidos en el proceso legislativo, alguna frase aislada o comentario emitido por algún participante en el proceso legislativo que sirva al juzgador de apoyo para proponer una interpretación por demás débil, pero que si logra pasar inadvertida termine teniendo éxito.

Los argumentos que parecen entonces más importantes son los de los incisos *a, b* y *d*. La poca fuerza de la decisión parece radicar en estos argumentos. Reformularé los argumentos de estos incisos como sigue:

Argumento 1: La reforma constitucional en materia de derechos humanos protege a todas las personas, incluyendo a las personas jurídicas o morales, por lo que a estas se les pueden atribuir la titularidad de los derechos humanos. Si se aceptara que los derechos humanos son solo de los individuos, las personas jurídicas quedarían sin ningún tipo de protección de sus derechos.

Argumento 2: Varios artículos constitucionales como el 25, 27, 35, 41, 99 y 123 reconocen derechos de las personas morales, por ende, tienen derechos fundamentales (humanos).

Argumento 3: Reconocerles derechos humanos a las personas jurídicas y morales no implica que sean titulares de todos los derechos humanos, sino solo de aquellos que resultan necesarios para la realización de sus fines, para proteger su existencia, identidad y asegurar el libre desarrollo de su actividad.

Sostendré por mi parte que:

1. El argumento 1 es incorrecto porque la conclusión absurda que pretende evitar, esto es, que las empresas queden sin protección de sus derechos, no se sigue de que se les niegue la titularidad de derechos humanos. La SCJN llega a esta conclusión dado que para ella cualquier derecho de la Constitución, o es un derecho humano o no es derecho. Al borrarse la distinción entre derechos humanos y otros derechos constitucionales que no son derechos humanos, efectivamente se llegaría a tal conclusión, pero esto es error conceptual —un problema conceptual de esos que menosprecia la Corte—.
2. El argumento 2 parte de advertir una obviedad, es decir, que la Constitución confiere derechos a las personas morales, pero nuevamente, debido al error conceptual de concebir cualquier derecho constitucional como derecho humano, arriba a la conclusión de que las personas jurídicas tienen derechos humanos. Igual que en el argumento 1, si aceptáramos la distinción —conceptual— entre derechos

humanos y derechos constitucionales —que no son derechos humanos— la conclusión no se seguiría. Simplemente se constataría que las personas morales o jurídicas tienen derechos constitucionales, pero esto no serviría de argumento para sostener que por esta razón sus derechos son derechos humanos. Se necesitaría otro tipo de argumentos.

3. El argumento 3 supone que con los argumentos 1 y 2, y con los argumentos de los incisos *e, f* y *c,* ya se probó que las empresas o corporaciones sí tienen derechos humanos, y solo precisa que los derechos humanos que tendrán son aquellos que no resulten absurdos (como el derecho a la vida, la integridad, a una detención no arbitraria, a no ser torturada, etc.), sino solo los que estén relacionados con sus fines y funciones. Si mostramos entonces que ni los argumentos 1 y 2, y menos los de los incisos *e, f* y *c* sirven para justificar la titularidad de derechos humanos de las empresas y corporaciones, entonces este argumento será falso.

Como puede verse, la objeción principal que aquí hacemos es que la SCJN incurrió en un error conceptual al confundir los derechos humanos con los derechos constitucionales. Tratemos ahora de ofrecer razones en favor de nuestra afirmación.

5.4. Derechos humanos y derechos constitucionales: la necesidad de distinguirlos

Mi argumento se mueve a partir de una distinción conceptual que me parece necesaria en una teoría constitucional y en una teoría de los derechos humanos, me refiero a la distinción entre derechos constitucionales —o fundamentales— y derechos humanos. Los argumentos de quienes defienden que las corporaciones tienen derechos humanos se basan en identificar que las personas morales tienen reconocidos a nivel doméstico derechos constitucionales o fundamentales y dado que ello sin duda es así, se pasa a sostener que son también titulares de derechos humanos. La SCJN incurrió en esta *aparente* confusión conceptual.[18]

[18] Un magistrado que fue de los primeros en reconocerles a las empresas titularidad de derechos humanos, me refiero al magistrado del Cuarto

La reforma constitucional de 2011 significó un cambio conceptual radical en la manera de concebir los derechos y de protegerlos. Todavía estamos adaptándonos a estos cambios y esto implica también repensar nuestra manera —nuestras maneras— de conceptualizar los derechos constitucionales, pues muchas de nuestras doctrinas al respecto han quedado, por lo menos, parcialmente obsoletas.

Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Administrativa, Jean Claude Tron Petit, ha sostenido en "¿Son las personas jurídicas titulares de derechos humanos?", en Islas López, Abigayl *et al*., *Personas jurídicas y derechos humanos*, *...cit*., pp. 21-52, en especial pp. 24-27, que todos los derechos fundamentales consistirían en formas de garantía de los derechos humanos. Tal concepción la apoya, a mi parecer, en una lectura descontextualizada de dos autores españoles. El primero, Antonio Enrique Pérez Luño, a quien cita de segunda mano, pero este autor no sostiene lo que Tron quisiera. El segundo es Luis María Díez Picazo, quien a primera vista sí sostiene algo que serviría al argumento de Tron. Díez Picazo dice que la —¿única?— diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales radica en el tipo de ordenamiento que los reconoce y protege, a los derechos humanos los tratados y a los derechos fundamentales la Constitución. Al decir esto, parece estar diciendo que son lo mismo, y su diferencia es solo respecto del ordenamiento que los contempla. Pero con un poco más de atención a las ideas de este autor parecería que decir que se trata de la "única" diferencia es algo que no se extrae de sus escritos. Precisamente antes de la cita que usa Tron de Díez Picazo, este autor distingue, siguiendo a Ferrajoli, entre la concepción material y formal de los derechos fundamentales. La concepción material de los derechos fundamentales supone que solo ciertos contenidos podrían ser considerados fundamentales sin importar el rango jurídico de la norma que los protege; mientras que para concepción formal es el rango jerárquico de la norma lo que convierte a un derecho en fundamental. De ahí que Díez Picazo sostenga expresamente lo siguiente: "Sin embargo, la concordancia entre las concepciones formal y material de los derechos fundamentales no es necesaria, pues a veces se declaran, mediante normas de rango constitucional, derechos que nada tienen que ver con los valores básicos del constitucionalismo contemporáneo. Baste pensar en el célebre ejemplo del derecho a llevar armas, reconocido por la enmienda 2ª de la Constitución de los Estados Unidos", Véase: Díez Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, pp. 31-33. La posición de Díez Picazo parece por lo menos confusa cuando contrasta la noción de derechos humanos con la de derechos fundamentales, pero creo que la interpretación que hace Tron simplifica y distorsiona la posición del autor español, pues parecería que para él no siempre los derechos constitucionales se conformarían al criterio material.

El cambio más importante fue haber introducido en el artículo primero el concepto de los *derechos humanos*, incluso haber cambiado la denominación del capítulo primero del título primero para quedar como "De los derechos humanos y sus garantías".

Este cambio no solo es de palabras, es precisamente un cambio conceptual que en la controversia constitucional que estamos comentando, el Pleno de la SCJN no se tomó en serio. Hemos adoptado un nuevo concepto, diferente al de garantías individuales —el título mismo hace esta distinción—. La teoría constitucional ya había evolucionado fuera y dentro de México al concebir los derechos constitucionales como *derechos fundamentales*. Este también fue un cambio conceptual importante que nuestros constitucionalistas ya habían adoptado.[19]

[19] Por ejemplo, Miguel Carbonell en su libro *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-CNDH, 2004. Carbonell trata de responder las preguntas de qué son los derechos fundamentales, cuándo algunos derechos los consideramos fundamentales y qué diferencias hay entre estos derechos y otros tipos de derechos. En cuanto a los derechos humanos advertía: "Los conceptos de "derechos fundamentales", "garantías individuales y sociales" y "derechos humanos" no son equivalentes, ni se pueden utilizar indistintamente..." (p. 6) "Los derechos humanos son una categoría más amplia y que, en la práctica, se suele utilizar con menos rigor jurídico que la de derechos fundamentales. Muchas veces se hace referencia a los derechos humanos como expectativas que no están previstas de forma clara en alguna norma jurídica, con el objeto de reclamar lo que a algunas personas les puede parecer una actuación indebida de las autoridades. Para algunos teóricos, que esgrimen con muy buenas razones en su favor, serán también derechos humanos algunos derechos no jurídicos; se trataría, por ejemplo, de los llamados *derechos morales*" (p. 8). En la explicación de derechos fundamentales que adopta por Carbonell nos presenta las ideas del jurista alemán Robert Alexy, pero termina por adoptar la del italiano Luigi Ferrajoli, quien sostiene que los derechos fundamentales son "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar" (p. 12). No discutiré aquí este punto, pero quiero señalar que esta definición de Ferrajoli ha sido ampliamente puesta en duda por sus críticos, pues es conceptualmente confusa y depende de otros conceptos también muy confusos en la obra del autor. Véase por ejemplo: Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición a cargo de Antonio Cabo y Gerardo Pissarello, Madrid, Trotta, 2001. En esta obra diversos autores como Bovero, Guastini, Zolo,

A pesar de que la Constitución introduce el concepto de derechos humanos como idea central junto con la de garantías individuales, lo cierto es que la idea de los derechos constitucionales o fundamentales no es una idea que ahora debamos abandonar. El problema es que la Suprema Corte y algunos tribunales federales han terminado por identificar, sin más, derechos constitucionales —o fundamentales— con los derechos humanos. Los dos conceptos, derechos fundamentales y derechos humanos, pueden coincidir *extensionalmente* en alguna medida; a menudo eso ocurre con muchos de los conceptos que usamos, pero esa coincidencia no implica que sean el mismo concepto. El concepto de "ser humano" y el de "mujer" pueden coincidir en su extensión en muchos casos, dado que las mujeres son seres humanos; el concepto de "mamífero" puede coincidir con el de "delfín", dado que los delfines son mamíferos; el concepto de "cosas verdes" puede coincidir con el de "planta", dado que muchas plantas son verdes, etc. Asimismo, el concepto de "derechos humanos" y el de "derechos constitucionales" —o fundamentales— puede llegar a coincidir, dado que muchos derechos constitucionales son también derechos humanos, pero esta coincidencia extensional no implica que sean el mismo concepto, es decir, que sean equivalentes o sinónimos, como no son sinónimos el de ser humano y mujer, ni el de mamífero y el de delfín, etcétera.

Es muy importante también determinar qué tipo de concepción de los derechos humanos vamos a utilizar, puesto que hay varias concepciones o caracterizaciones de los derechos humanos, varias teorías, y no todas serían adecuadas para una doctrina constitucional como la nuestra. De hecho, la selección de nuestra teoría de los derechos humanos debe ser acorde con la forma en que se conciben estos derechos a nivel internacional, puesto que nuestra reforma busca precisamente que los derechos humanos insertos en los tratados internacionales pasen a formar parte de nuestro sistema constitucional. Esto descalifica entonces a algunas teorías de los derechos humanos, no toda teoría de los derechos humanos es apta para el rol que queremos que juegue en

discuten las tesis de Ferrajoli y ponen en serios aprietos sus ideas. Mucho más interesante me parece la postura de Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1993.

nuestro sistema constitucional y el ámbito internacional. Es por ello un error de omisión muy grave que el Pleno de la Corte no haya ofrecido ningún argumento para tratar de que su interpretación y resolución sobre la titularidad de los derechos humanos de las personas jurídicas fuera compatible con los tratados internacionales en esta materia y con las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evidentemente no pudo ofrecer este tipo de argumentos, porque habría incurrido en distorsión, como lo hizo uno de los tribunales colegiados y la misma ministra ponente en su proyecto de sentencia.

Por lo pronto, me interesa enfocarme en las razones para rechazar una concepción formalista o positivista de los derechos humanos. Una concepción así sería aquella que sostuviera que los derechos humanos son exclusivamente aquellos que son reconocidos en esos términos por un legislador —o un tribunal—, ya sea nacional o internacional. De forma que sería una cuestión hasta cierto punto arbitraria y contingente lo que es y lo que no es un derecho humano, pues ello depende de la decisión autoritativa de un legislador. Esta idea, a pesar de ser muy influyente en países como el nuestro de una larga tradición iuspositivista, es también contraria a las prácticas internacionales en la materia, donde suele aceptarse que los derechos tienen una existencia prepolítica,[20] de forma que un Estado puede incurrir en violaciones a los derechos humanos aun cuando no haya suscrito algunos tratados internacionales específicos que los contemplen y no los tenga reconocidos a nivel doméstico. Otra cuestión distinta es si ese Estado puede ser sancionado internacionalmente, este es otro problema que aquí no abordaré.

La idea quizá más extendida a nivel teórico es que los derechos humanos son derechos morales, esto es, derechos que justificadamente tienen los seres humanos en función de que protegen algún valor asociado a la persona: la dignidad, la libertad, la

[20] Quizá para ser más precisos no se trate de una existencia prepolítica propiamente, sino de que el contenido de los derechos humanos no depende solamente de una cuestión autoritativa, su contenido atiende a criterios o razones justificadas en atención a criterios no arbitrarios, basados en valores morales o necesidades objetivas de los seres humanos. Estos criterios no necesitan entenderse como prepolíticos necesariamente.

autonomía, la igualdad, las necesidades básicas, etc. Los derechos se postulan y si existe una justificación moral basada en algunos de los valores antes aludidos —valores fundacionales—, entonces el derecho también existe. La necesidad de garantizar estos derechos morales hace surgir la cuestión de su reconocimiento jurídico y las formas de lograr su eficacia, lo cual precisa que se piensen y diseñen distintas formas de protección que pueden variar de acuerdo con el contexto, las circunstancias y el tipo de sistema normativo que los reconozca. Los derechos podrán a su vez desarrollar su contenido, obligaciones y alcance, según vayan respondiendo a las necesidades y contextos determinados. Este sería el aspecto histórico-institucional que adquieren los derechos humanos a través de su reconocimiento y formas de protección. Esta es la dimensión positiva de los derechos humanos que no podemos rechazar, pero es solo una de las dimensiones del concepto, la otra dimensión, como dijimos, es su dimensión moral.

Esta dimensión moral es la que nos permite tener siempre algún criterio de corrección respecto de la forma en que se institucionalizan o positivizan los derechos humanos, y así poder denunciar cuándo el legislador omite el reconocimiento de ciertos derechos humanos, cuándo formula de modo impreciso o inconveniente el derecho, o cuándo se equivoca al seleccionar algún medio para su protección y eficacia. También la dimensión moral nos ayudará a buscar formulaciones precisas y medios idóneos para su protección (aunque estas cuestiones dependen claramente de algo más que de los criterios emanados de la dimensión justificativa o moral, por ejemplo, dependerán de cuestiones fácticas).

Es así que podemos decir, sin contradicción alguna, que aunque la SCJN haya dicho que las empresas son titulares de derechos humanos, esta afirmación *es falsa* si no existe una justificación adecuada para ella. La decisión es, como trataremos de mostrar, un error, un grave error.

La idea de los derechos constitucionales o fundamentales, en cambio, si bien puede ser también un concepto que depende de criterios materiales —sustantivos— y de criterios formales —autoritativos—, los valores, fines, objetivos que permiten justificar que se les considere fundamentales no se restringen a los valo-

res básicos del ser humano.[21] De forma que su contenido no dependerá necesariamente de su corrección moral, como sucede con la idea de los derechos humanos. Un derecho fundamental puede ser tal en virtud de que una Constitución protege ciertos fines y valores, aunque algunos de estos fines o valores no tengan que ver de modo directo con valores básicos del ser humano o incluso pudieran ser fines moralmente injustificables. Por ejemplo, muchas constituciones protegen valores basados en el patriotismo o el nacionalismo, valores que al menos moralmente hablando son bastante cuestionables. Un derecho basado en un valor así podría ser fundamental porque un texto constitucional le confiere tal estatus, pero no sería un derecho humano si no hay una justificación moral poderosa o no hay un derecho humano reconocido a nivel internacional. Una Constitución podría, como ocurre en Estados Unidos, contemplar el derecho de sus ciudadanos a tener armas —¡cualquier tipo de armas!—, y parece que tal derecho carece hoy día de cualquier justificación moral —si es que alguna vez la tuvo— y a nadie se le podría ocurrir que se trata de un derecho humano —posiblemente ni a los que en ese país defienden tal derecho—.

Ahora bien, regresando al tema de la titularidad de los derechos humanos, uno diría que en una Constitución como la nuestra —que no es la única— donde se privilegió el concepto de derechos humanos en la reforma de 2011, tal énfasis no implica que no podamos distinguir entre derechos humanos y derechos fundamentales o constitucionales, que tienen un contenido distinto al de los derechos humanos o que protegen valores distintos o no directamente conectados con los valores básicos del ser humano. La importancia de esta distinción es básica, pues nos

[21] En la actualidad muchas de las concepciones teóricas sobre los derechos fundamentales aceptan que existen criterios materiales para determinar cuándo es correcto hablar de un derecho tal. Por esta razón también podríamos decir que un legislador, un juez o una Corte se pueden equivocar cuando reconocen o aceptan la existencia de algunos derechos constitucionales; los errores podrían cometerse no solo por reconocerle a un derecho un carácter fundamental que formalmente no tiene, sino también porque materialmente no se justifica su inclusión en la Constitución. Autores como Ferrajoli y Alexy, por ejemplo, aceptan esta posibilidad aunque con distintos matices.

permite darle importancia al aspecto político-institucional, a la dimensión histórico-contextual que puede adquirir la defensa, promoción y protección de los derechos humanos, pero también de otros derechos que podrían, sin ser derechos humanos, tener un peso y valor importantes en determinado sistema jurídico y en determinada sociedad. Por ejemplo, en México, en el constituyente de 1917 y en reformas posteriores, durante una época se dio un peso muy importante a ciertos derechos laborales, como los derechos a la contratación colectiva, un salario mínimo, el reparto de utilidades, etc. Estos derechos específicos difícilmente podrían considerarse y reclamarse como derechos humanos,[22] pero tienen una justificación importante basada en la idea de equidad, redistribución de la riqueza, equilibrio de poderes contractuales y en la finalidad de lograr una sociedad más justa. Eran, y en algún aspecto siguen siendo, derechos fundamentales o constitucionales en México, aunque sería erróneo y excesivo decir que son derechos humanos.

La SCJN, en suma, ha incurrido con sus argumentos en identificar derechos constitucionales con derechos humanos. Nadie niega que las corporaciones tengan algunos derechos constitucionales, pero de ahí no se sigue que estos derechos tengan el estatus de derechos humanos.

Cuando un derecho abstracto se encuentra en la Constitución —pensemos en el derecho a la libertad de expresión— su contenido y justificación llega a coincidir con un derecho humano. La coincidencia ahí no es meramente extensional, dado que se trata de un mismo derecho que es humano y es constitucional también. La justificación moral o el valor que funda el derecho humano es el mismo que justifica al derecho constitucional, aunque reconocemos que es constitucional porque fue así reconocido por el legislador.

Los derechos de una empresa o corporación están asociados a valores y fines distintos a los que fundan los derechos humanos.

[22] Esta afirmación no significa que otros derechos laborales sí puedan ser considerados derechos humanos. De hecho varios derechos laborales están reconocidos con ese estatus. Lo que aquí afirmo, y quiero subrayar, es que difícilmente algunos derechos laborales se puedan considerar como derechos humanos.

Por ende, el derecho de propiedad o el de defensa, por ejemplo, no son los mismos —y no pueden ser los mismos— tratándose del derecho de un individuo que el de una empresa. Esto no significa que no podamos reconocer la justificación y el peso relativo de los derechos de las personas jurídicas, pero el valor de ese derecho será sencillamente otro y, por ello, no coincidirá con el de un derecho humano, aunque se hable aparentemente del mismo derecho. Ningún derecho de una corporación puede tener el mismo fundamento que un derecho básico de un individuo.

El que algunos derechos fundamentales o constitucionales coincidan extensionalmente con otros derechos humanos, no hace que todos los derechos fundamentales sean también derechos humanos.

Es totalmente injustificada, como he tratado de mostrar, la resolución de la SCJN en la contradicción de tesis 360/2013. Haber sostenido que los derechos de las personas jurídicas son derechos humanos es un error conceptual, es además violatorio de los derechos humanos de los individuos considerar, como hace la Suprema Corte, que los derechos de las empresas se deben interpretar favoreciendo su protección más amplia, esto es, aplicarles en su favor el principio pro persona. Esto implica, como dije al inicio de este trabajo, quitarle a David la única arma que puede tener contra Goliat, porque ahora cuando se enfrenten los derechos de un individuo contra los de una empresa, el juez podrá optar por favorecer la interpretación que mejor proteja a uno o al otro, cuando el sentido de los derechos humanos es que el individuo se vea favorecido por esa protección especial que brinda esa guía de interpretación.

Lo decidido por la SCJN resulta además contrario a los criterios internacionalmente aceptados. Más ahora con la resolución de la opinión consultiva OC-22/16 de la Corte IDH.

5.5. Opinión consultiva OC-22/16 de la Corte IDH

En la opinión consultiva OC-22/16, de 26 de febrero de 2016, solicitada por la República de Panamá sobre la titularidad de los derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de

Derechos Humanos, la Corte IDH actuando en su condición de tribunal de derechos humanos, determinó lo siguiente:[23]

1. Sobre la interpretación del artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dice: "1.2. para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano", la Corte sostiene que este instrumento fue creado para la protección y titularidad de los derechos del ser humano o persona humana. Que cuando en la Convención y la Declaración Americana de Derechos Humanos se utiliza la expresión "toda persona" siempre se hace referencia a los seres humanos. Sostiene que ningún artículo y ninguna expresión utilizada concede a las personas jurídicas titularidad de los derechos humanos (párr. 48).
2. La Corte IDH distingue entre ser titular de un derecho humano y tener legitimación activa para presentar peticiones ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Reconoce que el artículo 44 de la Convención permite a cualquier persona o grupo, entidad no gubernamental legalmente constituida, presentar peticiones a la Comisión por violaciones a los derechos humanos. Pero la Convención distingue entre ser "peticionario" y ser "presunta víctima".
3. La Corte IDH sostiene que en el sistema universal de derechos humanos, los peticionarios solo pueden ser los individuos (párr. 59).
4. De un análisis comparativo entre varios sistemas regionales y el Sistema Internacional de Derechos Humanos se observa que no existe una tendencia interesada en reconocerles a las personas jurídicas derechos humanos. Un caso aislado es el sistema europeo, que les reconoce algunos derechos (párrs. 62 y 53).
5. La mayoría de los países de la región que presentaron opiniones ante la Corte IDH sobre este caso se negaron a

[23] Aludo exclusivamente a algunos puntos que nos interesan de modo directo aquí. La opinión consultiva aborda toda una serie de problemas y cuestionamientos sobre el tema de la titularidad de derechos humanos de las personas jurídicas, pero también sobre otras cuestiones procesales relevantes. De esto no podemos ocuparnos aquí.

> reconocerles a las personas jurídicas derechos humanos, sin negar que tuvieran derechos constitucionales (párrs. 63-67). Es curioso que la representación de México también se opuso a este reconocimiento (párr. 66).

Sin poder abundar ya más sobre esta opinión consultiva, lo relevante es que el criterio de la SCJN queda ya muy mal posicionado, tanto a nivel nacional como a nivel internacional. No solo carece de una buena justificación, sino que va en contra de los criterios adoptados internacionalmente en el Sistema Interamericano. Es urgente que el Pleno de la SCJN revise su decisión y dé marcha atrás, de no hacerlo, considero que quizá pronto, decisiones que favorezcan a las empresas —en contra de algún individuo— usando la tesis jurisprudencial aprobada en la contradicción de tesis 360/2013, podrían ser consideradas violatorias de derechos humanos.

Capítulo 6
Los derechos colectivos indígenas en México: hacia su comprensión como derechos humanos

6.1. Introducción

México es un país donde los grupos indígenas han formado parte de su historia y forman parte de su actualidad. Desde fines del siglo XIX, la nación que se buscó construir fue la nación homogénea, una nación mestiza donde lo indígena representaba, por una parte, un pasado mitificado y glorioso y, por la otra, un lastre del presente que significaba atraso, ignorancia, vicio. La historia constitucional de México no podía estar al margen de estas visiones, que por mucho tiempo conformaron la llamada "cuestión indígena". En este capítulo me propongo realizar una revisión muy breve de la historia constitucional mexicana en torno a los derechos colectivos indígenas, que como veremos, han atravesado por varias etapas que reflejan cómo los grupos hegemónicos comprendieron a los indígenas y las formas en que los mismos movimientos indígenas, de lado de algunos grupos intelectuales, especialmente los antropólogos, lograron presentarse a sí mismos y sus demandas en un lenguaje que partía de reivindicar su existencia, su identidad y su autonomía en términos de derechos colectivos. El momento en que quiero centrar la atención es uno muy reciente e importante en este desarrollo de la noción de derechos colectivos indígenas, se trata del momento en que los derechos colectivos indígenas se conciben y visualizan como derechos humanos. Los cambios

constitucionales recientes en México, junto con la creciente importancia del sistema interamericano de protección de derechos humanos, han generado que este tema se convierta en un tema clave de las discusiones que están por venir, y que definan el alcance y protección de estos derechos a nivel regional y doméstico.

El ejemplo del caso de México posiblemente sirva para comprender el desarrollo de los derechos colectivos en el resto de los países latinoamericanos,[1] países, desde luego, con su propia historia constitucional y sus propias luchas por el reconocimiento de los derechos colectivos indígenas, pero que como quizá se pueda advertir, hay muchas constantes y tendencias que tal vez nos permitan en otro momento hacer explícitas las conexiones históricas y también conceptuales que tenemos en común.

En el apartado 6.2 me referiré al periodo del nacionalismo revolucionario y al periodo constituyente de 1917 donde se configura, por vez primera en la Constitución mexicana, una posición de defensa de las tierras colectivas de los grupos indígenas, pero al lado de una visión paternalista que generó una fuerte política indigenista que buscaba la integración del indio en una nación mestiza. En el apartado 6.3 hablaré de un segundo periodo muy importante que ve surgir el discurso de los derechos colectivos indígenas ya dentro de una incipiente concepción de los derechos humanos que en esos momentos se está transformando, pero que a su vez coincide con el surgimiento y adopción de políticas económicas neoliberales que vendrán a reconfigurar el marco de problemas de exclusión, pobreza y acumulación de riqueza. En el apartado 6.4 me referiré a la reciente reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, que abre la posibilidad y algunas esperanzas moderadas de ver a los derechos colectivos como derechos humanos con las implicaciones jurídicas que

[1] Me he ocupado de este tema en un extenso trabajo Cruz Parcero, Juan Antonio, "Los derechos colectivos indígenas en la Constitución de 1917 y sus implicaciones", en *Los pueblos indígenas y la Constitución de 1917: una revalorización del pasado hacia el presente*, México, Comisión Organizadora del Poder Judicial de la Federación para los Festejos del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-SCJN, 2015, pp. 165-318.

el nuevo marco constitucional y regional ofrece para su protección. Sin embargo, el optimismo es escaso, la contradicción entre neoliberalismo y derechos humanos, a la cual nos referiremos de manera breve, parece no ser solo una relación de contradicción u oposición, sino quizá, como algunos historiadores la han visto, una relación de mutuo apoyo donde los derechos humanos juegan en favor del neoliberalismo. En México, pese a avances incuestionables a nivel de reconocimiento de los derechos colectivos indígenas y de poderlos concebir en el nivel de protección más alta que otorga la Constitución, lo cierto es que la eficacia y la realidad nos hablan más de la precariedad de esa protección, que en tiempos recientes es la precariedad de la protección de todos los derechos humanos.

6.2. El nacionalismo revolucionario y la cuestión indígena

Hablar de la Constitución mexicana de 1917 implica referirse a un documento normativo con casi cien años de vigencia, un texto que se ha transformado constantemente;[2] dar cuenta de los derechos colectivos indígenas en la Constitución implica aludir a un proceso de cambios tanto conceptuales como institucionales y sociales que han tenido lugar en casi cien años de vigencia.

La adopción misma del texto constitucional por el Congreso Constituyente de 1917 no fue sino la continuación de un proceso histórico-político que comenzó desde el XIX. Las ideas liberales, que poco a poco se abrían paso en el pensamiento político, eco-

[2] Del texto constitucional original de 1917 queda muy poco. El 80% de los artículos originales han sido modificados en promedio cinco veces cada uno. Para 2013 la Cámara de Diputados contabilizaba 561 reformas constitucionales. Solo 27 de los 136 artículos constitucionales ha permanecido sin cambios, lo que equivale al 19%, véase Ríos, Viridiana, "Rarezas constitucionales", *Nexos*, febrero, 2014, consulta 4 may 2015, disponible en *http://www.nexos.com.mx/?p=18391* Al 7 de junio de 2014 el portal de la Cámara de Diputados contabilizaba 220 decretos de reforma constitucional. Algunos decretos involucran reformas de más de un artículo de la Constitución, consulta 8 may 2015, disponible en *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm*

nómico y jurídico de la época, aborrecían la idea de lo colectivo y corporativo por entenderlo como un legado colonial y una muestra de atraso.[3] *La cuestión indígena* era un problema añejo que venía de la Colonia y del cual no podemos relatar la historia aquí, nos bastará con recordar algunos datos que nos permitan entender el contexto en que surgieron los preceptos relacionados con dicha cuestión indígena y campesina en la Constitución de 1917.

El tema indígena había aparecido ya durante la época independiente; en los debates del Constituyente de 1857 hubo algunas alusiones y planteamientos sobre el denominado problema indio, tanto respecto al tema de sus tierras como a lo que se consideraba las causas de su miseria y atraso cultural. Hubo también llamados de atención sobre una falsa idea de homogeneidad de la nación mexicana que se estaba tratando de imponer: "entre las muchas ilusiones con que nos alimentamos, una de las no menos funestas es la que nace de suponer que nuestra patria es una nación homogénea", advertía Ignacio Ramírez.[4]

Las reformas liberales en cuestiones agrarias se habían tratado de implementar desde las reformas borbónicas de finales del siglo XVIII. Antes de los intentos de los liberales mexicanos, la cuestión ya se había planteado en términos de repartir la tierra comunal de los indios a los campesinos pobres. Durante el proceso constituyente de 1857 prevaleció el tema de la desamortización de los bienes eclesiásticos y el tema indígena se supeditó a este. El tema central, tratándose de los indios, se reducía al problema de la tierra. Los liberales pensaban que la privatización y parcelización de la tierra eran la manera de convertir a los indios en verdaderos ciudadanos, había entonces que hacerlos propietarios privados. A lo largo del siglo XIX los esfuerzos por lograr esta transformación fueron constantes, pero poco eficientes. Lo que se consiguió fue que algunos terratenientes incrementaran sus propiedades a costa de las tierras comunitarias, pero no que los campesinos pobres se hicieran prósperos propietarios. Los grandes beneficiados de las políticas de defensa de la propiedad

[3] *Cfr.* López Bárcenas, Francisco, *Autonomía y derechos indígenas en México*, México, Ediciones Coyoacán-UNAM, 2005.

[4] La cita se refiere al discurso del diputado Ignacio Ramírez en 1856, cit. por López Bárcenas, Francisco, *op. cit.*, p. 66.

privada fueron los hacendados. El proceso de reparto de tierras comunales había comenzado antes de las Leyes de Reforma, pero se intensificó especialmente en los decenios de 1880 y 1890.[5]

Los bienes de las comunidades-ayuntamientos no fueron nacionalizados, ni divididos ni repartidos con la ley de desamortización del 25 de junio de 1856 —conocida como Ley Lerdo—, a diferencia de los bienes del clero, sino que los liberales en dicha ley ordenaron el reparto de las tierras con la idea de que se estaba protegiendo a los indígenas, pues eran ellos los supuestos beneficiarios del reparto, pero lo cierto es que donde la tierra se repartió, fueron muy pocos los indígenas que lograron mantenerla. Los litigios, fraudes y corruptelas estuvieron a la orden del día. La ley autorizaba a los jefes políticos a rematar los terrenos en caso de que las comunidades no hicieran el reparto.

Pese a todos los esfuerzos por suprimir la propiedad comunal, la persistencia de la misma se explica porque estaba ligada a formas de vida comunitaria, formas de solidaridad y a formas de hacer política.[6] Los pueblos y comunidades idearon muchas formas de burlar las reformas y los repartos. Los levantamientos indígenas o populares fueron una estrategia para romper el pacto de subordinación con el gobierno federal o estatal y orillarlos a negociar. Desde luego, muchos levamientos eran reprimidos, pero esta estrategia llegó a estar altamente institucionalizada y sirvió para que muchas comunidades mantuvieran sus tierras.[7]

Desde entonces surgió una contradicción advertida por algunos personajes importantes como Wistano Luis Orozco y Andrés Molina Enríquez. La contradicción consistía en sostener que los pueblos, por ser corporaciones civiles, carecían de personalidad legal, pero luego se les reconocía esta a los ayuntamientos, que

---

5 Knight, Alan, "El liberalismo mexicano desde la Reforma hasta la Revolución (una interpretación)", en *Historia Mexicana*, vol. XXXV, núm. 1, jul-sep, 1985, pp. 76-77.

6 Escalante Gonzalbo, Fernando, *Ciudadanos imaginarios*, México, Colmex, 1992, pp. 55-74.

7 Annino, Antonio, "Pueblos, liberalismo y nación en México", en Annino, Antonio y Guerra, Francois-Xavier (coords.), *Inventando la nación iberoamérica*, México, Siglo XXI Editores-FCE, 2003, p. 411.

también eran entidades corporativas que podían poseer tierras. Los estudios de Wistano Orozco[8] y Molina Enríquez[9] terminaban por militar a favor de la causa de las comunidades y presentaron a los pueblos y a la propiedad comunal como una solución, al menos temporal, a los problemas agrarios. Estas ideas tuvieron gran influencia en un grupo de ideólogos revolucionarios, entre ellos Luis Cabrera, quien logró introducir estas ideas en los procesos legislativos posteriores a 1910. Molina Enríquez formaría parte de los asesores de la Comisión que redactaría el artículo 27 de la Constitución de 1917.

Andrés Molina Enríquez en *Los grandes problemas nacionales* (1909), desde un darwinismo social adaptado, consideró que la propiedad individual pequeña y mediana era la ideal, producto de una evolución histórica a la cual había que aproximarse. Se oponía, en principio, a la propiedad comunal, pero la consideraba necesaria históricamente hablando, pues el progreso no podía imponer modelos sin reconocer que ciertas fases evolutivas tenían que ser transitadas. Por ello, la propiedad comunal era una fase que había que reconocer y garantizar a los pueblos indígenas hasta que alcanzaran condiciones evolutivas necesarias para convertirse en propietarios individuales. Era pues, una fase transitoria en los sistemas de propiedad. Dentro de la comunidad se respetaba el derecho del ocupante y poco a poco se iba transformando en una propiedad individual que se transmitía de padres a hijos.

Luis Cabrera defendió el Plan de Ayala (1911), que impulsaba el llamado proyecto ejidal del movimiento encabezado por Emiliano Zapata.[10] En un largo discurso ante la Cámara de Dipu-

8 Orozco Wistano, Luis, *Los ejidos de los pueblos (1914),* México, Ediciones "El Caballito", 1975.

9 Molina Enríquez, Andrés, *Los grandes problemas nacionales*, México, Imprenta Carranza e Hijos-Era, 1909.

10 En el séptimo punto del Plan de Ayala se establecía: "7° En virtud de que la inmensa mayoría de los pueblos y ciudadanos mexicanos no son más dueños que del terreno que pisan sufriendo los horrores de la miseria sin poder mejorar en nada su condición social ni poder dedicarse a la industria o a la agricultura por estar monopolizados en unas cuantas manos las tierras, montes y aguas, por esta causa se expropiarán, previa indemnización de la

tados abordó el problema de la cuestión agraria y el ejido. Destacó que la división tradicional de las tierras se hacía entre el *casco*, que constituía la circunscripción destinada a la vida urbana; el *ejido*, destinado a la vida comunal, y los *propios*, destinados a la municipal de los ayuntamientos. Cabrera sostuvo que, frente al caos que habían implicado las reformas liberales, era necesaria una medida jurídica radical: la expropiación para reconstituir los ejidos por causa de utilidad pública. Advertía también un problema que solo se resolvería con un nuevo diseño constitucional, pues los pueblos no tenían personalidad jurídica y no podían adquirir la propiedad de la tierra. De aquí se generaba el dilema de poner la tierra en manos de los pueblos o en manos de los ayuntamientos. Este problema se resolvió dándole a los pueblos la propiedad de la tierra, pero sin otorgarles personalidad jurídica en tanto pueblos, sino que la personalidad jurídica la tendría el núcleo de población constituido por los ejidatarios, que a la postre se transformarán en *el ejido,* un sujeto con derechos pero donde la comunidad o el pueblo ya no coinciden con esta figura legal.[11]

Es importante hacer notar que la llamada "cuestión indígena" no se abordó de manera explícita en la Constitución de 1917, pero el artículo 27 contempló en su fracción VI que los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población, que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común de las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les hayan restituido.

La Constitución no habló explícitamente de los indígenas, pero sí fue una cuestión que estuvo presente en la mente de mu-

---

tercera parte de esos monopolios a los poderosos propietarios de ellas, a fin de que los pueblos y ciudadanos de México obtengan ejidos, colonias, fundos legales para pueblos, o campos de sembradura o de labor, y se mejore en todo y para todo la falta de prosperidad y bienestar de los mexicanos."

11 Azuela, Antonio, "La jurisprudencia y la formación del régimen agrario en el siglo veinte mexicano", en *Los pueblos indígenas y la Constitución de 1917: una revalorización del pasado hacia el presente*, México, Comisión Organizadora del Poder Judicial de la Federación para los Festejos del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-SCJN, 2015, pp. 319-462.

chos que participaron en su confección y en el ambiente político, cultural y jurídico de su momento. La Constitución fue resultado de un pensamiento nacionalista que tenía enemigos tanto externos como internos. La conciencia nacional se desgarró ante el problema indígena, pues el indio fue visto como un elemento antinacional, dado que representaba la "raza" que no se quería, la raza que debía ser transformada; se le consideró un problema para el progreso. A la vez, y de modo paradójico, se ensalzó al indio como fuente de la fusión de dos razas, los indios eran el pasado glorioso, eran la historia, pero no podían ser el modelo de lo que se quería hacia el futuro.[12]

El vínculo entre la Constitución de 1917 y el desarrollo de las ideas indigenistas estuvo en el concepto de *nación homogénea* implícito en el texto constitucional,[13] y en la idea de que las comunidades indígenas merecían protección mientras se lograba la incorporación de los indios a la verdadera ciudadanía. Con estas

[12] Gómez Izquierdo, José Jorge, *El camaleón ideológico. Nacionalismo, cultura y política en México durante los años del presidente Lázaro Cárdenas (1934-1940)*, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2008, p. 24.

[13] Lo implícito es la idea de homogeneidad no la de nación, pues, como ha señalado Fernando Escalante: "En el texto del artículo 27 [...] la nación aparece hasta dieciséis veces, y figura como sujeto que autoriza, decide, garantiza, justifica y condiciona el ejercicio de los derechos [...] Para subrayar más la rareza vale la pena recordar que en la ley del 6 de enero de 1915, que fue hasta 1934 complemento del artículo 27, la nación no figura en absoluto [...]; en la ley del 6 de enero existen la clase indígena, los campesino, el gobierno. Para decirlo en una frase, solo como introducción: la nación mexicana aparece como figura jurídica relevante en el Constituyente de 1917, y se manifiesta en el territorio...", Escalante Gonzalbo, Fernando, "El lenguaje del artículo 27 constitucional", en Kourí, Emilio (coord.), *En busca de Molina Enríquez. Cien años de los grandes problemas nacionales,* México, Colmex-The University of Chicago, 2009, p. 232. La nación existe en el territorio y como garantía de cohesión, persistencia y orden del territorio, es imposible evitar la sospecha —nos dice Escalante— que la insistencia abrumadora de la nación no solo afirma algo, sino que también oculta otra cosa. A Escalante le preocupan otras cosas que no están o están ocultas: las fuentes de los títulos de propiedad con que las comunidades podían pedir la restitución de las tierras, Escalante Gonzalbo, Fernando, "El lenguaje del artículo 27 constitucional", *...cit.,* p. 238. A nosotros aquí nos interesa hacer hincapié en otra cosa también implícita, que esa nación es la nación homogénea, la nación mestiza.

ideas y el fundamento constitucional el Estado comenzó a crear importantes instituciones. La labor del Estado estuvo acompañada por un grupo importante de antropólogos, arqueólogos e historiadores, entre quienes destacaron Manuel Gamio, José Vasconcelos, Moisés Sáenz, Alfonso Caso, Gonzalo Aguirre Beltrán, entre otros. En 1934 inició el periodo del general Lázaro Cárdenas al frente de la presidencia de la República, con él inicia el periodo del indigenismo oficial. En 1935 se creó el Departamento Autónomo de Asuntos Indígenas (DAAI), y en 1938 el Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH) y la Escuela Nacional de Antropología e Historia (ENAH). Estas instituciones se centrarían en el problema de los indígenas, de las etnias. El primero era un órgano consultor del gobierno involucrado en el diseño e implementación de políticas públicas y el segundo estaba enfocado a la realización de estudios de las etnias. En 1937 se creó también el Departamento de Educación Indígena de la Secretaría de Educación Pública. Fueron muchas las comisiones y departamentos que se crearon para atender problemas específicos de algunas etnias en particular. La política cardenista estaría marcada por esta nueva fisonomía.

En 1940 se organizó el Primer Congreso Indigenista Interamericano en Pátzcuaro, Michoacán, donde se formularía el primer programa del indigenismo latinoamericano que acordó la creación del Instituto Indigenista Interamericano con sede en México, que realizaría algunas aportaciones muy importantes a nivel de legislación internacional. El DAAI desaparecería y luego de algunos cambios, ya en el gobierno de Miguel Alemán, se crearía en 1948 el Instituto Nacional Indigenista (INI), que dependería directamente del presidente.

Durante el periodo cardenista se profundizó la reforma agraria fundada en el artículo 27 constitucional, esta reforma perseguía un reparto de la riqueza. En aquel momento, repartir la tierra era una medida distributiva radical, puesto que la tierra valía y producía riqueza. Los grupos indígenas y los campesinos eran los beneficiaros de estas medidas y se esperaba que así salieran de su situación de marginación y pobreza. Sin embargo, otros factores más difíciles de calcular en ese momento interfirieron con los fines de esta reforma. Por razones de índole económica, a nivel global las tierras agrícolas comenzaron a perder su valor

en muchos lugares del mundo. La industrialización, el desarrollo de los servicios y el crecimiento urbano comenzaron a reconfigurar la estructura de la riqueza.[14] Los campesinos y los indígenas usaban la tierra para usos agrícolas, pero muchos de los recursos naturales que había en ellas no les pertenecían. En algunas décadas se darían cuenta de que la tierra por sí sola ya no valía mucho y buena parte de ella no era productiva; se necesitaba inversión, créditos, tecnología, asesoría técnica, mano de obra y muchas otras cosas de las que carecían y, por ende, tenían que pedirlas y negociarlas con el gobierno. El clientelismo se apoderó de la relación gobierno/campesinos y los campesinos no lograron ser libres como pretendió la Revolución, a pesar de tener la tierra.

6.3. El neoliberalismo y el surgimiento de los derechos indígenas

México dejó de ser una sociedad agraria por su composición demográfica y por sus representaciones ideológicas. Como señala Arturo Warman, el crecimiento explosivo de la población y su emigración, la urbanización acelerada, la industrialización, el agotamiento del corporativismo para el control político, la apertura al exterior, la penetración de medios electrónicos de comunicación masiva, las crisis recurrentes y la desigualdad permanente sacudieron las estructuras sociales y sus representaciones colectivas.[15] Los sueños de convergencia en una grande y única cultura nacional se esfumaron frente al mosaico plural. La esperanza de la unidad en lo homogéneo mostró su imposibilidad.[16]

El contexto político nacional de entonces estuvo marcado por un despertar democrático que se originó en 1985, pero también por unas elecciones presidenciales (1988) en que resultó electo Carlos Salinas de Gortari, bajo la sombra del fraude electoral y frente a un movimiento que logró aglutinar a los partidos

[14] Piketty, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, México, FCE, 2014, pp. 129, 135, 157-168.

[15] Warman, Arturo, *Los indios mexicanos en el umbral del milenio*, México, FCE, 2003, p. 273.

[16] Warman, Arturo, *op cit.,* p. 274.

de izquierda. Durante el sexenio de Salinas de Gortari se consolidarían las políticas neoliberales que habían comenzado a implementarse en el sexenio anterior, se iniciaron las conversaciones para la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. A nivel internacional comenzaron los festejos del Quinto Centenario del Descubrimiento de América (1992), hecho que abrió un enorme debate en torno al festejo mismo y la situación de los pueblos indígenas. Los movimientos indígenas se fortalecieron y comenzaron a exigir el reconocimiento de sus derechos colectivos. Una ola de reformas constitucionales en este sentido haría que muchos países latinoamericanos reformaran sus constituciones —Guatemala, Nicaragua, Colombia, Brasil—. En este contexto internacional se comenzó a discutir el proyecto de *Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas* elaborado por un Grupo de Trabajo de la Organización de las Naciones Unidas.[17] Ante este complejo panorama, las reformas económicas neoliberales tuvieron que abrir un resquicio al reconocimiento de una nación pluricultural.

Una de las reformas económicas de este periodo que impactó a los campesinos e indígenas tuvo que ver con el artículo 27 constitucional, la reforma marcó el fin del proyecto agrario de dotación de tierras y abrió la posibilidad legal de privatizar el ejido. Otra de las reformas que nos interesan es la del artículo 4 constitucional (1992), que reconoció la composición multicultural de la nación mexicana.[18] Lo más significativo de esta reforma

[17] El grupo de trabajo fue impulsado por el "Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas", el ecuatoriano José R. Martínez Cobo, su informe final se denominó "Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas" presentado en sucesivas entregas entre 1981 y 1984 (Documento ONU E/CN.4/sub 2/1986/7, de 1986). Este informe tuvo repercusión directa en la creación del Grupo de Trabajo sobre derechos indígenas y sobre el grupo que revisó el Convenio 107 de la OIT que se convertiría en el Convenio 169. Para mayores referencias sobre esta *Declaración* véase el trabajo de Anaya, James S., *International Human Rights and Indigenous Peoples*, Austin-Boston-Nueva York-Países Bajos, Wolters Kluwer, 2009.

[18] El texto del artículo 4 reformado establecía lo siguiente: "La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus len-

fue el abandono de la idea de una nación étnica y culturalmente homogénea. El indigenismo nacionalista quedó oficialmente sepultado con esta reforma.

Un antecedente muy importante de esta reforma fue la firma del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que tendría importantes repercusiones en el país y representaría un giro en la forma de entender los derechos colectivos indígenas.[19] Esta nueva forma de entender los derechos colectivos será fundamental para comprender cómo se articularon las demandas tanto de los grupos indígenas que participaron en el alzamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en Chiapas (enero de 1994), como del amplio movimiento indígena e intelectual que participó en las conversaciones y acuerdos de paz con el gobierno federal que culminaría en los llamados Acuerdos de San Andrés. En estos acuerdos se sentarían las bases de un proceso muy crispado de discusión para reformar la Constitución, cosa que ocurriría hasta el 2001, cuando se adoptó un extenso artículo 2 que se refiere a los derechos indígenas.

Se puede hablar mucho de esta etapa, pero en este trabajo no hay espacio para ello. Quiero simplemente resaltar dos hechos importantes que marcan en mucho la situación que actualmente tenemos. Por un lado, desde los años setenta se comenzaron a implementar las políticas neoliberales impulsadas por Margaret Thatcher en Inglaterra y luego por Ronald Reagan en Estados

guas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomará en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley".

[19] Este convenio estuvo impulsado por miembros del Instituto Indigenista Interamericano que comenzó a trazar lazos entre los discursos antropológicos y el discurso de los derechos humanos. En 1986 una comisión de expertos convocados por la OIT que incluía representantes del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, recomendó la revisión del Convenio 107 por considerarlo anacrónico. De ahí surgieron los trabajos que llevaron a la adopción de un nuevo convenio, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que fue adoptado el 27 de junio de 1989 por la OIT. Este Convenio fue ratificado por México el 5 de septiembre de 1991, que en términos del artículo 133 constitucional formaría parte del derecho mexicano. Más adelante nos volveremos a referir a este Convenio.

Unidos. Estas políticas llegaron a América Latina de la mano de la dictadura de Pinochet en Chile y comenzaron a implementarse casi en todos los países desde los años ochenta. Esto vendría a cambiar mucho el panorama de las economías de la región, el modelo de desarrollo, las políticas sobre el uso y explotación de recursos naturales y las formas de inversión de los capitales trasnacionales, que si bien producirían crecimiento económico, lo harían a costa de una preocupante acumulación de riqueza, despojos y exclusión social. Por otro lado, en la misma década que surge el neoliberalismo, algunos expertos han sostenido que surge también lo que denominan *el discurso contemporáneo de los derechos humanos*. La relación entre estos dos hechos históricos es en la actualidad motivo de un interesante debate entre historiadores y politólogos. Para algunos, el tipo de vinculación entre neoliberalismo y derechos humanos pasa por advertir algo más que una coincidencia histórica, para afirmar un vínculo muy estrecho de mutuo apoyo.[20] Para otros, los derechos humanos serían una fuerza o movimiento que podría resistir y oponerse al capitalismo neoliberal, civilizarlo.[21] Por su parte, Moyn ha sostenido que los vínculos son evidentes, pero falta aún mucho para comprenderlos mejor desde una perspectiva histórica, lo que es claro es que el discurso de los derechos ha sido poco eficaz.[22]

Lo que me interesa poner de manifiesto aquí es que los derechos colectivos indígenas forman una parte muy importante de esa concepción contemporánea de los derechos humanos. Su rol frente a las políticas neoliberales, aunque en los hechos ha sido poco o nada eficaz, ha servido para aglutinar a los movimientos indígenas y darles un discurso retóricamente poderoso que co-

---

20 Klein, Naomi, *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism*, Nueva York, Metropolitan Books. Hay traducción castellana: *La doctrina del* shok. *El auge del capitalismo del desastre*, Paidós Ibérica, 2007; Marks, Susan, "Four Human Rights Myths", en Kinley, David; Sadurski, Wojciech y Walton, Kevin (eds.), *Human Rights: Old Problems, New Possibilities*, UK-USA, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 217-235.

21 Kinley, David, *Civilising Globalisation: Human Rights and the Global Economy*, Cambridge-Nueva York, Cambridge University Press, 2009.

22 Moyn, Samuel, "A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism", *Law and Contemporary Problems*, vol. 77, núm. 4, 2014. 147-169, disponible en *http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol77/iss4/*

mienza a ser utilizado dentro de las instituciones de administración de justicia domésticas e internacionales.

6.3.1. La concepción contemporánea de los derechos humanos

Al término de la Segunda Guerra Mundial cuando se firmó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la filosofía detrás del discurso sobre los derechos humanos provenía de dos fuentes: la primera, y principal, fue el ideario iusnaturalista, contractualista y liberal de los siglos XVII y XVIII; la segunda, la concepción formalista y positivista del derecho que se desarrolló y consolidó durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Ambas tradiciones, aunque representan concepciones opuestas, coincidían —por razones no muy distintas— en que los derechos eran *derechos individuales*. Así entonces, todos los derechos humanos se concibieron en un primer momento de este modo.

Sin embargo, la idea de los derechos humanos ha evolucionado mucho desde que se promulgó la Declaración de 1948. Casi inmediatamente después de promulgada esta Declaración, surgieron importantes debates sobre el concepto y fundamento de los derechos humanos. Las discusiones surgieron por un malestar evidente frente a las teorías iusnaturalistas que, en primera instancia, habían estado detrás de su confección. A tales alturas de la historia de la filosofía y de la teoría moral y jurídica, pensar en que el iusnaturalismo del siglo XVIII podía servir de fundamento de los derechos humanos era ignorar más de un siglo de críticas contra esas ideas. Surgió entonces la necesidad de buscar una nueva fundamentación. Así, se abrieron varias alternativas filosóficamente novedosas, que si bien podían estar ligadas al pensamiento kantiano, lo cierto es que el marco de justificación de estas teorías ya no fue de corte iusnaturalista. Las teorías sobre la fundamentación de los derechos humanos abarcan hoy buena parte de las posiciones existentes en filosofía moral y política, aunque no todas han logrado articular teorías coherentes (algunas incluso, son teorías escépticas que niegan que puedan existir los derechos humanos en el sentido que el discurso y los documentos internacionales pretenden).

La idea de los derechos humanos supone que se trata de derechos muy especiales, que no son derechos cuya existencia dependa exclusivamente de la voluntad de los legisladores, locales o internacionales. En distintas épocas se ha tratado de capturar esta idea, por ejemplo, al señalarse que se trata de derechos naturales, derechos que son previos a la creación del Estado (Hobbes, Locke); se ha dicho que son derechos con los que la gente nace y que nadie puede arrebatarle (Locke). En la actualidad, estas ideas de los derechos naturales suenan muy extravagantes, aunque sigan siendo socorridas. El reto de una fundamentación diferente consistía y consiste en poder explicar cómo y en qué sentido los derechos humanos son algo que no depende de la mera voluntad y arbitrio de alguien, se trata de explicar la fuerza moral que tienen y que genera la posibilidad de imponer en otros, obligaciones no solo morales, sino también jurídicas.

Las principales vías de justificación que se abrieron y que se han desarrollado han estado ligadas al pensamiento kantiano y/o al constructivismo (Gewrith, Dworkin, Rawls, Nino), a teorías consensualistas de diversos tipos (Taylor, Habermas, Frost, Nussbaum), a teorías de las necesidades (Heller, Sen, Nussbaum) y algunas formas de consecuencialismo (Talbott). Aquí no podemos pretender explicar estas teorías, baste únicamente su mención para mostrar que el tema del fundamento ha preocupado y generado nuevos marcos teórico-conceptuales para hablar de los derechos humanos.

Pero más allá de los cambios teóricos actuales, muchos expertos coinciden en que la comprensión actual de lo que son los derechos humanos es muy distinta a las concepciones previas en varios sentidos. Moyn[23] sostiene que la idea actual de los derechos humanos emerge en realidad hace muy poco, en la década de los setenta, producto de una serie de cambios histórico-políticos que tienen que ver con la pérdida de credibilidad del régimen soviético —no con su caída propiamente—, con el conflicto en Vietnam, con la aparición y proliferación de organizaciones no gubernamentales (ONG) enfocadas a temas de derechos huma-

[23] Moyn, Samuel, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 2010.

nos —como Amnistía Internacional—, con el surgimiento de la curiosidad de los intelectuales por el tema de los derechos humanos y con que los derechos humanos comenzaron a invocarse como guía de la política internacional de algunos países como Estados Unidos. Los derechos humanos emergieron como una nueva utopía para lograr otro mundo mejor, basado en el respeto y la dignidad del ser humano. La idea central de Moyn es que los derechos humanos representan el nuevo umbral de la moralidad. Otros autores han percibido este cambio también, aunque no hayan sostenido una tesis tan fuerte como la de Moyn. Para la gran mayoría, el cambio comenzó de manera progresiva desde la adopción de la Declaración Universal en 1948.

Por tanto, las ideas de los derechos naturales, de los derechos del hombre y del ciudadano que se tuvieron en el siglo XVIII, son muy diferentes a nuestra concepción actual de los derechos humanos. Trazar un vínculo histórico directo entre los derechos humanos de hoy y los derechos naturales de hace más de dos siglos es simplemente un mito, quizá un mito muy extendido, pero falso.[24]

James W. Nickel, un experto en derechos humanos, sostiene que la visión contemporánea de los derechos humanos, contemplada en dicha Declaración y en los subsecuentes tratados de derechos humanos, difiere de aquellas concepciones tempranas —las que nos vienen del siglo XVIII— en tres aspectos relevantes: primero, los derechos humanos son actualmente más igualitarios; segundo, son menos individualistas, y tercero, están más orientados al ámbito internacional.[25]

Primero, son más igualitarios porque se han enfocado a luchar contra la discriminación basada en cuestiones raciales, religiosas, de nacionalidad, de género, de edad; porque se han admitido derechos económicos y sociales para buscar cambios en las condiciones de acceso y de disfrute de los derechos, a fin mitigar las desigualdades sociales. Segundo, son menos individualistas porque reconocen distintos grupos humanos y comunidades como sujetos especiales de derechos humanos. Así, diversos tratados se

[24] Moyn, Samuel, *The Last Utopia. Human Rights in History, ...cit.*, pp. 3-4.

[25] Nickel, James W., *Making Sense of Human Rights*, 2ª ed., Massachusetts, Blackwell Publising, 2007, p. 12.

han enfocado en minorías vulnerables, la familia, las mismas mujeres y los grupos indígenas. Finalmente, están más orientados al ámbito internacional porque su ámbito de protección y acción ha superado el de las fronteras nacionales y las obligaciones de los Estados con sus ciudadanos. Los derechos humanos hoy han rebasado claramente los límites de las fronteras nacionales y sus soberanías, se han creado y fortalecido organismos y mecanismos internacionales de control y de exigencia contra los Estados, los sujetos titulares de los derechos humanos —individuales y colectivos— pueden acceder ahora —todavía con limitaciones— a formas de protección internacional.[26]

La pregunta de si los derechos colectivos —derechos de los pueblos— son o no derechos humanos, ha sido respondida de manera afirmativa por algunos especialistas. Nickel afirma que los derechos de los pueblos —indígenas—, aunque difieran de los típicos derechos humanos individuales, han sido legítimamente incorporados en los tratados de derechos humanos y en otras áreas del derecho internacional, dado que en diversas ocasiones pueden estar justificados por las mismas razones y valores que los demás derechos humanos. Nickel distingue tres tipos de derechos colectivos: (i) los derechos de seguridad, (ii) los de representación y (iii) los de autonomía. Los derechos de seguridad protegen la existencia e integridad de los grupos o comunidades, son derechos contra el genocidio, el etnocidio, el desplazamiento forzoso, el despojo de su territorio, etc. Los derechos de representación pretenden otorgarles y garantizarles una representación significativa en las decisiones políticas del país en que se asienten; estos derechos suelen incluir cuotas o un porcentaje de asientos en los parlamentos que aseguren que su voz y sus intereses serán considerados, o derechos a cierto tipo de cargos en los gobiernos. Los derechos de autonomía les otorgan a los pueblos o comunidades poderes formales para ejercer jurisdicción y regirse por sus propias normas en algunos asuntos internos, tales como cuestiones relacionadas con la propiedad de bienes, asuntos familiares, educación, el desarrollo cultural y el aprovechamiento de sus territorios.[27]

---

[26] Nickel, James W., *op. cit*., pp. 14-15.

[27] *Ibidem,* pp. 164-165.

6.3.2. El Convenio 169 de la OIT como pieza fundamental del cambio retórico

Respecto de los derechos colectivos indígenas, el cambio más relevante provino de la adopción del Convenio 169 de la OIT. En este convenio se abandonó la concepción integracionista del Convenio 107, por una concepción que parte del derecho de los pueblos a existir, esto es, se hizo hincapié ya no en los individuos sino en los pueblos; se le otorgó una especial importancia a la participación activa de los pueblos en la identificación de sus problemas y en la búsqueda de soluciones, insistiendo, en el derecho a ser consultados; se adoptó un lenguaje de los derechos de los pueblos, es decir, de derechos colectivos, para aludir a los reclamos, exigencias y necesidades que las comunidades indígenas venían reclamando a nivel internacional.[28] Estas nuevas coordenadas en que se articuló el Convenio 169 serán claves para comprender la transformación que se presentará en la forma de entender la relación entre los pueblos indígenas y el Estado.

Este Convenio será también clave para entender la vinculación de los derechos de los pueblos con la idea de los derechos humanos, tema que desde entonces dio mucho de qué hablar a los especialistas en estas materias, pues en ese momento todavía prevalecía un lenguaje exclusivamente individualista. El Convenio 169 será clave para la transformación del discurso contemporáneo de los derechos humanos, al sostener una visión menos individualista.

Este Convenio fija a nivel internacional lo que deberá entenderse por "pueblo indígena" (art. 1.1, inc. *b*) y reconoce varios derechos de los pueblos, como el derecho a ser consultados cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (art. 6); el derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo económico, social y cultural (art. 7); el derecho a conservar sus costumbres y sus instituciones, siempre que estas no afecten los derechos humanos (art. 8), incluyendo sus costumbres jurídicas en cuestiones penales (art. 9); consagra el derecho a las tierras, entendido como el derecho al territorio

[28] Anaya, James S., *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2000, p. 47.

que tradicionalmente han ocupado o utilizado (art. 13), a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales que existan en sus tierras. Contiene muchos otros derechos, entre ellos, el derecho de los niños indígenas a recibir educación en su propia lengua (art. 28). Es importante señalar que se establecen también una serie de obligaciones de los Estados, a fin de garantizar todos los derechos que contempla el Convenio.

El año de 1992 se puede considerar como una fecha simbólica del despertar de los pueblos indígenas, fue el año de la conmemoración de los quinientos años de un descubrimiento que ellos recordaron como el inicio de una conquista y del despojo sistemático de sus tierras, recursos naturales y de su cultura. Los grupos indígenas en toda América opusieron a la conmemoración una "Campaña de 500 años de Resistencia". En este despertar tuvieron un nuevo discurso del que echar mano, el Convenio 169 de la OIT sirvió para articular sus demandas en términos de derechos colectivos y de derechos humanos.

6.3.3. La reforma constitucional de 2001: una carta de derechos indígenas

Las reformas del 14 de agosto de 2001 implicaron cambios en los artículos 1, 2, 4, 18 y 115 de la Constitución. La parte central de la reforma que nos interesa se encuentra en el muy extenso artículo 2. En este precepto se comienza por advertir que la nación mexicana es única e indivisible. Con esto se pretendía alejar temores de algunos sectores conservadores que advertían de una balcanización del país. Se reiteraba esencialmente lo establecido en el Convenio 169 y en la reforma constitucional de 1992 en relación con que la nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, que se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. Se estableció que el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará

en las constituciones y leyes de las entidades federativas. Este fue un punto que el movimiento indígena y el EZLN vieron con desagrado, pues se remitía el reconocimiento jurídico de los pueblos a la legislación secundaria.[29]

El apartado A del artículo 2 desarrolla el contenido del derecho de autonomía de los pueblos, que podrán:

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres […].

III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno […], en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados […].

IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.

VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia […], al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas […].

VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos […].

VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura […].

[29] Para un análisis detallado, véase Carbonell, Miguel, "Constitución y derechos indígenas: introducción a la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001", en Carbonell, Miguel y Pérez Portilla, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 22-25.

En el apartado B se enlistan una serie de medidas para desarrollar y garantizar la igualdad de oportunidades; la igualdad de trato y el impulso de programas sociales o políticas públicas para fortalecer el desarrollo regional; el desarrollo educativo en todos sus niveles y la capacitación productiva; los servicios de salud; la vivienda; la incorporación de la mujer a actividades productivas, de salud y educativas; las vías de comunicación; el acceso a medios de comunicación, medidas para la protección de migrantes indígenas.[30]

En la fracción IX de este apartado B se establece la obligación de la Federación, estados y municipios de consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

La discusión de esta reforma, como mencionamos, generó grandes enfrentamientos y discusiones no solo entre los partidos representados en las cámaras y las legislaturas locales, sino en el resto de la sociedad, particularmente entre los juristas. La reforma se había quedado corta respecto de tres puntos esenciales para los pueblos indígenas y, particularmente para el EZLN, que finalmente desaprobaron la reforma por considerarla insuficiente y que no cumplía con los Acuerdos de San Andrés.[31] Los

[30] Para algunos constitucionalistas como Miguel Carbonell, el apartado B de este artículo resulta en un excesivo engordamiento de la Constitución al incluir expectativas demagógicas y meramente retóricas (Carbonell, Miguel, "Constitución y derechos indígenas: introducción a la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001", *...cit.,* p. 30). Lo curioso del comentario proviniendo de alguien que ha defendido la normatividad de la Constitución es que estas "expectativas meramente retóricas" se ocupan de establecer derechos sociales para los indígenas y sus pueblos. La protección de los derechos sociales en las comunidades indígenas es otra cuestión importante que en otra ocasión valdrá la pena tratar.

[31] Conviene recordar que diversos pueblos interpusieron recursos de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La Corte resolvió que no era competente para revisar el proceso de reforma constitucional debido a que el Constituyente permanente es soberano. En consecuencia declaró improcedentes los recursos. Controversias constitucionales 82/2001 y 48/2001 promovidas respectivamente por los ayuntamientos de los municipios de Santiago Amoltepec y de San Pedro Quiatoní Tlacolula del estado de Oaxaca González Galván, Jorge Alberto, *El Estado, los indígenas y el derecho*, México, IIJ-UNAM, 2010, p. 355.

puntos de desacuerdo consistieron en que los pueblos no fueron reconocidos como entidades de derecho público, sino se remitía a que fueran las constituciones locales y leyes secundarias donde se hiciera este reconocimiento. Otro punto de desacuerdo fue que no se les reconoció a los pueblos el acceso a los recursos naturales considerados estratégicos —particularmente recursos del subsuelo— que se encuentran dentro de las tierras o territorios indígenas. Más adelante surgieron otros motivos para rechazar la reforma, uno importante fue que el reconocimiento del derecho a la consulta de los pueblos no quedó ni siquiera aproximado a lo que el Convenio 169 de la OIT establecía.

La reforma de 2001, pese a que claramente significó un avance legislativo, dejó insatisfecho al movimiento indígena que se posicionó políticamente en contra. Esto generó otro impase donde, a pesar de algunos avances legislativos en algunos estados, la Constitución se utilizó poco como un instrumento de defensa de las comunidades indígenas y de sus derechos colectivos. La situación cambiaría un poco más adelante, como enseguida veremos.

6.4. La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos

Un giro muy importante y un tanto fortuito para el reconocimiento de los derechos colectivos indígenas provino de la reciente reforma constitucional al artículo 1 constitucional sobre derechos humanos (10 de junio de 2011). Esta reforma vino a cambiar drásticamente el marco normativo mexicano. Los tres primeros párrafos que se adicionaron establecen lo siguiente:

> Artículo 1. 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 internacio-

> nales en la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
>
> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley [...].

En este artículo se sitúa a los derechos humanos y a los tratados internacionales en esa materia como parte de lo que algunos han llamado un nuevo "bloque de constitucionalidad". El párrafo segundo de dicho precepto establece una obligación interpretativa de favorecer siempre la interpretación que garantice la protección más amplia de la persona, lo que se conoce como el principio *pro homine* o *pro personae*. Esta guía interpretativa se refuerza, a su vez, con la obligación de toda autoridad, incluidos todos los jueces, tanto locales como federales, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Derivado de un activo papel de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han emitido recomendaciones y sentencias condenatorias contra el Estado mexicano, la Suprema Corte mexicana (SCJN) asumió muchas de las observaciones realizadas por la Corte Interamericana. La SCJN, en alguna de sus resoluciones más importantes al respecto,[32] dejó claro que del nuevo artículo 1 constitucional se desprendía una nueva

[32] Me refiero particularmente al expediente Varios 912/2010, en el cual la Suprema Corte de Justicia acata la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Rosendo Radilla donde se emiten una serie de medidas dirigidas al poder judicial federal, consulta 3 de feb de 2016, disponible en *http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=121589&SeguimientoID=225*. Para un análisis a profundidad de la reforma constitucional y sus implicaciones puede verse Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, 2011, pp. 339-429.

obligación para que los jueces federales llevaran a cabo un control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad de las leyes. Esto significa que los jueces federales están ahora obligados a llevar a cabo una evaluación cualitativa de la constitucionalidad y la convencionalidad de las normas que sean aplicables al caso que tengan que resolver.

Con la reforma constitucional que nos ocupa y con este tipo de resoluciones de la Suprema Corte, México dio un paso firme en la consolidación de un sistema constitucionalista. Este cambio es de la mayor trascendencia, pues nos coloca bajo lo que algunos especialistas ven como un nuevo paradigma del derecho. Un sistema constitucionalista es aquel cuyo orden jurídico incorpora derechos fundamentales o derechos humanos; prevé la garantía jurisdiccional de la Constitución que desemboca en una efectiva imposición de la Constitución sobre la ley; reconoce fuerza vinculante a las normas constitucionales, debiéndose entonces interpretar todas las disposiciones como normas jurídicas aplicables que generan obligaciones a sus destinatarios; produce una sobreinterpretación de la Constitución, lo cual significa que se rechazan interpretaciones restrictivas y literales, y se favorecen interpretaciones extensivas; considera que las normas constitucionales son aplicables directamente; impone un modelo de interpretación de las leyes conforme a la Constitución, imponiendo la obligación a los jueces de descartar interpretaciones incompatibles con los derechos que consagra la Constitución; y produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso político.[33]

Ahora los derechos humanos, sin importar si su origen es constitucional o que provengan de tratados internacionales suscritos por México, se considerarán normas y estándares del rango más alto al cual deberán ceñirse las interpretaciones de todas las normas y leyes secundarias. La reforma también implica que estos derechos pueden protegerse a través del juicio de amparo.

Para el tema que nos ocupa, la pregunta importante es si los derechos colectivos indígenas son o no derechos humanos. Como

[33] Aguiló Regla, Josep, *Sobre derecho y argumentación*, Mallorca, Lleonard Muntaner Editor, 2008, pp. 13-14.

habíamos mencionado, desde que este tipo de derechos comenzaron a ser reconocidos y discutidos en foros internacionales —especialmente los derechos colectivos que reconoció el Convenio 169 de la OIT—, se estaba pensando ya en que se trataba de una forma de desarrollo de los derechos humanos.[34]

6.4.1. ¿Son derechos humanos los derechos colectivos indígenas?

Una cosa es admitir que la noción de los derechos humanos es ahora menos individualista, y otra que los derechos colectivos de los pueblos indígenas sean derechos humanos. Incluso aceptando lo anterior sobre los derechos humanos, la respuesta a la pregunta de si los derechos colectivos indígenas son derechos humanos todavía podría ser negativa. No pretenderé hacer una defensa a fondo de que efectivamente son derechos humanos. La cuestión merece sin duda un tratamiento mucho más profundo y detallado. Lo que haré es mostrar algunos argumentos dignos de tomarse en cuenta para defender esta posibilidad.

Desde la década de los ochenta, las concepciones comunitaristas comenzaron a dirigir ataques a las teorías liberales, uno de sus focos de crítica fue la concepción individualista de los derechos. Básicamente, las críticas consistían en sostener que cuando se invocan derechos, se asume una concepción individualista de la persona, una concepción donde el individuo es competitivo, sin vínculos sociales específicos, cuya identidad es independiente de los demás y de la sociedad en que vive, que no tiene deberes de asistencia y ayuda hacia los demás. Esta idea

[34] También fueron muchos los que sostuvieron la tesis de que con este tipo de derechos se estaba inflando demasiado el discurso de los derechos humanos y con ello perdiendo la importancia que debería tener. La tesis de la inflación de los derechos humanos ha sido muy socorrida por liberales que se han negado a aceptar derechos más igualitarios y menos individualistas. Para una discusión de esta tesis véase Cruz Parcero, Juan Antonio, "El debate sobre el abuso del concepto de derechos humanos", en Ortiz Millán, Gustavo y Cruz Parcero, Juan Antonio (comps.), *Leguaje, mente y moralidad. Ensayos en homenaje a Mark Platts*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, 2015, pp. 165-185.

hobbesiana de la persona hace que los lazos sociales que son esenciales para determinar la personalidad sean negados, se afirma a un individuo desvinculado, atomizado. Los comunitaristas sostuvieron que la función de los derechos era proteger intereses individuales que de alguna forma quedaban distorsionados por la concepción atomizada que suponían. En una comunidad, sostenían, los individuos no tienen intereses diferentes al resto, no hay adversarios sino intereses comunes. Pese a que algunos representantes destacados del comunitarismo rechazaban el lenguaje de los derechos por ser individualista, otros pensaban que ese individualismo podía atenuarse reconociendo derechos a las mismas comunidades.

En las décadas siguientes se produjo un interés muy grande dentro del ámbito de la filosofía política y jurídica por atender el tema de los derechos de las minorías étnicas y pueblos indígenas. El punto de inicio fue precisamente la crítica a la teoría liberal que no había puesto interés en el tema del pluralismo cultural y el nacionalismo. Los derechos de minorías o derechos de colectividades comenzaron a entenderse como una forma de legitimar una serie de demandas de grupos minoritarios dentro del Estado nacional, centrándose en las condiciones normativamente requeridas para alcanzar la justicia y la democracia en sociedades cultural y étnicamente diferenciadas. La identidad cultural y étnica aparecía así relacionada con la libertad y autonomía del individuo que no puede ser escindido de la sociedad en que nace y vive. El reconocimiento de ciertos derechos colectivos ayudaría a promover la igualdad y equidad de los grupos desaventajados, excluidos y discriminados en Estados multiculturales. Estos derechos contribuirían también a disminuir y contrarrestar el impacto homogeneizador que la globalización económica ejerce sobre la diversidad cultural en todo el mundo. Este discurso comenzó a impactar en la evolución de la noción de los derechos humanos.

El discurso de los derechos humanos comenzó primero reconociendo derechos de individuos que pertenecían a minorías culturales, religiosas y/o étnicas, luego reconociendo ciertos derechos colectivos de los pueblos, como lo hizo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), que reconoció en su artículo 27 lo siguiente:

> Art. 27. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Este Pacto Internacional preveía también el derecho a la libre determinación de los pueblos en su artículo 1.1:

> Art. 1.1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Todavía no se estaba pensando en el derecho de los pueblos indígenas, pero sí en algunos problemas étnicos y religiosos en el marco de los conflictos poscolonialistas. Sin duda, este que es uno de los tratados más importantes en materia de derechos humanos ya contemplaba la idea —todavía no suficientemente desarrollada— de los derechos colectivos de los pueblos como derechos humanos. Sin embargo, era el inicio del desarrollo de varios instrumentos y documentos en materia de derechos humanos que se refieren a los derechos de los pueblos indígenas. Antes destacamos la importancia del Convenio 169 de la OIT y a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es pues un hecho incontestable que el discurso internacional de los derechos humanos ha aceptado que existen ciertos derechos colectivos de los pueblos indígenas.

No deja, empero, de ser cierto que se trata de derechos altamente controvertidos. Su acomodo dentro de las teorías liberales de los derechos, que siguen dominando en las explicaciones sobre el concepto de derechos humanos, sigue siendo motivo de discusiones teóricas. El que los derechos colectivos sean o no derechos humanos, es pues, algo más que un hecho jurídico, es decir, un aspecto que va más allá de que los legisladores internacionales —y también locales— reconozcan o no los derechos colectivos como derechos humanos. Es una cuestión que depende de que existan fundamentos morales adecuados, el mismo tipo de fundamentos que justifican los otros derechos humanos.

Los derechos colectivos de comunidades indígenas que resultan más polémicos son los que Nickel[35] llamaba derechos de autonomía. Los derechos de seguridad no resultan cuestionables como derechos humanos y han sido ampliamente reconocidos. Las otras dos categorías de derechos, los de representación, pero especialmente, los de autonomía son los que generan más controversias, dado que su ejercicio puede vulnerar y suele vulnerar derechos humanos de miembros de la comunidad. Las mujeres suelen ser víctimas de tradiciones comunitarias que las excluyen de la participación y la educación; que limitan su libertad y autonomía, y que las somete a formas y roles subordinados cuando no degradantes. Es por este tipo de razones que suelen tenerse reticencias para considerar como derechos humanos los derechos de autonomía o autogobierno.

Sin embargo, no es difícil librar estas objeciones. Si entendemos que los derechos de autonomía, para ser considerados como un tipo de derechos humanos tienen que entenderse de manera integral con los derechos humanos individuales, y que esto no supone entonces ningún tipo de subordinación absoluta de los otros derechos a los intereses de la comunidad, entonces su estatus de derechos humanos dependerá de las posibilidades de ejercerlos respetando los demás derechos. Esto no significa que no puedan plantearse situaciones de conflicto entre derechos humanos individuales y colectivos, donde estos últimos resulten triunfadores. Es un hecho para todos los derechos humanos el que puedan ocurrir situaciones de confrontación —siempre en casos particulares— de donde resulte que alguno(s) tenga(n) que prevalecer sobre otro(s).

El conflicto potencial con otros derechos no puede negarle el estatus de derechos humanos a los derechos colectivos. Tal estatus depende de las posibilidades de ofrecer razones morales poderosas en favor de los intereses colectivos que esgrima una comunidad, y que puedan justificar la imposición de deberes sobre otros sujetos individuales, frente al Estado o incluso frente a organismos internacionales.

[35] Nickel, James W., *op. cit*.

Joseph Raz ha intentado construir un argumento para justificar moralmente los derechos colectivos, especialmente el derecho a la autodeterminación de los pueblos que, como vimos, es uno de los casos más controvertidos.[36] Los argumentos de Raz se basan en valores propios del liberalismo, como lo son la libertad y la autonomía, por lo que su teoría es, en última instancia, de corte liberal. Su argumento es importante porque, dado que las teorías liberales son las que suelen negar que haya derechos colectivos o que estos puedan ser derechos humanos, bastaría mostrar que desde las mismas coordenadas liberales las razones que justifican los derechos humanos individuales también sirven para justificar un derecho colectivo como el de autodeterminación de los pueblos.

Raz parte de señalar el error de los liberales de creer que la autonomía individual depende solamente del derecho a no ser coaccionado. La autonomía como valor último está relacionada también con las instituciones y prácticas sociales. La provisión de bienes colectivos es constitutiva de la posibilidad de autonomía y no puede minimizarse este hecho. La autonomía no se alcanzaría sin la protección de bienes colectivos.[37] Tanto los derechos individuales como los colectivos pueden depender o estar relacionados de modo estrecho con bienes colectivos. La libertad de expresión o el derecho a no ser discriminado, por ejemplo, están vinculados con un bien común que consiste en vivir en una sociedad abierta y tolerante, en una sociedad informada y plural.

El argumento de Raz no afirma que cualquier comunidad pueda tener una justificación moral para tener un derecho a la autodeterminación, sino que solamente la tienen ciertas comunidades o pueblos que llama "grupos abarcantes" *(encompassing groups),* que son aquellos que comparten una cultura que com-

---

[36] Raz, Joseph, *The Morality Of Freedom*, Oxford, Clarendon, 1988; Margalit, Avishai y Raz, Joseph, "National Self-Determination", *The Journal of Philosophy*, s.p.i., vol. LXXXVII, núm. 9, septiembre, 1990, pp. 439-461. Esta trabajo se reeditó en Kymlicka, Will (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 79-92. Aquí citamos esta versión. También hay traducción de Jesús Casquette y Ana Laura Nettel: "Autodeterminación nacional", en *Inguruak*, núm. 19, 1997, pp. 9-35.

[37] Raz, Joseph, *op. cit.,* p. 207.

prende aspectos significativos de la vida de sus miembros, una cultura penetrante *(pervasive),* donde sus integrantes son marcados por dicha cultura. El derecho a la autodeterminación se funda entonces en que el autogobierno es importante para el bienestar individual de los miembros de la comunidad, donde la prosperidad de su cultura es un elemento de dicho bienestar, donde si esta cultura decae, es perseguida o proscrita, afecta el bienestar de sus miembros, y donde la dignidad y el autorrespeto requieren que los grupos sean respetados. Los argumentos morales que puede haber en favor del autogobierno no recaen en su valor intrínseco, pues claramente puede haber gobiernos perniciosos; los valores como la autonomía individual pueden justificar moralmente la autonomía del grupo en tanto contribuye a preservar los valores del individuo.[38]

Esto significaría que los derechos colectivos pueden tener una conexión estrecha con la protección de la autonomía y el bienestar individual, si esto es así, dependerá no de una cuestión formal, sino del hecho de que así suceda; y cuando fuere el caso, tal derecho tendrá una justificación moral semejante a la que tienen otros derechos humanos. En esos casos, los derechos colectivos pueden ser considerados legítimamente como derechos humanos y, por tanto, su alcance, ejercicio y protección dependerán de hasta dónde otros derechos individuales de este tipo —u otros derechos colectivos— puedan marcarle límites.

Hay que decir que desde otros marcos conceptuales de tipo comunitarista, donde a la existencia misma de una comunidad se le atribuye un valor intrínseco, es más sencillo aceptar la idea de que los derechos colectivos son derechos humanos. Esta vía aquí no la quiero explorar, dado que quienes objetan esta concepción parten de negarle valor intrínseco a una comunidad. El argumento que hemos esbozado parte de la idea de que las comunidades no poseen un valor intrínseco, y que son los mismos valores que fundan los derechos humanos individuales en una visión liberal, los que también pueden fundar los derechos humanos colectivos.

[38] *Ibidem,* pp. 85-88.

6.4.2. Consecuencias

Si los derechos colectivos indígenas —como el derecho a la autodeterminación o a la autonomía— son entonces derechos humanos, la consecuencia de ello es muy importante dentro de nuestro sistema de derechos constitucionales a la luz de la reforma constitucional de 2011 y las resoluciones de la Suprema Corte en asuntos posteriores, que reconocen que los derechos humanos de fuente internacional están al mismo nivel que los derechos humanos constitucionales.

Tenemos ahora un marco constitucional de derechos, tanto de los pueblos indígenas como de las personas indígenas, integrado principalmente por los derechos del artículo 2 constitucional (2001) y por los derechos del Convenio 169 de la OIT (1990). El considerar los derechos colectivos de este convenio internacional, al mismo nivel que los derechos del artículo 2 de la Constitución, viene a transformar de forma importante los alcances normativos de estos derechos. Otra fuente importante, aunque no tiene carácter de tratado, que serviría de marco de referencia e interpretación de estos derechos es la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (2007).

El futuro del desarrollo y aplicación de este marco no es una situación que podamos prever. Algunos especialistas han hecho ver cuán difícil ha resultado para las comunidades y pueblos la defensa de sus derechos.[39] Hay que aceptar que no son derechos bien vistos y aceptados por todos, la misma reforma al artículo 2 constitucional para muchos no fue satisfactoria por considerar que darle entrada a los derechos colectivos era contrario al carácter liberal de la Constitución. Sin embargo, si analizamos

[39] Véase para el caso México: Gómez Rivera, María Magdalena, "La Suprema Corte de Justicia y los pueblos indígenas: tendencias y desafíos frente al nuevo paradigma de derechos humanos", en *Los pueblos indígenas y la Constitución de 1917: una revalorización del pasado hacia el presente*, Comisión Organizadora del Poder Judicial de la Federación para los Festejos del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México-SCJN, 2015. pp. 595-699; Sierra, María Teresa, "La renovación de la justicia indígena en tiempos de derechos: etnicidad, género y diversidad", Digital repository [en línea], University of Texas Libraries, 2007, consulta 4 may 2015, disponible en *repositories.lib.utexas.edu*

estos cambios en una dimensión histórica, podemos apreciar con claridad que las transformaciones de las últimas décadas han ido de la mano de cambios en la forma de pensar y teorizar los derechos humanos, y en importantes cambios institucionales a nivel internacional. Los derechos indígenas están ubicados hoy día en el nivel más alto del sistema de derechos constitucionales y en el sistema internacional de los derechos humanos.

Ciertamente, si estos derechos no se respetan, se protegen y se aplican, su valor no pasará de ser meramente simbólico. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurrió en 1917 con la entonces nueva Constitución, los pueblos indígenas tienen hoy un arma que antes no tenían y que difícilmente alguien hubiera podido imaginar. A diferencia de los años ochenta del siglo xx, los derechos indígenas ya no son solo un discurso que legitima sus luchas, están en el nivel más alto del sistema de derechos humanos constitucionales, que forma parte tanto de un umbral de moralidad como de un sistema institucional. Hay que destacarlo, hoy se puede echar mano de este sistema sin esperar que el gobierno asuma una actitud paternalista. El Estado, desde luego, tiene deberes y responsabilidades que ha adquirido al promulgar las normas constitucionales, suscribiendo tratados y apoyando la Declaración de 2007, es importante que esas responsabilidades y obligaciones se sepan exigir y hacer efectivas.

La situación de injusticia, exclusión, discriminación, marginación y violencia que viven los indígenas del país es compartida por millones de mexicanos no indígenas, pero son aquellos los que históricamente han permanecido en esta situación. El texto constitucional reconoce y protege los derechos de los indígenas y sus pueblos, pero falta mucho por lograr que las normas escritas sean parte de una Constitución viva del Estado mexicano. Las instituciones tienen una enorme responsabilidad para lograr que así sea; los jueces, tribunales y la Suprema Corte tienen especialmente el deber de reconocer estos derechos como derechos de la más alta jerarquía, de aplicarlos y de interpretar las leyes de conformidad con ellos.

Algo importante que nos muestra la historia de la Constitución es que después de la Revolución, se intentó hacerle justicia a los grupos campesinos oprimidos a través de la redistribución

de la tierra —cuya posesión implicaba una forma de riqueza— que consagró el artículo 27 constitucional. Este proyecto agrario, pese a llevarse a cabo durante varias décadas, no logró consumar su aspiración de hacer más igualitario al país, la tierra agrícola dejó de tener valor. El progreso y crecimiento que se dio se debió más al auge de la industria petrolera y la electricidad, que estuvieron en manos del Estado, mientras que otras fuentes de riqueza, como la industria minera, han estado en manos de particulares. Hoy la lucha por las tierras y territorios de los pueblos indígenas se presenta como una lucha defensiva para preservarlos, como una lucha para exigir su derecho a poder participar de la riqueza que está en las tierras que habitan, pero a la que se les niega el acceso; una lucha por su derecho a ser consultados y poder participar en los programas de desarrollo y en el aprovechamiento de los recursos naturales que ahora se extraen de esas tierras sin que ellos participen.

Hoy los derechos colectivos de los grupos indígenas están reconocidos en la Constitución y aunque para algunos grupos todavía resta explicitar y delinear mejor algunos aspectos de este reconocimiento constitucional, lo más difícil ahora consiste en lograr que tales derechos se cumplan y se respeten. Este reto no solo es de los grupos indígenas, es el reto de todos los mexicanos que tenemos que luchar porque *todos* los derechos humanos se hagan valer.

Capítulo 7
Los derechos reproductivos como derechos humanos

Enfocaré este capítulo a presentar lo que considero uno de los cambios más importante en la concepción de los derechos humanos que se ha presentado en las últimas décadas. Resaltaré que este cambio ha generado una idea más igualitaria del ser humano que ha implicado una resignificación de la idea de dignidad humana. Esta nueva idea de la dignidad humana contrasta con la sostenida por concepciones religiosas. En este sentido, el Estado laico ha sido una condición de posibilidad de este cambio, aunque no lo ha generado de manera directa. Sostendré que los derechos de la mujer, especialmente sus derechos reproductivos, necesitan de un contexto laico para respetarse, promoverse y protegerse.

7.1. El concepto de derechos humanos y la mujer

Como casi todas las ideas y conceptos importantes, el de "derechos humanos" tiene una historia y está en continuo cambio. La visión contemporánea de los derechos humanos,[1] contemplada dentro de la Declaración Universal (1948) y los subsecuentes tratados de derechos humanos, difiere de las concepciones tempranas —especialmente de la del siglo xviii— en tres aspectos:

[1] James W. Nickel, *Making Sense of Human Rights*, 2ª ed., Cambridge-Londres, Blackwell Publishing, 2007.

los derechos humanos son actualmente *más igualitarios*, *menos individualistas* y *más orientados al ámbito internacional*.[2]

El que los derechos humanos sean hoy *más igualitarios* es evidente, primero, por el gran énfasis que hacen en la igualdad ante la ley y en las protecciones en contra de la discriminación. Anteriormente, en especial previo al surgimiento de la idea en el siglo XVIII, a pesar de que se reconocían algunos derechos de igualdad, al mismo tiempo se aceptaba y se pensaba que esto era compatible con la exclusión de numerosos grupos por razones de raza, religión, sexo, posición social, etc., las protecciones en contra de la discriminación comenzaron a desarrollarse en los siglos XIX y XX.[3]

La demanda de igualdad para la mujer en todas las áreas de la vida ha venido a convertirse en parte de la agenda de los derechos humanos. Un momento muy importante fue la promulgación de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer[4] (ONU, 1979), que condena

---

2 *Ibidem,* p. 12.

3 *Idem*.

4 En adelante CEDAW por sus siglas en inglés. La CEDAW está complementada por su Protocolo Facultativo (1999), y por la Declaración sobre la Eliminación de Violencia Contra la Mujer (1993). En el sistema interamericano es importante la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia Contra la Mujer (1994), conocida como Convención Belém do Pará. Respecto de la CEDAW puede verse el trabajo de Rodríguez Huerta, Gabriela, "La no discriminación de las mujeres: objeto y fin de la CEDAW", en Cruz Parcero, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Derechos de las mujeres en el derecho internacional,* México, SCJN-Fontamara, 2010, pp. 129-147. Gabriela Rodríguez sostiene que el Comité de la CEDAW en su recomendación general 25, ha sostenido que existen tres obligaciones fundamentales de los Estados parte: "En primer lugar, los Estados partes tienen la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y privado, la mujer esté protegida contra la discriminación —que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares— por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación. La segunda obligación de los Estados Partes es mejorar la situación *de facto* de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces. En tercer lugar, los Estados parte están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros a la persis-

la discriminación de la mujer y aboga por derechos iguales. El artículo 3 establece lo siguiente:

> Artículo 3. Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

De manera muy similar, otros artículos de la CEDAW amplían esta idea. El primer párrafo del artículo 12, por ejemplo, establece:

> Artículo 12. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

Hay que hacer notar que la idea de que los derechos son más igualitarios opera en dos sentidos de lo que entendemos por igualdad. Desde el punto de vista de la *igualdad formal* —derechos iguales para todos— se ha reconocido que la mujer merece un trato igual. Sin embargo, en cuanto a lo que conocemos como la *igualdad sustantiva*, se reconoce que no basta con este reconocimiento formal si no se hacen esfuerzos para nivelar las condiciones en que se encuentra la mujer, eso permite reconocer legitimidad a las políticas públicas enfocadas a mejorar las condiciones de la mujer, que pueden incluir medidas de acción afirmativa a favor de la mujer, como los son el establecimiento de cuotas en el ámbito laboral, educativo, político, etcétera.[5]

---

tencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no solo mediante actos individuales, sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales", *cfr., ibidem,* p. 133.

[5] Otra cuestión importante sobre la igualdad es la aparente oposición con la idea de diferencia. Como lo ha mostrado Luigi Ferrajoli no existe tal oposición con el discurso feminista que hace hincapié en la diferencia de género. "No existe, en efecto, oposición, pero sí implicación, entre la igualdad en los derechos y la pluralidad de las diferentes culturas: el universalismo de los

Al respecto, el artículo 14, primer párrafo de la CEDAW establece:

> Artículo 14. La adopción por parte de los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

El que los derechos humanos sean *menos individualistas* puede apreciarse en que, sin dejar de proteger al individuo, lo contemplan ahora como miembro de la familia, de la comunidad y no como un individuo aislado, como lo hacían las teorías iusnaturalistas —o como lo proponían los liberales más radicales—. Los tratados internacionales en derechos humanos prohíben ahora el genocidio, protegen derechos de minorías o grupos, como los derechos de los niños, de la mujer, de los grupos indígenas, etc.[6] De este modo, y con respecto a la CEDAW, Soledad García Muñoz sostiene:

> [...] la CEDAW, es el primer tratado internacional de derechos humanos que, de manera explícita, establece la urgencia de actuar sobre los papeles tradicionales de mujeres y hombres en la sociedad y la familia. Así, en su artículo 5. *a)* prevé la obligación de los Estados partes de adoptar todas las medidas apropiadas para "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres".[7]

---

derechos, en lo que se basa la igualdad, no solamente no se opone al multiculturalismo sino que constituye su propia garantía [...] La igualdad es, en suma, un principio complejo, que impone la tutela de las diferencias y la reducción de las desigualdades. Y esta doble valencia que posee está asegurada por su nexo lógico con el universalismo de los derechos fundamentales: de los derechos de libertad como protección del igual valor de las diferencias; de los derechos sociales contra las desigualdades materiales y sociales". *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, "El principio de igualdad y la diferencia de género", en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, Fontamara-SCJN, pp. 1-26, p. 3.

6 James Nickel, *op. cit*., p. 13.

7 García Muñoz, Soledad, "Género y derechos humanos de las mujeres: estándares conceptuales y normativos en clave de derecho internacional", en

Varios instrumentos internacionales sitúan, por ejemplo, los problemas de las mujeres y los niños en el contexto de la familia, la escuela, el trabajo, y se suele hacer hincapié en los contextos socioculturales.

Por último, los derechos humanos han dejado de pensarse como algo que concierne únicamente a los Estados nacionales, la protección de estos derechos se ve ahora como algo que concierne al *ámbito internacional*.[8] Si bien las primeras declaraciones de derechos —pensemos en las declaraciones de Virginia, la francesa, etc.— se limitaban al ámbito doméstico, en esta nueva etapa el ámbito de los derechos humanos es mundial, su protección no concierne solo a los Estados, ni su reconocimiento depende caprichosamente de ellos. Ciertamente hay limitantes para que los tratados en materia de derechos humanos vinculen a un Estado, pues dicha vinculación sigue dependiendo de la aceptación y firma de los mencionados tratados por parte de los Estados. Pero esto es algo que cada vez menos depende del capricho de los gobiernos, pues suele existir una presión muy fuerte de la comunidad internacional para que los Estados se adhieran a los tratados, esta presión, desde luego, es mayor hacia países débiles y dependientes de las potencias mundiales, aunque la presión suele existir en grado diverso hacia todos los países.

Esta nueva dimensión internacional de los derechos humanos incluso tiene una nueva faceta muy prometedora. Ahora, estos tratados internacionales que solían tener hasta hace poco una escasa o nula proyección hacia el derecho interno con pocas posibilidades de protección ante tribunales domésticos, ha cambiado sustancialmente. Como afirma Christian Courtis:

> Esta novedad se expresa —al menos— en las siguientes cuestiones: *a)* los individuos pasan a ser [...] sujetos de derecho internacional, rompiendo el monopolio de los Estados y de los organismos internacionales; *b)* los tratados de derechos humanos tienen como principal finalidad el establecimiento de estándares internacionales a

Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*, *...cit.,* pp. 47-83, p. 64.

[8] James W. Nickel, *op. cit*., p. 14.

> los que el contenido del derecho interno [...] debe ajustarse; *c)* los tratados establecen mecanismos de contralor del cumplimiento de sus disposiciones sustantivas en sede internacional [...]
>
> [...] estas novedades se traducen en un doble orden de efectos. Por un lado, en la presión ejercida sobre las autoridades nacionales, incluyendo las judiciales, para que tomen en consideración el contenido de los tratados de derechos humanos, de modo de evitar la consecuencia de ser declarado responsable de incumplimiento en sede internacional. Correlativamente, al examinarse el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado en sede internacional —sea a través de sistemas de informes, sea a través de sistemas jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales—, el órgano correspondiente evaluará la conducta adoptada por los órganos del Estado —tanto los políticos como el judicial—.[9]

Gracias a esta internacionalización es que las personas pueden acudir a organismos regionales para buscar justicia cuando no la encuentran en su propio país. Ejemplo de ello es el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica,* de 28 de noviembre de 2012 resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resolución muy importante en el tema de los derechos reproductivos.

Pero esta faceta también implica que ahora los Estados reconozcan en los hechos su vinculación a los tratados internacionales y la jurisprudencia de órganos internacionales encargada de interpretarlos, de modo que los derechos humanos de fuente internacional obliguen jurídicamente a los funcionarios y jueces locales. Este cambio en México ocurrió gracias a la reforma constitucional del artículo primero, que reconoció a los derechos humanos de fuente internacional y a algunas decisiones adoptadas por la SCJN que marcaron compromisos específicos del poder judicial federal para implementar estas reformas y otros criterios dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

[9] Christian Courtis, "La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los tribunales nacionales. El caso de los derechos de la mujer", en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*, *...cit.,* pp. 85-128, p. 86.

7.2. La repercusión del nuevo concepto

Estos cambios que se registran en la concepción de los derechos humanos y que aquí hemos abordado de manera muy somera, muestran algo importante de esta noción, se trata de un concepto que ha sido especialmente sensible a lo que hoy llamamos la *perspectiva de género*.[10] Efectivamente, el concepto ha sido sensible a las luchas de muchas mujeres que durante varios siglos han defendido el respeto de sus derechos y se han rebelado a las condiciones de opresión, discriminación, exclusión e invisibilización de que han sido objeto —y que por desagracia siguen siendo objeto—. Los derechos humanos, *todos los derechos humanos*, no se pueden entender hoy al margen de la perspectiva de género. Asumir la perspectiva de género no es, por ende, algo accesorio del discurso de los derechos humanos, no es un plus, sino un parte esencial de cómo los concebimos —y debemos concebir—.

En la CEDAW, como hemos dicho, se puede encontrar una nueva aproximación a los derechos humanos. Reconoce los estereotipos y las creencias sociales sobre la superioridad del varón o lo masculino como una de las causas de la discriminación y violencia contra la mujer. Obliga, por ende, a los gobiernos a trabajar para eliminar estos prejuicios sociales. Llama la atención sobre distintas circunstancias y contextos donde los derechos de la mujer son más vulnerables, por ejemplo: las situaciones de pobreza,

[10] Marta Lamas escribe: "A partir del dato biológico de la sexuación, las sociedades organizan la vida social con la idea de que hay ciertas capacidades, sentimientos y conductas que corresponden a los hombres y otras a las mujeres. Hoy se denomina *género* a esta simbolización de la diferencia anatómica, mediante la cual se instituyen códigos y prescripciones culturales particulares para mujeres y hombres. La lógica cultural del *género* atribuye características «femeninas» y «masculinas» a las esferas de la vida y a las actividades de cada sexo y esas atribuciones cobran forma en un conjunto de prácticas, ideas, discursos y representaciones sociales que a su vez influyen y condicionan la conducta objetiva y subjetiva de las personas [...] el *género* funciona como una especie de "filtro" con el cual se interpreta el mundo, y también como una especie de armadura con la que se constriñen las decisiones y oportunidades de las personas", véase Lamas, Marta, "Dimensiones de la diferencia", en Cruz Parcero, Juan A. y Vázquez,Rodolfo (coords.*), Género, cultura y sociedad*, México, SCJN-Fontamara, 2012, pp. 1-23, pp. 2-3.

las situaciones de explotación sexual, los contextos de educación donde son menos favorecidas, los problemas con la maternidad y con el ejercicio de sus derechos reproductivos, los contextos rurales, etcétera.

Es importante esta nueva concepción de los derechos humanos porque, entre otras consecuencias, como ya se mencionó, los Estados parte están obligados a reconocerlos y protegerlos. En la Constitución mexicana no hay una mención explícita a los derechos reproductivos ni a muchos derechos consagrados en la CEDAW, sin embargo, con la reforma al artículo 1 constitucional estos derechos pasan a considerarse también derechos de igual jerarquía que los demás derechos constitucionales.

Estos derechos, como algunos especialistas han hecho notar, son derechos que comparten características de algunas libertades civiles como de derechos sociales, pues implican la creación de condiciones adecuadas para su ejercicio. El Estado, como hemos visto, asume obligaciones positivas para lograr una adecuada protección *de facto* de estos derechos. Se requieren condiciones sociales y servicios públicos.[11]

El que los caractericemos también como derechos sociales nos permite reflexionar en la situación de desigualdad que prevalece en muchos países y, desde luego, en el nuestro. Como sostiene Florencia Luna respecto a Latinoamérica:

> [...] en muchos de nuestros países convive una situación de "primer mundo" con aquella de un "tercer mundo". Esto es, se trata de una de las regiones del planeta con mayores desigualdades. Así, algunas mujeres pueden tener acceso a una educación de excelencia, a una buena atención sanitaria con técnicas y tratamientos médicos de última generación, a posibilidades de desarrollo laboral, mientras que otras mujeres quedan casi totalmente excluidas de estas opciones, inmersas en una situación de pobreza de la cual no se puede salir fácilmente.[12]

---

11 Véase Lamas, Marta, "El laicismo y los derechos sexuales reproductivos", en Vázquez, Rodolfo (coord.), *Laicidad. Una asignatura pendiente*, México, Ediciones Coyoacán, 2007, pp. 125-139, pp. 126-127.

12 Luna, Florencia, "Mujer en Latinoamérica: pobreza, vulnerabilidad y derechos reproductivos", en Vázquez, Rodolfo (coord.), *op. cit.,* pp. 1-26, p. 1.

Sin embargo, tratándose de ciertos derechos, como los sexuales y reproductivos, el desdén hacia las mujeres, nos advierte Luna, parece trascender la diferencia entre ricos y pobres que en general impacta en la salud. La falta de autonomía económica es la condición de una gran cantidad de mujeres casadas o dependientes, ya sea que estén en hogares pobres o ricos. La perspectiva de género ha permitido hacer visible la complejidad de la discriminación de la mujer tanto en el ámbito público como en el privado, en los hogares, poniendo de manifiesto que la pobreza no impacta de igual modo a varones y mujeres.[13]

Por ello, el diseño e implementación de programas y políticas públicas tienen que avanzar en alcanzar un ejercicio pleno de la ciudadanía para las mujeres. Introducir la perspectiva de género en este nivel exige considerar que las desigualdades en el interior de los hogares tienen derivaciones en la vida pública, en el mercado de trabajo y en otros muchos aspectos de las relaciones entre mujeres y varones.[14]

7.3. Los derechos reproductivos y la laicidad

La reproducción humana ha sido objeto de regulación jurídica desde tiempos antiguos; esta regulación jurídica ha estado informada e influenciada por reglas morales y religiosas; instituciones como el matrimonio, el derecho familiar, la filiación y parentesco, entre otras, han establecido las reglas que definen lo normal y lo lícito y lo separan de lo anormal, lo patológico y lo ilícito en marcos culturales donde históricamente han prevalecido concepciones religiosas y androcéntricas.

La reproducción ha estado también, por razones obvias, ligada al tema de la sexualidad, de forma que muchas veces se vean

13 *Ibidem,* pp. 5-7.

14 Para una reflexión en torno a las políticas públicas y sociales desde una perspectiva de género véase: Ana María Tepichín Valle, "Ciudadanía de las mujeres y política pública en México: una reflexión desde los estudios de género", en Juan A. Cruz Parcero y Rodolfo Vázquez (coords.), *Género, cultura y sociedad*, *...cit.,* pp. 133-159, pp. 152-153.

ambos temas como caras de una misma moneda —aunque hoy por hoy son cosas que pueden disociarse hasta cierto punto—. Bajo un derecho patriarcal e influenciado por concepciones religiosas —en México y Latinoamérica una concepción católica principalmente— la regulación de la reproducción humana concibió a la mujer sencillamente como un instrumento reproductivo, la concibió en casi todos los aspectos como un objeto, no como un sujeto con derechos.

La revolución en materia de derechos humanos, a que nos hemos referido, nos permite comprendernos y reconocernos como sujetos con derechos humanos, lo que antes, bajo otras concepciones religiosas y culturales del mundo y del ser humano, se veía como destino, como algo impuesto desde fuera —la reproducción, la sexualidad, la familia—, ahora se entiende como parte de los derechos básicos.

Este cambio es importantísimo, pues ha implicado un proceso muy largo de crítica a la regulación jurídica que se ha formado desde las coordenadas de una cultura patriarcal y religiosa. Transformar toda esa regulación con nuevas coordenadas es uno de los retos que se han enfrentado desde la segunda mitad del siglo xx y que aún nos convocan a continuar en esa labor, pues estamos todavía muy lejos del ideal.

Pero es también un cambio que no se habría iniciado sin la transformación histórica del Estado confesional hacia un Estado laico.[15] De hecho, uno de los límites a la transformación de los derechos humanos, especialmente de las mujeres, se presenta en Estados confesionales y fundamentalistas. Pero en las sociedades

[15] Como sostiene Roberto Blancarte: "El Estado laico se diferencia de su antecesor, el Estado confesional, por el hecho de no patrocinar ni apoyar de manera alguna determinada religión o institución religiosa. Eso significa que la separación entre los asuntos eclesiales y los del Estado es un elemento esencial para la laicidad, aunque no el único. En realidad, lo que da fundamento al Estado laico es el hecho de que la religión deja de ser la fuente de legitimación del poder soberano (sea éste monárquico o de otro tipo) y el pueblo se constituye en la referencia última que fundamenta y legitima los poderes públicos. La religión pasa a ser un asunto que concierne esencialmente a la conciencia de los individuos...", véase Blancarte, Roberto, "Género, mujeres y Estado laico", en Cruz Parcero, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Género, cultura y sociedad*, *...cit.,* pp. 95-115, p. 96.

liberales y en los mismos Estados laicos los grupos conservadores se oponen a los derechos reproductivos. Roberto Blancarte nos recuerda que:

> Las Iglesias protestantes, los grupos conservadores, los fundamentalistas islámicos y la cúpula de la Iglesia católica se oponen a estos derechos. Así, por ejemplo, la santa sede, cabeza de la Iglesia católica, busca restar importancia a los derechos sexuales y reproductivos con el argumento de que ellos solo reflejan la agenda de una cultura (entendida como feminismo occidental), pero que en el fondo rechaza las genuinas necesidades y prioridades de las mujeres del sur. A esta postura se le han sumado las posiciones más conservadoras en materia de derechos para las mujeres provenientes de países como Arabia Saudita o la República Islámica de Irán.
>
> [...] En la medida en que la opción religiosa constituye una decisión individual, el riesgo para las libertades de los ciudadanos parecería menor. Sin embargo, el llamado "resurgimiento de lo religioso" en la esfera pública ha generado una oposición e intromisión de algunas Iglesias, o más precisamente de sus dirigencias religiosas, en el ejercicio de legislaciones y políticas públicas tendientes a transformar el papel y los derechos de las mujeres y de algunas minorías sexuales. De allí que el llamado estado laico haya surgido también como el régimen que hace posible, mediante el respeto a la libertad de conciencia, la autonomía de lo político y lo religioso, la igualdad y la no discriminación, la generación de legislaciones y políticas públicas tendientes a favorecer nuevos derechos para las mujeres y otros sectores jurídica, política, cultural y socialmente desprotegidos de la población.[16]

Los "nuevos" derechos reproductivos se inscriben además en un contexto de avance tecnológico que ha revolucionado la capacidad humana de intervenir en lo que antes eran funciones estrictamente naturales y, por ello, solían verse como "sagradas". A través de una serie de avances tecnológicos, ahora existe una capacidad de intervenir en casi todas las etapas del proceso de reproducción, esto ha permitido abandonar el determinismo biológico —y cultural— que la mujer ha llevado a cuestas. Pero esta nueva realidad tecnológica impone también una serie de retos para el ejercicio y disfrute de los derechos reproductivos. Una

[16] *Ibidem,* pp. 100-101.

serie de esferas o ámbitos se entrecruzan ahora para redefinir el alcance de los derechos reproductivos. Nuevos problemas, nuevos sujetos, nuevos retos.

Estos derechos sexuales y reproductivos están vinculados a otros derechos ya establecidos desde hace más tiempo, es decir, la "novedad" de estos derechos es relativa, se trata de especificaciones de otros derechos más abstractos, como el derecho a la salud, el derecho a la vida, el derecho a la integridad, el derecho a la no discriminación —a la igualdad de trato—, el de acceso a la información, el derecho a la educación y el derecho a la autonomía o libertad de formar un plan de vida propio —se puede decir que subyase una nueva concepción sobre la dignidad humana—. Junto a todo esto surgen, además, derechos específicos en torno al acceso a los avances de la ciencia y la técnica. Esta idea se resume en los principios de indivisibilidad e integralidad de los derechos humanos que están ya reconocidos en la Constitución mexicana desde la reforma al artículo 1 en 2011.

Pero es justamente la nueva concepción de la dignidad humana y de los derechos humanos lo que está en juego cuando muchos grupos religiosos y conservadores que se dicen defensoras de la "dignidad" de las mujeres, reclaman —frente al discurso de los derechos humanos que tachan de "imperialista"—, que los dejen continuar con sus prácticas tradicionales, prácticas donde las mujeres son marginadas y violentadas. Y no es que en países occidentales no exista violencia y marginación contra la mujer, la diferencia es que esta ya no se reclama como legítima, sino que política y moralmente se tematiza como un problema a superar.

El Estado laico ha sido, históricamente hablando, una condición de posibilidad para el surgimiento de una cultura y concepción igualitaria del ser humano, donde la mujer no tenga que verse como apéndice —o costilla— del varón, donde la idea de lo "natural" no se imponga sobre bases dogmáticas como pesada losa sobre la espalda de la mujer. Hay que ser claros sobre algo, bajo una perspectiva religiosa tradicional —católica, protestante, musulmana, etc.— no hay derechos reproductivos ni sexuales de la mujer —quien en todo caso tiene privilegios es el varón—. Ahora bien, cuando digo que el Estado laico ha sido una condi-

ción de posibilidad, no quiero decir que gracias a la separación entre Estado e Iglesia se haya logrado sin más el reconocimiento de los derechos de las mujeres. Claramente esto no ha sido así. En el caso de México, en el siglo XIX con las Leyes de Reforma surgieron algunos avances respecto de la situación de la mujer, pero fueron pocos; los cambios más significativos requirieron que la cultura, fuertemente influida por la religión católica, fuera cambiando y adoptando una manera de entender las relaciones humanas, especialmente las familiares, y en particular la idea de dignidad humana. La cultura de los derechos humanos ha sido artífice de este cambio y, por ello, algunos logros importantes se han conseguido hasta décadas recientes.

Hagamos un recuento de los derechos reproductivos de los que estamos hablando:

a) Derecho a la libertad sexual, que implica el respeto a la integridad, exige el consentimiento libre en las relaciones sexuales y el respeto de las decisiones.
b) Derecho a la salud sexual y reproductiva, que incluye el acceso a servicios de salud públicos, de calidad, sin discriminación y violencia.
c) Derecho a la anticoncepción, tener acceso e información sobre el uso de métodos anticonceptivos medicados —píldoras—, dispositivos intrauterinos, métodos quirúrgicos, etcétera.
d) Derecho a diagnósticos prenatal o preimplantacional.
e) Derecho a la atención y protección a la maternidad.
f) Derecho a acceder a tecnologías reproductivas, como las técnicas de reproducción asistida.
g) Derecho a la información sobre sexualidad, salud reproductiva y planificación familiar. Este derecho incluye información sobre riesgos de contraer enfermedades e infecciones de transmisión sexual.
h) Derecho a la educación sobre sexualidad, salud reproductiva y planificación familiar.
i) Derecho a abortar en las primeras semanas de gestación.
j) Derecho a abortar cuando corra peligro la vida de la mujer embarazada o por malformaciones del feto.
k) Derecho a abortar por causa de violación.

Este recuento de derecho no es exhaustivo y hay muchas formas de concretar o especificar estos derechos. Cada uno de estos derechos, a su vez, puede desenvolverse en otros derechos más específicos y cada uno merecería una caracterización más completa.[17]

No podemos dejar de subrayar la centralidad de la mujer como titular de estos derechos, aunque tampoco podemos dejar de mencionar que, hoy por hoy, debido a la disociación que existe entre sexualidad y reproducción generada por el uso y el acceso a la tecnología reproductiva, los titulares ya no solo son las mujeres. Las técnicas de reproducción asistida permiten que algunos de estos derechos los puedan ejercer los varones.

Otra peculiaridad de estos derechos es que su ejercicio y titularidad puede darse en el contexto de relaciones de parejas, tanto heterosexuales como homosexuales, y dentro de marcos legales como el matrimonio, el concubinato, las uniones de hecho o fuera de estos marcos legales. En estos casos, el ejercicio de los derechos reproductivos puede exigir el acuerdo en las decisiones, sin embargo, esto no es siempre así y en parejas heterosexuales la decisión de la mujer suele tener prevalencia frente a la del varón. Hay también contextos específicos donde otras voluntades pueden intervenir, como en el caso de la maternidad subrogada y algunos casos donde intervienen los médicos.

[17] Véase la referencia a la concepción relacional de los derechos de W. N. Hohfeld en el cap. 1 de este libro.

Capítulo 8
Los derechos sociales y sus garantías: un esquema para repensar la justiciabilidad

8.1. Introducción

El tema de los derechos sociales ha despertado, desde hace poco más de una década, un renovado interés por parte de los constitucionalistas y filósofos del derecho. Algunos trabajos importantes se han escrito para brindar nuevos puntos de vista sobre lo que son los derechos sociales, su justificación, su protección y su viabilidad tanto en el ámbito doméstico como en el internacional.[1]

[1] Destaco aquí algunos trabajos: Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1997; del mismo autor *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001; Fabre, Cecile, *Social Rights under the Constitution. Government and the Decent Life*, Oxford, Clarendon Press, 2000; Cruz Parcero, Juan Antonio, "Los derechos sociales como técnica de protección jurídica", en Carbonell, Miguel, Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, IIJ-UNAM, México, 2000, hay una 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2001; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Abramovich, Víctor; Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México 2003; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia y Editorial Legis, Bogotá, 2005; Griffin, James, *On Humman Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008; Gilabert, Pablo, "The Feasibility of Basic Socioeconomic Human Rights: A Conceptual Exploration", en *The Philosophical Quarterly*, vol. 59, núm. 237, octubre, 2009, pp. 659-681. Hay traducción "Viabilidad de los derechos humanos socioeconómicos: una exploración conceptual", en Dieterlen, Paulette (comp.), *Los derechos eco-*

Sin embargo, no faltan también posturas críticas y escépticas respecto a todos estos puntos que vale la pena tomar en cuenta.[2] El tema de la *justiciabilidad* de los derechos sociales, esto es, que la administración de justicia pueda imponer estos derechos, se ha convertido en uno de los temas centrales de discusión y, para algunos autores, si bien no aparece como la única vía para protegerlos, al menos sí figura como una forma privilegiada para la garantía de los mismos. En pocos casos se aclara o se asume que se trata de una forma de protección, entre muchas otras, y llama la atención lo poco que se discuten otras alternativas, al menos entre juristas y filósofos del derecho.

Algunas de las ideas centrales de estos aportes recientes apuntan a sostener que los derechos sociales *pueden* y *deben* ser —y de hecho en algunos casos son— protegidos a través de la intervención judicial; se acepta que la intervención judicial es, por lo general, algo positivo, aunque se suelen aceptar y discutir algunos límites. Quienes están en contra o se mantienen más escépticos respecto de la viabilidad de la justiciabilidad sostienen que no es posible determinar las obligaciones correspondientes de los derechos sociales y, por ende, el alcance de las decisiones judiciales; que la maquinaria judicial no es adecuada para esta tarea; también ponen en duda tanto la legitimidad de los jueces para tomar decisiones que afectan financieramente al gobierno, como su incapacidad o falta de experiencia para llegar a determinaciones adecuadas en tales casos, y la falta de consideración de intereses de terceros afectados que no son parte de un proceso judicial, entre otros temas.

Esta literatura nos ha proporcionado nuevos enfoques, tanto a favor como en contra, que nos permiten abordar el tema con

nómicos y sociales. Una mirada desde la filosofía, IIF-UNAM, México, 2010, entre muchos otros.

[2] Por ejemplo, Rosenkrantz, Carlos F., "La pobreza, la ley y la Constitución", *SELA Papers*, Paper 15, 2002, disponible en *http:/digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/15* Pincione, Guido, "Market Rights and the Rule of Law: A case for Procedural Constitutionalism", en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 26, núm. 2, 2003, pp. 397-454; Atria, Fernando, "¿Existen derechos sociales?", en *Discusiones: Derechos Sociales*, año III, núm. 4, 2004.

mejores herramientas que las que teníamos hasta hace poco. Sin embargo, habrá que reconocer que la discusión de estos temas no es algo totalmente novedoso. Al menos ya desde el siglo XIX, para no irnos más lejos, muchos de estos temas se habían planteado ya en distintos países de Europa donde los movimientos obreros impulsaron numerosas reformas legales. Las bases del Estado social estaban ya establecidas en el siglo XX, la políticas keynesianas se fueron consolidando en Estados Unidos y luego en Europa, hasta su declive durante los años setenta. A partir de ahí, la crisis del Estado de bienestar generó innumerables discusiones en el terreno de la sociología y la economía. Paralelamente, otra línea de discusiones surgió a partir de la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). En el ámbito de los derechos humanos se fortaleció la idea de que hay derechos sociales y que estos forman parte de ese grupo prestigioso de derechos que denominamos "derechos humanos". Esta idea comenzó a nutrir las discusiones en el ámbito jurídico en tiempos recientes, pasando a convertirse en un tema de iusfilósofos y de constitucionalistas.

Es precisamente el enfoque que se le ha dado al tema de los derechos sociales en el derecho lo que quiero poner en cuestión en este capítulo. Intentaré sugerir que la forma en que estamos discutiendo estos temas en el ámbito jurídico se tendría que replantear para no dejar al margen una serie de aportes y enfoques de otros ámbitos, sobre todo de la sociología, la economía y las políticas públicas. Pretendo invitar al jurista para que mire hacia otros campos del conocimiento que pueden enriquecer sus reflexiones y sus propuestas de reformas. Llamaré la atención sobre algunos presupuestos que han quedado ignorados cuando se habla de la justiciabilidad de los derechos sociales, presupuestos que valdría la pena traer a la discusión y explorarlos a la luz de los avances que se han hecho en la literatura reciente. Trataré de hacer una modesta contribución para reenfocar el ámbito en el que operan los derechos sociales y la utilidad o valor que tiene la justiciabilidad como una forma de garantizar estos derechos. Sugeriré algunas conexiones entre la justiciabilidad de los derechos sociales y la forma como se organiza un Estado de bienestar. Distinguiré dos maneras básicas de entender la justiciabilidad: *a)* la justiciabilidad constitucional que por medio de recursos le-

gales directos permite que jueces, tribunales y cortes supremas conozcan de presuntas violaciones a los derechos sociales cuando estos tienen un carácter constitucional o fundamental, y *b)* la justiciabilidad asociada al funcionamiento de políticas públicas, donde los mecanismos legales pasan a reforzar el diseño y ejecución de las políticas sociales y su desviación. En general, lo que intento es proporcionar un esquema amplio para entender cómo funcionan las garantías que pueden tener los derechos sociales y los distintos niveles en que operan dichas garantías. Este trabajo, a fin de cuentas, no es otra cosa que el intento de definir a grandes rasgos las líneas generales de un proyecto más ambicioso, que consistirá en ocuparme en otro momento de algunos de los problemas aquí señalados.

8.2. Los modelos de Estado de bienestar

Un problema de algunos de los juristas que discuten sobre los derechos sociales es el desconocimiento de lo que se discute en otras disciplinas, particularmente en la sociología y la economía. En estas áreas existen una vasta literatura y discusiones en torno al Estado de bienestar —su origen, su desarrollo, su transformación o crisis—, y sobre las formas en que se han diseñado, ejecutado y regulado las políticas sociales o de bienestar, los problemas que enfrentan y el futuro que se espera en torno a ellas. No trato de formular un mero reproche (y tampoco interesa aquí indagar las causas de esta falta de interés o desconexión ni proponer cómo se podría solucionar), lo que quiero sostener es que hay ciertas complejidades del funcionamiento de un Estado con políticas sociales que no deben pasar inadvertidas a la hora de discutir el tema de cómo garantizar los derechos sociales.

La literatura y las distintas perspectivas que discuten en torno al *Estado de bienestar (welfare state), Estado social* o *Estado providencia*, como dije, es tan basta que resultaría un despropósito para efectos de este trabajo intentar siquiera condensar los términos de lo que se debate o los puntos de vista de las distintas corrientes involucradas. Lo único que parece ser parte de un acuerdo general es que el Estado de bienestar tradicional o *keynesiano* —aunque no hay tampoco acuerdo sobre cuáles sean sus

rasgos distintivos— entró en crisis y estamos viviendo una etapa de adaptación, evolución o reinvención del mismo ante las nuevas circunstancias tecnológicas, económicas, políticas. Mientras unos ven en esta crisis una fase de claro declive del Estado de bienestar, otros ven tan solo una forma de adaptación y auguran que habrá *welfare state* para rato, o si se prefiere, que seguiremos contando con políticas sociales para garantizar niveles aceptables de bienestar de las personas.

Algo similar ocurre también cuando se discute el futuro de determinadas estrategias o políticas sociales: mientras unos auguran un papel central para algunas de ellas, otros las ven como algo ya superado que habrá que evitar o eliminar. Quizá las posturas más radicales en el espectro económico-político —el neoliberalismo más conservador y las izquierdas más radicales— son quienes con más seguridad afirman que el Estado de bienestar tiende a desaparecer —o al menos que es algo esperable que ello ocurra—. Los primeros porque creen que el "libre mercado" puede hacerse cargo de manera más eficiente de casi todo lo que no se puede resolver con el Estado de bienestar, y los segundos porque creen que lo único que ha logrado el Estado de bienestar es mantener el sistema capitalista que habría que superar, esto es, desaparecer.[3] Comoquiera que se formulen estas ideas extremas —que aquí solo presento de una manera muy simplificada—, parecen quedar en entredicho cuando avizoran o predicen que la crisis del Estado de bienestar es un síntoma de su próximo final o extinción.

Por el contrario, concuerdo con quienes piensan, con bastante sustento empírico, que el Estado de bienestar no solo es una forma de organización presente en mayor o menor grado en la amplia mayoría de los países contemporáneos desarrollados y en vías de desarrollo, sino un modelo cuyos presupuestos político-filosóficos tienden a asentarse en la mayoría de estos países.

A riesgo de adentrarme en temas que no domino, y que espero se comprenda quizá cierta ingenuidad, considero que es

[3] Miliband, Ralph y Liebman, Marcel , "Beyond Social Democracy", en Miliband, R.; Saville, J., Liebman, M. y Panitch, L., *Socialist Register 1985/86*, Londres, The Merlin Press, 1986, pp. 476-489.

importante partir, para nuestro propósito, de algunas ideas generales sobre cómo funcionan o han funcionado los Estados de bienestar. Para tal fin echaré mano de una tipología de Estados o regímenes de bienestar que me ayude a mi aproximación, si bien hay que aclarar que hay muchas clasificaciones y tipologías que obedecen a distintos propósitos explicativos y a diversos enfoques teóricos, desde algunas que han tratado de abarcar diferentes modelos que agrupan a la gran mayoría de los países del mundo, hasta las que se basan principalmente en describir los modelos de países occidentales, extendiéndolas hasta donde se puede a otros países en desarrollo.[4] Algo que muestran algunos de los análisis comparativos entre sociedades muy diversas es que, dada la diversidad de formas que adoptan las provisiones sociales que se desarrollan en países del Tercer Mundo, se puede sostener que las garantías de los derechos sociales no son del todo dependientes del crecimiento económico y de la intervención estatal, y que las formas de proteger derechos sociales y la legislación en materia social en países occidentales no son las únicas formas de asegurar el desarrollo social.[5] Sin embargo, esta conclusión es poco alentadora si lo que se busca son alternativas generales, ya que tales desarrollos alternativos suelen estar arraigados a culturas y tradiciones religiosas específicas, cosa que las hace entonces valiosas solo ahí donde están fuertemente arraigadas, de modo que su capacidad de ser trasladadas a otras realidades es con frecuencia mínima o nula.

Aunque también esto nos muestra algo muy importante: en países con una gran diversidad cultural —como muchos de los Estados contemporáneos— algunas de las redes que mantienen o fortalecen ciertos niveles de bienestar social están fuertemente arraigadas en tradiciones culturales. El que los lazos sociales de esas comunidades o ciertas creencias se vean afectados genera

[4] Algunas caracterizaciones muy usuales entre sociólogos son hablar por ejemplo del modelo bismarkiano y del modelo beveridgeano, que alude a las reformas introducidas por Bismark que se centran en el modelo de seguro —mutualismo—, y las introducidas por el ministro inglés Beveridge, centradas en los impuestos.

[5] Dean, Hartley, *Welfare Law and Citizenship*, Londres, Prentice Hall Harvester Wheatsheaf, 1996.

que se debiliten a su vez las prácticas y relaciones que sustentan cierto tipo de desarrollo social o de bienestar en tales comunidades. Si el cambio se produce sin que dichas prácticas sean reemplazadas con éxito por otro tipo de prácticas o de políticas sociales, se generarán entonces disminuciones graves de los niveles previos de bienestar. Algunos estudios comparativos y estudios de caso advierten la importancia de ese sustrato socio-cultural que muchas veces es ignorado cuando se diseñan y ejecutan políticas sociales.

Una caracterización muy extendida de los diversos tipos de Estados de bienestar es la propuesta por Esping-Andersen (1995). Para este autor, es posible hablar de tres modelos tradicionales de Estado de bienestar. Las variantes de este tipo de regímenes implican variaciones respecto a los derechos sociales y la estratificación social que se genera a partir de arreglos entre el Estado, el mercado y la familia. Dentro de un primer grupo se comprende a aquellos Estados de bienestar que denomina "liberales", en otro a los llamados "corporativistas", y en un tercero a los que denomina "socialdemócratas".[6]

El modelo "liberal" —dentro del cual se comprende típicamente a países como Estados Unidos, Canadá y Australia— se caracteriza por hacer hincapié en la *selectividad*, en contemplar modestos niveles de provisión universal de recursos y modestos planes de seguridad social. La clientela recae principalmente sobre trabajadores de bajos ingresos. La titularidad para reclamar estos beneficios está asociada a un estigma social y las ayudas son muy modestas. A cambio, el Estado promueve el mercado, en ocasiones de manera activa, subsidiando esquemas privados de bienestar. Las consecuencias de este modelo son que se minimizan los efectos de lo que denomina la "mercantilización" *(commodification)*[7] —que se refiere tanto al proceso en que algo

[6] Esping-Andersen, Gøsta, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity Press, 1995, p. 27.

[7] Para una explicación más general de este concepto véase Ertman, Martha M. y Williams, Joan C., "Preface. Freedom, Equality, and the Many Futures of Commodification", en Ertman, Martha M. y Williams, Joan C. (eds.), *Rethinking Commodification*, Nueva York, New York University Press, 2005, pp. 1-7.

se convierte en una mercancía *(comodity)* como al estado de cosas que sobreviene de dicho proceso—; restringe el ámbito de los derechos sociales y erige un orden de estratificación que es una combinación de una relativa igualdad de pobreza entre los beneficiarios del Estado de bienestar, un bienestar diferenciado por el mercado entre las mayorías y una diferenciación política entre estas dos clases.[8]

El modelo "corporativista" —donde se incluye típicamente a Austria, Francia, Alemania e Italia— está fundado en la tradición corporativista que originó fuertes Estados que rechazaron la obsesión liberal por la eficiencia del mercado. La aceptación o reconocimiento de derechos sociales casi nunca fue un tema cuestionado. Lo que predominó fue la preservación de diferencias de clase y estatus, de modo que los derechos iban anexos a la clase o estatus. De aquí también el énfasis en la negociación política entre los grupos mayoritarios —capital-trabajo-Estado—. El Estado juega aquí el rol principal como proveedor de bienestar y al mercado se le deja un rol marginal. Este modelo descansa en parte en un modelo de familia tradicional, típicamente ligado a tradiciones religiosas, pues bajo este modelo se excluyen de beneficios a mujeres no trabajadoras, y los beneficios por maternidad o servicios de asistencia familiar son muy escasos. Los beneficios a los excluidos del mercado de trabajo o la familia son selectivos y escasos.[9]

El modelo "socialdemócrata" —que incluye principalmente a los países escandinavos— está fundado en la tradición universalista que se preocupa por promover un nivel de vida alto e igualitario. En este modelo, la socialdemocracia es la fuerza dominante que impulsa las reformas. Los socialdemócratas buscan un Estado de bienestar que pueda promover una igualdad de altos estándares, no una igualdad de condiciones o necesidades mínimas. Esto implica que los servicios deben satisfacer los estándares y gustos de las nuevas clases medias, y que la igualdad será promovida mirando a igualar las condiciones del trabajador con quienes están mejor situados. La fórmula consiste entonces en programas

[8] Esping-Andersen, Gøsta, *op. cit.*, pp. 26-27.

[9] *Ibidem*, p. 27.

universales, todos los estratos y tipos de trabajadores son incorporados bajo un mismo sistema de seguridad, aunque los beneficios son graduados de acuerdo con las ganancias de cada uno. A diferencia del modelo corporativo, la intervención sobre la familia es preventiva y se socializa el costo de protección familiar, pero no para afianzar la dependencia familiar, sino para lograr las condiciones para la independencia individual, por ejemplo, la independencia de la mujer. El modelo se describe como una fusión entre liberalismo y socialismo. El resultado es un modelo que hace transferencias directas a los niños, los ancianos y a quienes más necesitan ayuda.[10] El pleno empleo es un objetivo de los Estados de bienestar pero en cada modelo adquiere particularidades, por ejemplo, respecto a la participación o no de la mujer, la participación del Estado para determinar o no salarios mínimos, etcétera.

Esta tipología de Estados o regímenes de bienestar proporciona solo modelos ideales, de modo que algunos Estados reales se aproximan más o menos a alguna de estas tipologías. Además, históricamente hablando, muchos de los países que se mencionan han pasado por etapas donde un modelo sustituye a otro. Hoy día se puede decir que los viejos países corporativistas europeos han pasado por una amplia reforma de corte liberal y socialdemócrata; los socialdemócratas o escandinavos han adoptado también reformas liberales en mayor o menor grado, y los liberales mantienen algunos elementos socialdemócratas.

En la Unión Europea de hoy —que ha incorporado a países del antiguo bloque socialista— se discute qué modelo social ha de adoptarse. Entre avances —por ejemplo, el Tratado de Ámsterdam de 1997— y retrocesos —la no entrada en vigor de la Constitución europea—, el proceso de integración europeo parte de un reconocimiento claro y explícito de los derechos sociales y cada vez hay más preocupación por equiparar las condiciones sociales de los Estados miembros. Aunque prevalece todavía el llamado principio de subsidiariedad, que deja la competencia en materia social en primera instancia a los Estados y subsidiariamente cuando estos no logran fines o metas traza-

[10] *Ibidem,* pp. 27-28.

das, se puede presentar una intervención de las instituciones comunitarias.[11]

Otra observación más sobre la tipología es que en el caso de países latinoamericanos, si bien nos puede ayudar en alguna medida a entender cómo funcionan, tendríamos que hacer un esfuerzo por ver hasta qué grado ello es así y hasta dónde conviene allegarse más información que nos ilustre sobre ciertos rasgos particulares. Uno de estos rasgos puede ser, por ejemplo, la existencia de pueblos indígenas, que social, política, económica y culturalmente se encuentran muchas veces al margen del resto de la población. En algunos países, salvando algunas diferencias importantes, es claro que se han adoptado modelos corporativistas —México, Brasil, Cuba, Uruguay, Argentina, Venezuela—, que en los casos de México, Argentina y Brasil han pasado por amplias reformas de carácter liberal, mientras que Venezuela parece consolidar el corporativismo y dar marcha atrás a las reformas liberales. Otros Estados pueden verse más influidos por un modelo liberal —Colombia, Chile—, aunque Chile mismo podría verse como enfilado hacia un proyecto de corte socialdemócrata.

8.3. Los niveles de garantía de los derechos

El concepto de garantía que usaré en este apartado quizá le resulte extraño a muchos juristas, por lo que me gustaría hacer algunas precisiones conceptuales para evitar confusiones y lograr transmitir con más precisión mis puntos. La idea de garantía en el derecho se ha concebido como una idea estrictamente formal, de forma que se suele decir que un derecho está garantizado cuando existe algún mecanismo técnico-jurídico diseñado para protegerlo. La existencia de este mecanismo o técnica jurídica no implica que de facto el derecho se garantice, en el sentido de que se satisfaga o cumpla. En este trabajo nos apartaremos de esta idea y siguiendo a otros autores,[12] sostendremos que la ga-

[11] Aparicio Tovar, Joaquín, *Introducción al derecho social de la Unión Europea*, Albacete, Ediciones Bomarzo, 2005.

[12] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *...cit.;* del mismo autor *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *...cit.;* Peña Freire, An-

rantía es un concepto multidimensional, lo cual supone que no existe una entidad o esencia de partida para el conocimiento de la garantía que pueda ser aislada, descompuesta o utilizada como factor de exclusión conceptual.[13] Al contrario, solo será posible localizar la garantía en el análisis de otros elementos del sistema y en el juego y reproducción continua de relaciones jurídicas.[14] A esta idea añadiría yo que no solo entran en juego relaciones definidas como jurídicas, sino relaciones sociales de otra índole. Lo que es importante es que comprendamos que lo que sea una garantía no depende de una esencia o de determinada forma jurídica, por el contrario, como afirma Peña Freire "La garantía no es un ente abstracto que se pueda escindir —ni siquiera para su estudio— de los bienes y valores garantizados".[15] No tiene pues sentido preguntarse qué es la garantía, sino entender su naturaleza instrumental y preguntarse en todo caso cómo se expresa o cómo funciona. La garantía incorpora un elemento finalista que le da sentido en la medida en que un sistema de garantías adecuado será aquel que maximice el grado de tutela de los valores más importantes del sistema jurídico-político en que se inserta.

Hay juristas que han sostenido que la garantía de los derechos —de valores o de intereses— es algo que depende de muchos factores y que nunca se presenta como una cuestión de todo o nada, sino como una cuestión de grado, de forma tal que lo más conveniente sea hablar de niveles o grados de garantías.[16] Esto significa entender los derechos en un sentido muy amplio, de modo que podamos decir con cierto sentido que un derecho puede estar más o menos garantizado aún allí donde no se encuentre reconocido legalmente y, por consiguiente, no pueda hacerse uso de los órganos jurisdiccionales. La garantía del derecho depende

tonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997.

13 Peña Freire, Antonio Manuel, *op. cit.,* p. 25.

14 *Idem.*

15 *Idem.*

16 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, ...cit.;* del mismo autor *Derechos y garantías. La ley del más débil, ...cit.;* Peña Freire, Antonio Manuel, *op. cit.;* Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

entonces de otros factores que contribuyen a que ciertos bienes, recursos o estados de cosas sean disfrutados por los individuos.

Hablaré entonces de tres tipos o niveles de garantías que podemos tener respecto a los derechos sociales.[17] Las garantías jurisdiccionales, esto es, los procedimientos y normas jurídicas representan el tercer nivel. Los dos primeros niveles responden a otros mecanismos donde el elemento jurídico, si bien suele estar presente, no constituye el aspecto principal de estas garantías (se puede decir que tampoco es el enfoque jurídico el que prevalece para entender la función de las garantías en estos niveles). En los dos primeros niveles, las garantías tienen que ver con las formas en que se relacionan ciertas instituciones sociales, los sujetos o los grupos, o dicho en otros términos, la manera en que se conforman las relaciones dentro de un sistema social y económico, y las formas en que diversas instituciones y sujetos realizan sus funciones y se interrelacionan entre sí. Todo eso está relacionado de alguna manera con el derecho, pero lo que sirve de garantía de los derechos no está en función de su carácter legal, como veremos enseguida.

Hablaré entonces de un primer nivel de garantías asociadas con un *arreglo social básico*, y de un segundo nivel de garantías relacionadas con el diseño y ejecución de *políticas públicas* por parte del Estado. El tercer nivel, como ya dije, se refiere a garantías de protección jurídica, dentro de las cuales se incluye lo que se ha denominado la *justiciabilidad*.

8.4. El arreglo social básico

El primer tipo de garantías correspondería a cierta manera de proteger los derechos sociales o los valores que estos implican, a

[17] En este sentido hablar de derechos sociales es hablar de manera general de los valores y estados de cosas valiosos para el bienestar de los individuos y para gozar de las bases materiales para desarrollar un plan de vida significativo. Entre estos se encuentran de manera general: la educación básica, ciertos niveles de salud o de servicios de salud, ciertas condiciones de vida (digna) que implican tener una vivienda adecuada, vestido, alimentación sana, acceso al agua potable, etc.; un ingreso remunerativo para acceder o cubrir estos bienes o servicios, entre otros derechos.

través de lo que llamaré *arreglos sociales* o *institucionales básicos*. Estos arreglos básicos definen los rasgos generales de la sociedad en que opera el tipo de Estado social o Estado de bienestar que se intenta implementar. Este arreglo básico consiste en una relación específica entre el Estado —el gobierno y los demás poderes—, el mercado, los ciudadanos y otros actores —grupos sociales diversos—; y otras instituciones sociales, donde hay que destacar invariablemente la familia y la religión. La manera en que estas relaciones se establecen no depende de procesos del todo voluntarios, sino que se trata, en buena medida de procesos históricos y adaptativos de las sociedades. En esta medida, podemos referirnos a ellos como *estados de cosas*, que si bien no están del todo fuera del alcance de la acción voluntaria, existen en ocasiones tantas variables que es muy difícil el éxito de tal tipo de acciones. Muchos cambios que ocurren en este nivel son resultado de cambios en las costumbres, cambios de régimen político, cambios tecnológicos, cambios en materia económica que se generan a partir de procesos más generales y multifactoriales.

Lo importante que quiero resaltar es que estas formas de arreglo representan ya una forma de garantizar algunos derechos sociales —en ciertos grados—, y de limitar o excluir a otros de tal protección —también en grados distintos—. Este arreglo social básico es una especie de lo que algunos constitucionalistas llamaron la Constitución real de un Estado, en oposición a la Constitución formal. En este arreglo existe ya una forma de distribuir responsabilidades respecto a la protección y seguridad de las personas, también una manera —no formal— de reconocer derechos para algunos y de negárselos o regateárselos a otros. Por ello, este "arreglo" no se trata exactamente de un "pacto social" en que participen todos los actores o en el que todos los intereses hayan estado representados, al modo en que Rawls o Habermas han pensado cómo debería funcionar una sociedad justa. Es decir, no se trata de una cuestión normativa, sino empírica.

En todo arreglo social de este tipo, por ejemplo, la familia juega un rol importante, ya que a ella se le asignan una serie de responsabilidades de cuidado, educación, asistencia, alimentación, etc. En sociedades donde el rol del Estado es muy restringido, la familia —o alguna otra institución comunitaria— suele jugar una función más importante para asegurar el bienestar de

sus miembros —pero también a su interior se dan condiciones de inequidad—. Se confía entonces en lazos familiares fuertes, estables y duraderos.[18] En una situación así, quedar fuera de la familia es quedar en un estado de desprotección o de exclusión. En cambio, donde el Estado juega un rol importante, los lazos familiares pueden ser más flexibles y menos fuertes y duraderos. La desintegración familiar entonces no es un factor determinante —aunque suele ser importante— para ver a alguien como un excluido o quedar en una situación vulnerable.[19]

Algo similar ocurre con el mercado, ahí donde el libre mercado es más fuerte y hay menos intervención del Estado se produce cierta desprotección o hasta la exclusión de quienes no logran insertarse en un buen empleo o en una empresa más o menos sólida. Pero un Estado que interviene de manera fuerte en el mercado y la economía a través de programas de seguridad social por lo general no puede extenderlos a todos, de modo que también se generan ciertas formas de exclusión, por ejemplo, entre quienes quedan asegurados y los que no, o entre quienes actúan en una economía formal y los que no.

---

18 Algunos estudios comparativos e históricos sobre las formas en que las sociedades consiguen proteger el bienestar han subrayado siempre el rol de la familia, cuando esta protección falla es que se ha visto la necesidad de desarrollar otras formas de protección que a lo largo de la historia se han ido desarrollando. Hoy día se señala por ejemplo la importancia central de la familia en los sistemas islámicos y algunos de Oriente y Latinoamérica, mientras que se señala cómo en países europeos esa centralidad de la familia ha disminuido considerablemente.

19 Otro ejemplo, es ver cómo ciertas tradiciones y lazos familiares se combinan con problemas de migración masiva. En México, muchos campesinos han tenido que emigrar a Estados Unidos en busca de trabajo, pese a que se ha generado una desintegración parcial del núcleo familiar, ello no ha significado necesariamente la desprotección, sino en muchas ocasiones lo contrario. Por ejemplo, en muchos casos el trabajador migrante obtiene mayores recursos que envía a su familia en México, quienes ven algunas mejoras a su situación de pobreza. En otros casos menos frecuentes se ha facilitado el intercambio comercial vía exportación de artesanías, lo que implica mayores recursos. Lo que de cualquier forma está ocurriendo es que la estructura familiar se ha visto afectada de manera importante y con ello muchas costumbres locales, pero donde estos cambios impactan los lazos de solidaridad que había en la familia o la comunidad entonces se resienten en los niveles de bienestar y traen consigo otra serie de problemas.

Factores de índole cultural y religioso pueden también ser determinantes en este tipo de arreglos sociales básicos. En sociedades cultural o religiosamente estratificadas, la movilidad social puede ser mínima, pese a cualquier esfuerzo del Estado o de la apertura del mercado. En la India, por ejemplo, se ha visto cómo su sistema de castas es un obstáculo en muchas regiones para poder implementar políticas sociales de combate a la pobreza. Para que ciertas políticas sociales pudieran tener éxito sería necesario buscar las formas de una transformación más profunda en esas estructuras religioso-culturales. Las mismas políticas sociales, a su vez, pueden contribuir en este sentido, aunque en el mejor de los casos, su impacto será menor al que normalmente se esperaría tener en otras condiciones.

Un elemento importante de esta estructura básica suele ser el de quiénes son ciudadanos y quiénes no —definido aquí sí en términos jurídicos—; pero también importan otras formas de estratificación o diferencias de clase que impactan en el tipo de ciudadanos que se tiene en tal estructura básica. Esto implica una manera de hacer un reparto tanto formal como no-formal de derechos y obligaciones. Pero en este nivel de análisis, lo formal es solo parte de un estado de cosas, lo cual significa que la situación real no coincidirá con lo que formalmente quede consagrado en una Constitución política o en las distintas leyes —por ejemplo, con un amplio reconocimiento legal de una ciudadanía igualitaria)—. El papel normativo de las normas jurídicas hace que no las podamos ver como una descripción de lo que ocurre en la realidad.

En el arreglo básico se generan entonces ciertos *costes* en términos de exclusión de personas respecto de algunos o de todos los beneficios. El arreglo es, en ese sentido, más o menos justo —o injusto— desde el punto de vista normativo. La exclusión, que es parte de este arreglo, genera que parte de estas fuerzas sociales se organicen o se vean involucradas en otras instituciones sociales o actividades que son vistas como ilícitas o delictivas. Allí donde el arreglo básico excluye a muchos, aparecerán una economía informal extendida, una economía delictiva y formas de solidaridad o de control al margen de las demás instituciones. Surgirán también, como muchos sociólogos lo han advertido, fenómenos de pluralismo jurídico, que implican en cierta forma

una manera de negar el orden formal establecido o, mejor dicho, la autoridad de dicho orden. Pero no todos los que participan o se ven involucrados en estos mercados u organizaciones ilícitas son en realidad excluidos o desfavorecidos; en cada uno de estos subsistemas habrá quienes están en una posición de dominación de otros y tendrán en buena medida satisfechas sus necesidades —sus derechos sociales estarán aceptablemente satisfechos—. El narcotráfico, por ejemplo, es un tipo de economía delincuencial e informal en la que participan muchos tipos de actores, algunos están bien situados socialmente y gozan de grandes beneficios y hasta pueden convivir dentro de los círculos de poder y el mercado legal. Sin embargo, para buena parte de los que participan en eso la situación es más bien de precariedad. Para el vendedor al menudeo, el que transporta, el que siembra, etc., su actividad es de alto riesgo y con ella apenas logra mejorar en poco sus condiciones de bienestar. Su propia ilegalidad genera tipos de riesgos respecto de los cuales no cabe esperar ninguna clase de ayuda del Estado (al menos claro, no una ayuda legal, dado que la corrupción y otras formas de generar impunidad suelen ser factores que "ayudan" a tales actividades).

Retomando una idea de Pierre Rosanvallon, se habla aquí de *exclusión* como estados más o menos estables o permanentes, como el desempleo de larga duración, de "*desperfectos sociales*" que ya no son aleatorios y circunstanciales, sino que nos llevan a una visión más determinista que ya no advierte cómo se puede lograr una reversibilidad de dicha situación, una situación en la que entran todo un conjunto de poblaciones que quedan al margen de un marco que brinda condiciones de seguridad.[20] Algunos hablan de *desigualdades duraderas* o *persistentes* para referirse a las condiciones que perduran de una interacción social a la siguiente, que persisten a lo largo de una carrera, una vida y una historia organizacional.[21]

Dentro de los costos del arreglo quedan comprendidos quienes están excluidos de forma más o menos permanente de los be-

[20] Rosanvallon, Pierre, *La cuestión social. Repensar el Estado providencia*, trad. por Horacio Pons, Buenos Aires, Manantial, 1995.

[21] Tilly, Charles, *La desigualdad persistente,* trad. por Horacio Pons, Buenos Aires, Manantial, 2000, p. 20.

neficios y de cierto grado de protección social. Serán fenómenos de la exclusión, por ejemplo, el desempleo duradero, la migración necesaria, la economía informal, la economía delincuencial, la no-ciudadanía, etc. Todos estos fenómenos implican personas excluidas de los beneficios. Pero los excluidos no existen "fuera-de-lo-social", como explica Castel,[22] son parte de un fenómeno colectivo o social, son, en otros términos, resultado de lo que aquí hemos llamado el "arreglo social básico", un estado de cosas que tiene en distinto grado ganadores y perdedores.

Es importante dejar al menos solo señalado que el arreglo básico, junto con las formas concretas que adoptan ciertas políticas sociales, llevan a determinar una especie de relación entre generaciones, es decir, trasferencias de riqueza o de costos de una generación a otra que puede llevar a serios desequilibrios. El tema de las pensiones, por ejemplo, es un ámbito en donde la situación se ha tensado al grado de ser hoy por hoy uno de los problemas más serios y urgentes que tiene que resolverse en muchos países. No es conveniente simplificar este tipo de problemas, pues suelen llevar aparejados problemas técnicos complejos junto con problemas de crecimiento poblacional, sin embargo, lo cierto es que el asunto puede verse como un problema en que una generación anterior hereda a otra cargas difíciles de sostener y, a su vez, la generación de hoy está ya imponiendo cargas desproporcionadas con las que las generaciones futuras tendrán que lidiar.

En suma, el primer nivel de garantía de derechos sociales —y de otro tipo de derechos también— depende de lo que hemos llamado el arreglo social básico. Es dentro de esta compleja red de relaciones institucionales que algunos individuos quedan protegidos y otros no, unos mejor y otros peor. Comprender cómo funciona esta red es importante para que las garantías de los otros dos niveles puedan, a su vez, tener eficacia. Pero los cambios que se intenten a este nivel suelen ser a largo plazo y a través de mecanismos variados donde el derecho juega sin duda un rol importante, pero nunca determinante.

---

[22] Castel, Robert, *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, trad. por Viviana Ackerman, Buenos Aires, Manantial, 2004, p. 63.

8.5. Las políticas sociales y las instituciones públicas

Este segundo nivel de garantías es propiamente un enfoque particular que mira al Estado (gobierno) en su labor de implementación de políticas públicas de carácter social. Esta actividad estatal está inserta también en el arreglo social básico, pero es un aspecto de ese arreglo que es hasta cierto punto más sensible a la acción voluntaria, de forma que es un instrumento de cambio y reforma social muy importante. Las instituciones del Estado hacen uso de los medios a su alcance para diseñar políticas públicas que intentan mejorar o garantizar el bienestar de las personas y sobre todo de sus ciudadanos. Básicamente, aquí nos referimos tanto a las funciones de diseñar y planificar las políticas sociales, como a las de regimentar o regularlas y a las de ponerlas en práctica. En esta dimensión aparece una constante tensión entre el poder legislativo y el administrativo. Una primera tensión que se presenta en la reivindicación de la competencia para diseñar y decidir el funcionamiento tanto de las mismas instituciones o agencias públicas, como para diseñar y decidir las políticas y programas sociales concretos, es el tipo de financiamiento que tendrán. Una segunda tensión se presenta como el problema entre discrecionalidad y reglamentación: entre la confianza que reclama quien aplica los programas y los diseña, y la desconfianza de quien quiere sujetarlos a reglas claras, exige certeza y teme la arbitrariedad.[23] Tensión que aparece también, por un lado, entre el saber del experto o del burócrata que confían en su discreción y en su saber asociado a ciertas profesiones, y que al mismo tiempo tienen interés de acrecentar su poder —poder no-responsable—, exigiendo más flexibilidad para actuar so pretexto de lograr mayor eficacia. Del otro lado, la desconfianza del ciudadano que suele verse afectado por decisiones arbitrarias y exige certidum-

[23] Esta discusión se presenta en términos de *Rule of Law* vs. *Rule of Men*, pero entendiendo por esto último una forma discrecional de gobernar, que bien puede estar autorizada o requerida por la ley. Esto es, no se trata de una oposición entre lo que sería *Rule of Law* frente algo semejante a acciones ilegales. Las fórmulas "government subject to law" o "government bound by law" no captan la distinción cuando el derecho autoriza al gobierno a actuar de cualquier manera, Pincione, Guido, *op. cit.*, pp. 399-400.

bre, reglas claras y ve siempre como un riesgo conferir mayor poder al gobierno.

En relación con estas cuestiones se presentan diversas discusiones sobre el uso mismo de la noción de derechos sociales. Aparecen aquí diversas maneras de conceptualizarlos y en relación con estas surgirán —tanto por parte de los defensores de la discrecionalidad como por parte de los partidarios de la reglamentación— distintos tipos de recelos o ventajas. Por ejemplo, quienes apelan a la discrecionalidad preferirán no usar el lenguaje de los derechos sociales, incluso lo rechazarán del todo, argumentando que no puede haber verdaderos derechos sociales, ya que de lo que se trata es de políticas que deben ser por naturaleza flexibles y adaptables a las circunstancias, de modo que reclamos rígidos en términos de derechos solo llevarían a plantear, o bien cosas imposibles de realizar —aspiraciones vanas—, o bien se volverían un obstáculo al darles oportunidad de participar a los individuos en tareas que deben quedar en manos de expertos. Quienes apelan a la certidumbre de las reglas no necesariamente defenderán los derechos sociales, porque algunos de quienes pretenden limitar la discrecionalidad a través de reglas muy rígidas, no ven necesariamente a los derechos sociales como una forma adecuada para tal tipo de reglamentación. Sin embargo, para otros, el uso de un lenguaje de los derechos sociales es visto como el mejor medio para establecer contenidos que no son negociables y que el gobierno no puede dejar de lado, al mismo tiempo que pretenden darle al individuo o a ciertos grupos el poder de reclamar por sí mismos tales beneficios sin tener que esperar que el poder decida hacerlo de buena gana. Pero aun en este último grupo de quienes aceptan hablar de derechos sociales, hay diferencias sobre cómo estos son concebidos o cómo modelarlos atendiendo a ciertas finalidades concretas.

Es en este momento donde los derechos sociales quedan concebidos como derechos en un sentido más técnico o como meras aspiraciones que en todo caso guían de una forma débil a las políticas públicas, pero que los individuos no pueden exigir como algo que ya se ha ganado de antemano, sino en todo caso pueden conseguir a través de peticiones, entrar en negociaciones, presiones, etc., para conseguir algo que

de por sí está sujeto a duda y no solo a la disponibilidad de recursos.[24]

Cabría decir que en este sentido se hace necesario una caracterización conceptual de los derechos sociales, que nos sea útil para discutir y analizar mejor las distintas objeciones y ventajas que se les suele atribuir. Pienso que operar con una división tan simple como la de Dworkin, entre *rights* y *policies,* no ayuda mucho a discutir el tema. En otro lugar —siguiendo a R. Alexy—, he tratado de especificar los diferentes tipos de normas que entran en juego tratándose de derechos sociales.[25] En esos trabajos concluí que las normas de fin juegan un rol especial, pero que hay dos clases de este tipo de normas, una que funciona como regla y otra que funciona como directriz o *policy*. Además, se ha destacado que algunos derechos sociales pueden perfectamente concebirse en términos de reglas de acción.

Ya sea que estas cuestiones queden concebidas en términos de derechos o del mero objeto de políticas públicas, ellas se presentarán normalmente como una especie de "paquetes" o grupo de problemas, hablaremos entonces de problemas de salud o del derecho a la salud, de la educación o del derecho a la educación, y así con la vivienda, la alimentación, la seguridad social, el empleo, etcétera.

El modo de concebir los problemas genera también una forma de diferenciar a los sujetos: sanos/enfermos, capacitados/discapacitados (inválidos), empleados/desempleados, asegurados/no-asegurados, activos/jubilados, ricos/pobres,[26] etc. También opera una diferenciación por sexo: mujer/hombre, o por

[24] Véase el cap. de mi libro "Derechos sociales: clasificaciones, normas, acciones y fines", en Cruz Parcero, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

[25] Cruz Parcero, Juan Antonio, "Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales. Réplica a Fernando Atria", en *Discusiones*, núm. 4, 2004; véase también mi libro *El lenguaje de los derechos*, *...cit*.

[26] En realidad muchas de estas distinciones aceptan graduaciones diversas y no necesariamente en los términos en que las presento. Los programas de pobreza suelen operar con distintos niveles de ingresos y hacer así distinciones en función de parámetros. La salud y la enfermedad pueden aceptar también graduaciones, lo mismo que la invalidez o la incapacidad.

etapas en la vida de un sujeto: infancia, juventud, madurez, vejez. En relación con estas distinciones funcionan prestaciones específicas. Estas diferenciaciones o categorías juegan un rol de gran importancia —determinado no solo por su definición legal, sino también por las condiciones sociales—, cierto tipo de institucionalización en torno de ellas que repercute en términos de quiénes quedan incluidos y quiénes excluidos de ciertas políticas, derechos o recursos. El uso de estos criterios suele ser motivo de controversias técnicas, políticas y jurídicas. Igualmente existen otras clasificaciones que han resultado sospechosas o injustificadas para propósitos sociales, por ejemplo, las que atienden a la raza, la creencia religiosa, la preferencia sexual, pero cuya repercusión en la exclusión es importante. Podríamos, además, hablar de una "nueva generación" de distinciones que comienzan a tener influencia en el diseño de algunas políticas sociales y políticas de contratación. Me refiero a distinciones como las de fumador/no-fumador, bebedor-de-alcohol/no-bebedor-de-alcohol, deportista/no-deportista —más otras que tienden a introducirse cada vez más en los hábitos alimenticios de los individuos—, que en ámbitos como el de los seguros médicos o el laboral cobran especial relevancia para determinar los montos de aportación o derechos condicionados.

Debido al arreglo institucional básico al que nos referimos en el apartado anterior, las políticas sociales concretas adoptarán ciertas modalidades. Si usamos la clasificación de tipos de Estado de bienestar, de la que hablamos antes, podemos decir que los Estados adoptarán políticas sociales con ciertas características que los acercarán a un modelo o a otro, o podemos también decir que en situaciones como la presente, donde se buscan nuevas alternativas, el gobierno diseñará o implementará algunas políticas o paquetes de políticas que tienen, entre otros rasgos posibles, el de ser más *universales* o más *selectivas* —personalizadas—, más *rígidas* o más *flexibles*, *condicionadas* o *incondicionadas*.[27] En una

[27] Que una política o un beneficio sea *universal* significa que se otorga o aplica a una clase de sujetos identificados formalmente y de manera previa, mientras que una política es *selectiva* si se elige o selecciona a quienes se les va a beneficiar con base en algunos criterios que guían a quien tiene el poder de decidir. Que sea *rígida* supone que está determinada de antemano y quien la aplica tiene poco o nulo margen de decisión y poder de adaptación o

medida muy importante, una buena selección y diseño de políticas públicas es importante para la eficacia del modelo de desarrollo económico y social.

Estas formas en que se puede configurar una política o servicio social presentan ventajas y desventajas, de modo que no se puede en abstracto decidir cuáles son mejores. Sin embargo, la experiencia en muchos casos demuestra que cierto tipo de diseño sobre cómo garantizar derechos sociales es mejor que otros, aunque esto, a fin de cuentas, es una cuestión determinable empíricamente. La educación básica, por ejemplo, suele concebirse mejor como un bien o un recurso que debe ser proporcionado de forma universal y no selectivamente. En cambio, por ejemplo, la ayuda alimenticia o ayudas indirectas, a través de exenciones de impuestos, suelen proporcionarse de manera selectiva o a lo mucho se otorgan a grupos limitados de forma universal (leche para niños de hasta cierta edad, ayuda económica a padres de familia con cierto número de hijos, etcétera).

Esta parte del diseño de políticas sociales genera a su vez otro tipo de costes relativos, es decir, cierto tipo de exclusión referida al diseño de esos programas sociales concretos. El uso de ciertas políticas implica la especificación y delimitación de los titulares o beneficiarios potenciales y quiénes quedan fuera de tales beneficios. El ser excluido de cierta política social concreta y del beneficio que trae aparejado no genera exclusión social por sí mismo, ya que la protección o la seguridad puede estar garantizada por otras políticas o programas sociales, o por otros medios que no dependen directamente de las políticas sociales, por ejemplo, a través de un buen salario, un negocio propio, o de pertenecer a una familia que le presta apoyo y sustento, etc. De forma que la exclusión de ciertos servicios o prestaciones puede ser una cues-

corrección de la misma; que sea *flexible* supone en cambio que las políticas públicas pueden ser modificadas y adaptadas lo que implica mayor poder discrecional en quienes las operan. Que sea *condicionada* significa que la prestación o beneficio se otorga a cambio de algún tipo de contraprestación por parte del beneficiario, ya sea al menos un compromiso de este que lo hace responsable para mantener el beneficio, mientras que el que sea *incondicionada* significa que el beneficiario no tiene que comprometerse a nada a cambio del beneficio.

tión de grado, donde uno de los extremos es la total exclusión de cualquier forma de seguridad y de la obtención de medios de una manera lícita. Empero, se puede generar algún tipo de exclusión relativa, distinta a la que se genera a partir del arreglo básico, o se puede reforzar aquella.

El diseño e implementación de políticas sociales genera problemas de exclusión de otro tipo, por ejemplo, la que se genera al no contemplar, esto es, omitir a algún grupo de personas que están en una situación de desventaja, pero también, por ejemplo, generando diferenciaciones y exclusiones parciales o tratos inequitativos entre los beneficiarios, de modo que se produce una especie de estratificación social en función de los beneficios que se obtienen. Se habla entonces de ciudadanos de primera, segunda o tercera clase.

Quiero destacar también el riesgo siempre latente del uso ilegítimo de los programas sociales para servir a propósitos de índole electoral, de cooptación, manipulación y control. No es extraño que durante los periodos electorales en los sistemas democráticos haya denuncias del empleo de fondos públicos y de recursos destinados a la pobreza o a otros fines sociales para apoyar a ciertos candidatos o partidos. El uso electoral de estos programas es una tentación grande en cualquier sistema democrático. Además, ciertas características del diseño facilitan más que otras ese uso ilegítimo. Por ejemplo, ciertos beneficios o derechos condicionados serían muy útiles para exigir cierto tipo de corresponsabilidad por parte del beneficiario y evitar los abusos que generan políticas más universalistas e incondicionadas. Sin embargo, muchas formas de evaluar si se ha cumplido o no suelen dejar un margen de discreción muy grande en los funcionarios públicos, eso genera mayor poder y mayor capacidad de corrupción, de forma tal que ante ese peligro es mejor preferir un diseño no condicional, o implementar en todo caso sistemas de control más estrictos en épocas electorales.

Es importante que el tema de la *justiciabilidad* y de otras formas de garantía jurídica lo podamos enfocar a partir de esta relación estrecha con la forma en que se diseñan y operan las políticas públicas. La selección de cierto tipo de políticas genera problemas de diseño relativos a los titulares —quiénes debe-

rían incluirse y no se incluyen, y quiénes no deberían incluirse y se incluyen—; problemas de ejecución relacionados con la exclusión de beneficios de quienes tienen derecho o prioridad —o inclusión de quienes no lo tienen—; problemas de discrecionalidad administrativa en políticas selectivas o condicionadas. Los medios jurídicos, tanto de regulación como de control jurídico, deben atender a los problemas particulares que las políticas concretas entrañan, de forma que puedan decidirse y seleccionarse las formas de control adecuadas que no dejen de ser sensibles también a problemas económicos, políticos y culturales que conllevan su implementación.

8.6. Las garantías legales y la *justiciabilidad*

Para los juristas en general —salvo algunas excepciones relevantes— hablar de garantías de los derechos es hablar de un conjunto de derechos subjetivos —en sentido técnico-kelseniano de este concepto—, es decir, en acciones procesales en manos de los ciudadanos para reclamar tales derechos o reclamar aspectos concretos de su implementación. Aquí hemos usado una noción más amplia de esta idea, ya que la idea básica de garantizar un derecho o determinados valores o bienes no tiene por qué reducirse a un mecanismo técnico-jurídico. En este trabajo no sigo a algún autor en particular entre quienes han sostenido este sentido más amplio de la idea de garantía.[28] Más bien, he tratado de presentar una nueva formulación, que coincide solo en parte con algunas de las ideas de otros autores.[29] Esta noción amplia parte de distinguir tres niveles en que puede operar la protección de derechos —valores, bienes, etc.—. A los dos primeros nos hemos

[28] Véase Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1997; Peña Freire, Antonio Manuel, *op. cit.;* Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

[29] No puedo ocuparme aquí de presentar algunas de las razones por las cuales creo que las otras versiones no son del todo coherentes, pero dado que a mi modo de ver estamos aún en una etapa de repensar esta noción, considero que son intentos muy valiosos aunque no acabados.

referido ya con la advertencia que hicimos en su momento de que esos dos niveles no están desconectados entre sí. Se trata de una distinción que apunta a tener enfoques diferentes de lo que puede o no servir para garantizar los derechos; se trata de una distinción que nos ayuda a ver —con distintos enfoques— cómo la protección de los derechos, su garantía, es un problema que se encuentra inserto en temas sociales, económicos y políticos de diversa índole. Nuestro enfoque pretende rechazar una visión formalista que no nos sirve para dimensionar adecuadamente el problema de la garantía de los derechos.

En este tercer nivel de garantías discutiremos dos temas importantes: la protección constitucional de los derechos y la *justiciabilidad* de los derechos sociales.

Los teóricos del derecho han prestado especial atención al tema del reconocimiento constitucional de los derechos sociales. Se ha discutido si es pertinente o no un reconocimiento constitucional de los derechos sociales, si son o pueden ser concebidos como derechos fundamentales, y qué funciones cumplen cuando obtienen este reconocimiento.[30] Para nuestros propósitos será conveniente tener presente que la discusión sobre la constitucionalización de los derechos sociales se presenta sobre todo en aquellos países donde no tienen tal reconocimiento, o donde su existencia es más reciente. En la mayoría de los países donde estos han sido reconocidos, lo que se discute es más bien el estatus que tienen en relación con los derechos civiles y políticos, sus funciones, si son verdaderos derechos fundamentales o no, y si su carácter de directrices *(policies)* los hace inadecuados o no para el estatus que les otorgamos a tales derechos. En este apartado no entraré en tales discusiones, asumo que la protección constitucional es conveniente y está plenamente justificada. Lo que

[30] Véase Carbonell, Miguel, Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *op. cit.*; Abramovich, Víctor; Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *op. cit.;* Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (comps.), *op. cit.;* Fabre, Cecile, *op. cit.;* Pincione, Guido, *op. cit.*, pp. 399-400. Arango, Rodolfo, *op. cit.;* Gargarella, Roberto, "Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?", en Besson, Samantha y Martí, José Luis (eds.), *Democracy and its Discontents*, Inglaterra y EEUU, Ashgate, 2006, entre muchos otros.

aquí me interesa es analizar el tipo de impacto que tiene este tipo de protección y su relación con la justiciabilidad de los derechos sociales. Para ello, introduciré la distinción entre dos formas de justiciabilidad:

a) la justiciabilidad relacionada con la protección directa de los preceptos constitucionales, y
b) la justiciabilidad relacionada con el funcionamiento y diseño de políticas sociales.

A la primera la llamaremos *justiciabilidad constitucional* y a la segunda *justiciabilidad de políticas públicas*.

8.6.1. La justiciabilidad constitucional

Este tipo de justiciabilidad se basa en la competencia del poder judicial, esto es, de los jueces de proteger derechos constitucionales cuando los individuos o grupos —a través de acciones individuales o colectivas— reclaman por la violación de sus derechos. Nos referimos aquí especialmente a los derechos sociales protegidos en las constituciones, tanto de manera explícita como implícita. Se trata de un tipo de garantía jurídico-formal que puede adoptar modelos como el *habeas corpus*, *el amparo* o *la tutela* y las acciones colectivas —*class action*—. De este tipo de intervención judicial puede resultar que se ordene una provisión específica de bienes o recursos económicos, la prestación de un servicio específico a favor del demandante o del grupo involucrado con la acción colectiva. También puede tener como resultado un pronunciamiento dirigido al poder legislativo y/o al ejecutivo de legislar en el sentido de llenar alguna laguna legislativa o de poner remedio a un problema que afecte los derechos sociales de determinadas personas.

Muchas de las críticas que se dirigen a los derechos sociales tienen que ver con este tipo de intervención de los jueces. Resumiendo mucho este tipo de objeciones, se sostiene que los jueces no están capacitados técnicamente y/o legitimados democráticamente para afectar la distribución de recursos o las políticas públicas. Se trata pues de objeciones que tienen que ver con la invasión de funciones por parte del poder judicial.

Algunos teóricos del derecho y ONG son un tanto optimistas, a mi parecer, respecto del rol que las cortes supremas y los tribunales juegan y puedan jugar en países en desarrollo en cuanto a la defensa de los derechos sociales. No quiero negar aquí algunos logros importantes que se han obtenido en países como Colombia, Argentina,[31] y en menor medida México.[32] Pero es importante hacer notar que el tipo de justiciabilidad que he denominado constitucional tiene en cierta forma un rol más de tipo simbólico en el tipo de garantía que ofrece. Permítaseme explicar esto con más detalle para no dar lugar a malentendidos. No quiero sostener que no sea importante, ni que en algunos casos no haya demostrado consecuencias importantes a favor de la garantía de los derechos. Desde luego que este tipo de garantías formales juegan un rol importante que contribuye a la protección de los derechos sociales. Sin embargo, cuando sostengo que hay cierto optimismo no justificado es cuando creo que se confía en que a través de la labor de las cortes supremas o de ciertos jueces o tribunales se puede lograr lo que no se ha conseguido a través de un arreglo social básico más justo y de un Estado social fuerte y eficiente que opere principalmente a través de políticas públicas enfocadas al desarrollo, la seguridad social, la educación, la salud, el combate a la pobreza, etcétera.

Precisamente, como la garantía de los derechos sociales depende de los tres niveles de los que hemos hablado, en ocasiones se corre el peligro de que con enfoques reduccionistas se termina confiando demasiado en el rol de ciertos órganos jurisdiccionales, como si la eficacia de la protección de derechos sociales se pudiera reducir o dependiera únicamente de la intervención del poder judicial. Cuando uno analiza los casos de éxito de este tipo de intervenciones, lo primero que se observa es su carácter limitado, es decir, por lo regular una decisión jurídica favorece

[31] Por mencionar un par de casos que conozco. Desde luego creo que hay otros casos más, no solo en América Latina, sino en otros continentes, pero prefiero no citar casos particulares, ya que no conozco detalles de otros casos.

[32] Un caso reciente e importante es el de la comunidad Mani Numa en el estado de Guerrero. Véase por ejemplo la tesis de maestría de Magdalena Cervantes, Las estrategias sociales en la exigibilidad de los derechos sociales: el caso *Mani Numa*, México, FLACSO, 2010.

a pocas personas afectadas por la violación de los derechos (salvo que se trate de medidas que conducen a la anulación —por inconstitucional— de ciertas leyes). Además, el que exista una decisión favorable para cierta persona o grupo no significa que el cumplimiento por parte de la autoridad administrativa —o alguna otra— resulte algo automático, ya que muchas veces comienza otro tipo de litigio por obligarlas al cumplimiento.[33]

Lo que sí hay que tener en cuenta es que este tipo de protección jurídica contribuye —o puede contribuir— de otra forma importante. Por ejemplo, el interés del poder judicial en la protección de los derechos constitucionales cumple una función educativa frente a quienes sistemáticamente les han negado a los derechos sociales el carácter de derechos y de ser fundamentales o humanos. De cierta forma, sirve para evaluar la actuación tanto del legislativo como del ejecutivo, al señalar la falta de coherencia de la legislación ordinaria con los derechos sociales constitucionales. Puede cumplir una función básica de denunciar la exclusión social y señalar los costos sociales que se producen por arreglos injustos o por la falta de políticas sociales. Esta función tiene un carácter negativo, en el sentido de rechazar reformas o el diseño de leyes que introducen criterios de exclusión inconstitucionales.

Hay que advertir que la justiciabilidad constitucional puede, sin embargo, jugar un rol ideológico nocivo. Cuando el aparato de justicia es ineficiente, corrupto o controlado por la propia administración, los mecanismos jurídicos quedan al arbitrio de los jueces y responden de manera aislada y en muy pocos casos. Los pocos "éxitos" suelen ser usados retóricamente para sostener la legitimidad de un régimen político que en realidad hace pocos esfuerzos para mejorar los niveles de bienestar de las mayorías y de darle una protección y garantía eficiente a los derechos sociales. Aun las ONG, activistas y académicos preocupados genuinamen-

[33] En el caso *Mani Numa,* por ejemplo, la comunidad indígena obtuvo una sentencia favorable para que se garantizara el derecho a la salud de sus miembros. La resolución ordenó a distintas autoridades se instalara una clínica en la comunidad y un hospital en otra población cercana. De esta resolución se logró solo la primera parte, es decir, una clínica, lo demás se convirtió en objeto de otros recursos para que la autoridad cumpla con la sentencia.

te por estos temas pueden ser presa de ese uso retórico, sobre todo cuando se ganan algunos casos que parecen importantes, pero en una situación de injusticias extremas donde tales logros no sirven casi de nada. Mi punto no está en regatear los éxitos que se obtienen y que cuestan con frecuencia mucho trabajo para los movimientos a favor de estos derechos. Lo que me interesa es que podamos ver esos éxitos en un contexto más amplio y los podamos redimensionar.

8.6.2. La justiciabilidad de políticas públicas

La justiciabilidad de políticas públicas está relacionada con el diseño de las políticas públicas y con las formas de exigir responsabilidad y transparencia. Los mecanismos jurídicos sirven entonces como una tuerca más en el diseño de dichas políticas, pero juegan el rol importante de poner a disposición de los ciudadanos —beneficiarios o no de programas sociales— mecanismos de control y de supervisión.

Este tipo de justiciabilidad es más fácil de concebir en cuanto a sus límites y su contenido, precisamente porque está —o debe estar— estrechamente relacionada con el funcionamiento y diseño de las políticas sociales. Por ejemplo, el reclamo sobre el monto de una pensión o de un crédito de vivienda de un trabajador, una queja sobre el tipo de atención médica para un paciente, la expulsión de un niño de una escuela pública, etc., son el tipo de casos de este tipo de justiciabilidad. Los jueces y tribunales se convierten en un poder asociado al mantenimiento de la legalidad o, en algunos casos, un poder para resolver casos de contradicciones y de lagunas jurídicas. La justiciabilidad en este sentido es solo parte de la forma en que debe funcionar un Estado de derecho. Los recursos jurídicos son en este sentido un *refuerzo* de las garantías que funcionan en el segundo nivel de nuestra distinción.

Como técnica de control inserta en un sistema de niveles de garantías tiene sus propias limitaciones y peligros. No es por ello adecuado sobredimensionar su importancia, y habrá que entender que su eficacia o utilidad ha de verse en dos dimensiones, una amplia y otra concreta o específica. En la primera, habremos

de evaluarla en relación con los otros niveles de garantía atendiendo a la función que cumple respecto a ellos. En este caso, la evaluación que hagamos de la utilidad o eficacia de los instrumentos que están involucrados en los otros niveles será un presupuesto para entender la función y utilidad que tiene la justiciabilidad dentro de ese esquema amplio. En el segundo caso, la dimensión específica consistirá en evaluar el diseño y funcionamiento mismo de este tipo de justiciabilidad —abstrayéndonos de ese contexto institucional y social más amplio— fijándonos solo en su potencial y eficacia en tanto técnica jurídica de acceso a la justicia.

Podríamos admitir además otras formas intermedias de justiciabilidad que apelen no a la intervención judicial necesariamente, sino a procedimientos de rendición de cuentas *(accountability)* de las agencias encargadas del diseño y ejecución de políticas sociales, o a la intervención de instituciones no jurisdiccionales como la del *Ombudsman*, que suelen ser más ágiles y eficientes que los procesos administrativos o judiciales normales.[34]

Desde una perspectiva histórica y relacionada con los modelos de Estado de bienestar a que hicimos referencia al inicio, la justiciabilidad ha tenido más espacio de desarrollo dentro del modelo socialdemócrata que en el colectivo o en el liberal. El tipo de políticas públicas que se usan en los sistemas socialdemócratas, así como ciertos arreglos institucionales básicos ayudan a que el ciudadano juegue un rol más activo y pueda inconformarse y reclamar con éxito algún beneficio social del que ha sido excluido o discriminado; así como también disponga del poder jurídico para combatir o exigir que en el diseño de políticas se usen criterios legitimados democráticamente y que en todo el proceso exista transparencia y acceso a la información. Esto último resulta crucial para evaluar las políticas públicas y esa información debe estar disponible no solo para el poder legislativo —como parte del sistema de división de poderes y de pesos y contrapesos—, sino también para los ciudadanos.

[34] En México, por ejemplo, la Comisión Nacional de Derechos Humanos se ha convertido, en los hechos, en una agencia pública independiente del gobierno, que ventila quejas que en gran número provienen de usuarios del de los servicios de seguridad social estatales.

En el modelo corporativo, el control y acceso a la justicia de los ciudadanos ha sido escaso e incluso nulo. La intervención judicial ha sido vista como extraña a ese modelo, pues ahí la participación ciudadana está mediada por organizaciones, gremios y sindicatos que recurren a la negociación y presión política para satisfacer sus derechos sociales. Esta negociación ha sido siempre sectorizada, de modo que los logros mejoran la situación de algunos grupos y otros en cambio quedan desprotegidos o gozan de niveles inferiores de prestaciones sociales.

En el modelo liberal, asociado por lo general con la negación de que existen genuinos derechos sociales, la justiciabilidad de estos derechos es vista también como algo que no compete al poder judicial. Se suele carecer ahí de legitimidad procesal para interponer recursos para proteger este tipo de derechos, aunque los abogados se las han ingeniado en algunos casos para presentar sus recursos bajo argumentos donde lo que se intenta proteger son derechos civiles y políticos, como el derecho a la no discriminación, el derecho de igualdad de trato, el derecho a la legalidad, al acceso a la justicia, a la información, etc. En este modelo liberal es muy importante que haya un sector de la administración de justicia y abogados que defiendan este tipo de acciones, de otro modo hay poco margen para ellas.

Muchos estudios sociológicos sostienen que la transformación del Estado de bienestar pasa por una creciente individualización tanto en los servicios y prestaciones como en el poder que se le deja a los individuos para participar democráticamente en el diseño de las políticas, como para hacer reclamos ante desviaciones o discriminación. Por ello, hay que estar prevenidos respecto al uso de estos mecanismos y saber dimensionar su utilidad.

8.7. Consideraciones finales

El énfasis que se ha dado en el debate jurídico contemporáneo al tema de lo que hemos denominado la justiciabilidad constitucional ha generado que se haya dejado de lado la relación que tienen los derechos sociales, tanto con las políticas públicas como con otras formas de garantizarlos que no dependen de la acción —al menos directa— del gobierno y del poder judicial. También

se han dejado de lado discusiones sobre la eficacia real de los mecanismos jurídicos y de otras posibles alternativas. Esta desconexión debería abandonarse para intentar aproximarnos a los problemas concretos que se presentan cuando buscamos una protección eficiente, "real" y no meramente simbólica —o peor aún ideológica— de los derechos. Debemos rechazar y oponernos a visiones reduccionistas y formalistas que con ingenuidad —o malicia— ven en los mecanismos jurídicos la única clave para la protección efectiva de los derechos sociales. Hemos sostenido que la justiciabilidad constitucional es tan solo un mecanismo más que puede ser de utilidad si se conecta de manera adecuada en un contexto de agencias, instituciones y políticas sociales más amplio. Por desgracia, suele ser también un obstáculo más cuando está mal diseñado o su funcionamiento se convierte en un subterfugio donde de cuando en cuando alguien triunfa, mientras la mayoría pierde y donde, bajo el mismo diseño institucional, no hay esperanzas de que haya verdaderos cambios que aproximen a mejores niveles de justicia social.

No se me escapa que en procesos de transición política democrática como los que muchos países en desarrollo atraviesan, los triunfos jurídicos, aunque sean simbólicos, son importantes, pues en esos procesos los triunfos simbólicos juegan un rol de denuncia de la injusticia y un rol pedagógico. Los teóricos del derecho y los constitucionalistas muchas veces no podemos vernos al margen de este tipo de procesos y podemos celebrar los éxitos aislados, pero tenemos la responsabilidad de no simplificar los problemas al grado de luego convertirnos y fomentar el mero uso ideológico de este tipo de soluciones. La garantía de los derechos sociales pasa por procesos de justicia social más amplios y complejos que nos deben hacer más críticos y buscar otro tipo de respuestas legales para incidir en cambios estructurales.

Bibliografía

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

——, Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.

Adler, Michael, *Welfare Rights, Rules and Discretion: All for One or One for All?*, Edimburgo, University of Edinburgh, 1996.

—— y Asquith, Stewart, *Discretion and Welfare*, Londres, Heinemann Educational Books, 1981.

Aguiló Regla, Josep, *Sobre derecho y argumentación*, Mallorca, Lleonard Muntaner Editor, 2008.

Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

——, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993.

Anaya, James S., *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2000.

——, *International Human Rights and Indigenous Peoples*, Austin-Boston-Nueva York-Países Bajos, Wolters Kluwer, 2009.

Annino, Antonio, "Pueblos, liberalismo y nación en México", en Annino, Antonio y Guerra, François-Xavier (coords.), *Inventando la Nación Iberoamérica*, México, Siglo XXI Editores-FCE, 2003.

Aparicio Tovar, Joaquín, *Introducción al derecho social de la Unión Europea*, Albacete, Ediciones Bomarzo, 2005.

Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Editorial Legis, 2005.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2004.

——, "A vueltas con la ponderación", en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, núm. 40, Granada, Universidad de Granada, 2010.

Atria, Fernando, "¿Existen derechos sociales?", en *Discusiones*, año III, núm. 4, 2005.

Azuela, Antonio, "El problema con las ideas que están detrás", en Kourí, Emilio (coord.), *En busca de Molina Enríquez. Cien años de los grandes problemas nacionales*, México, Colmex-The University of Chicago, 2009.

——, "La jurisprudencia y la formación del régimen agrario en el siglo veinte mexicano", en *Los pueblos indígenas y la Constitución de 1917: una revalorización del pasado hacia el presente*, México, Comisión Organizadora del Poder Judicial de la Federación para los Festejos del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-SCJN, 2015.

Baldwin, Robert, *Rules and Government*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

Beitz, Charles, *The Idea of Human Rights*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2009.

Blancarte, Roberto, "Género, mujeres y Estado laico", en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.*), Género, cultura y sociedad*, México, SCJN-Fontamara, 2012.

Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

Buchanan, Allen, "Equality and Human Rights", en *Politics, Philosophy and Economics*, vol. 4, núm. 1, 2005.

Cano, Luis Miguel, "Un futuro incierto para la práctica del control difuso de convencionalidad", en García Villegas Sánchez Cordero, Paula M. (coord.), *El control de convencionalidad y las cortes nacionales: la perspectiva de los jueces mexicanos*, México, Porrúa, 2013.

Carbonell, Miguel, "Constitución y derechos indígenas: introducción a la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001", en Carbonell, Miguel y Pérez Portilla, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, IIJ-UNAM, 2002.

——, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, 2004.

——; Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., México, IIJ-UNAM y Porrúa, 2001.

—— *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos Humanos*, t. V, vol. 1, México, UNAM, 2015.

Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 1979.

Castel, Robert, *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, trad. por Viviana Ackerman, Buenos Aires, Manantial, 2004.

Cejudo Córdoba, Rafael, "Deontología y consecuencialismo: un enfoque informacional", en *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 42, núm. 126, diciembre, 2010.

Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, España, Universidad de Sevilla, 1996.

Cossío Díaz, José Ramón *et al.*, *Derechos y cultura indígena. Los dilemas del debate jurídico*, México, Porrúa, 1998.

Cossío Díaz, José Ramón y Silva-Herzog, Jesús (coords.), *Lecturas de la Constitución. El constitucionalismo mexicano frente a la Constitución de 1917,* México, FCE, 2017.

Courtis, Christian, "La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los tribunales nacionales. El caso de los derechos de la mujer", en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Derechos de las mujeres en el derecho internacional,* México, SCJN-Fontamara, 2010.

Cranston, Maurice, "Human Rights, Real and Supposed", en Hayden, Patrick *The Philosophy of Human Rights*, USA, Paragon House, 2001.

Cruz Parcero, Juan Antonio, "El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva", en *Isonomía,* núm. 39, octubre, 2013.

——, "El debate sobre el abuso del concepto de derechos humanos", en Ortiz Millán, Gustavo y Cruz Parcero, Juan Antonio (comps.), *Leguaje, mente y moralidad. Ensayos en homenaje a Mark Platts*, México, UNAM-IIF, 2015.

——, "Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales. Réplica a Fernando Atria", en *Discusiones*, núm. 4, 2004.

——, "Los derechos colectivos en el México del siglo XIX", en *Isonomía*, núm. 36, abril, 2012.

——, "Los derechos colectivos indígenas en la Constitución de 1917 y sus implicaciones", en *Los pueblos indígenas y la Constitución de 1917: una revalorización del pasado hacia el presente*, México, Co-

misión Organizadora del Poder Judicial de la Federación para los Festejos del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-SCJN, 2015.

——, "Los derechos sociales como técnica de protección jurídica", en Carbonell, Miguel; Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, IIJ-UNAM y Porrúa, 2001.

——, *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 1999.

——, *El lenguaje de los derechos. Ensayos para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

——, "El abuso del concepto de derechos humanos", en Ortiz Millán, Gustavo y Cruz Parcero, Juan Antonio (comps.), *Lenguaje, mente y moralidad. Ensayos en homenaje a Mark Platts*, UNAM-IIF, México, 2015.

Dean, Hartley, *Welfare Law and Citizenship*, Londres, Prentice Hall Harvester Wheatsheaf, 1996.

Díez Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003.

Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986.

——, *Los derechos en serio*, España, Ariel, 1984.

Dwyer, Peter, *Welfare Rights and Responsibilities. Contesting Social Citizenship*, Gran Bretaña, The Policy Press, 2000.

Ertman, Martha M. y Williams, Joan C., "Preface. Freedom, Equality, and the Many Futures of Commodification", en Ertman Martha M. y Williams, Joan C. (eds.), *Rethinking Commodification*, Nueva York, New York University Press, 2005.

Escalante Gonzalbo, Fernando, "El lenguaje del artículo 27 constitucional", en Kourí, Emilio (coord.), *En busca de Molina Enríquez. Cien años de los grandes problemas nacionales,* México, Colmex-The University of Chicago, 2009.

——, *Ciudadanos imaginarios*, México, Colmex, 1992.

Espejo Yasic, Nicolás, *Manual sobre justiciabilidad de derechos sociales para jueces de Iberoamérica*, Santiago, Chile, Red Iberoamericana de Jueces, Oxfam-Chile-Universidad Diego Postales, 2009.

Esping-Andersen, Gøsta, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity Press, 1995.

Fabre, Cécile, *Social Rights under the Constitution. Government and the Decent Life*, Oxford, Clarendon Press, 2000.

Feinberg, Joel, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty. Essays in Social Philosophy*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1980.

Ferrajoli, Luigi, "El principio de igualdad y la diferencia de género", en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, Fontamara-SCJN.

——, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1997.

——, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. por Antonio de cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.

——, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001.

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, Porrúa-UNAM, 2012.

——, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, 2011.

——, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2004.

——, *La acción constitucional de amparo en México y España*, 4ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2007.

——; Caballero Ochoa, José Luis y Steiner, Christian (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, México, SCJN-UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, 2013, t. I.

Freeman, Michael, "Are there Collective Human Rights?", *Political Studies*, vol. XLIII, Political Studies Association, agosto, 1995.

García Muñoz, Soledad, "Género y derechos humanos de las mujeres: estándares conceptuales y normativos en clave de derecho internacional", en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Derechos de las mujeres en el derecho internacional,* México, SCJN-Fontamara, 2010.

Gargarella, Roberto, "Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?", en Besson, Samantha y

Martí, José Luis (eds.), *Democracy and its Discontents*, Inglaterra y EEUU, Ashgate, 2006.

Gauri, Varum, *Social Rights and Economics. Claims to Health Care and Education in Developing Countries*, Policy Research Working Paper 3006, The World Bank Public Services, marzo, 2003.

Gilabert, Pablo, "The Feasibility of Basic Socioeconomic Human Rights: A Conceptual Exploration", en *The Philosophical Quarterly,* vol. 59, núm. 237, octubre, 2009.

Gómez Izquierdo, José Jorge, *El camaleón ideológico. Nacionalismo, cultura y política en México durante los años del presidente Lázaro Cárdenas (1934-1940)*, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2008.

Gómez Rivera, María Magdalena, "En busca del sujeto perdido: los pueblos indígenas bajo el signo de la privatización", en Gómez, Magdalena; Chenaut, Victoria; Sierra, Teresa y Ortiz, Héctor (coords.), *Justicia y diversidad en América Latina: pueblos indígenas ante la globalización*, México-Ecuador, Ciesas-Flacso, 2011, consulta 20 dic 2015, disponible en *http://sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/lauv/Magdalena_GOMEZ_RIVERA_En_busca_del_sugeto_perdido.pdf*

——, "La Suprema Corte de Justicia y los pueblos indígenas: tendencias y desafíos frente al nuevo paradigma de derechos humanos", en *Los pueblos indígenas y la Constitución de 1917: una revalorización del pasado hacia el presente*, México, Comisión Organizadora del Poder Judicial de la Federación para los Festejos del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-SCJN, 2015.

González Galván, Jorge Alberto, *El Estado, los indígenas y el derecho*, México, IIJ-UNAM, 2010.

Griffin, James, *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Guastini, Riccardo, "Tres problemas para Luigi Ferrajoli", en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* ed. por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.

Hart, Herbert Lionel A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962.

——, *El concepto de derecho*, trad. por Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990.

——, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Valrendon, 1982.

Hohfeld, Wesley N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. por Genaro Carrió, México, Fontamara, 1991.

Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Londres-Nueva York, WW Norton & Company, 1999.

Ihering, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, Granada, Comares, 1998.

Isiksel, Turkuler, "The Rights of Man and The Rights of the Man-Made: Corporations and Human Rights", en *Human Rights Quarterly*, vol. 38, num. 2, mayo, 2016.

Islas López, Abigayl; Tron, Jean Claude; Ojeda Maldonado, Fernando; Fajardo Morales, Zamir y Cruz Parcero, Juan Antonio, *Personas jurídicas y derechos humanos*, México, SCJN-Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, 2014.

Jacobs, Lesley A., *Rights and Deprivation*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, trad. por Wenceslao Roces, México, Porrúa-UNAM, 1987.

——, *Teoría pura del derecho*, trad. por Roberto Vernengo, México, UNAM, 1986.

Kinley, David, *Civilising Globalisation: Human Rights and the Global Economy*, Cambridge-Nueva York, Cambridge University Press, 2009.

Klein, Naomi, *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism*, Nueva York, Metropolitan Books, trad. castellana: *La doctrina del* shok. *El auge del capitalismo del desastre*, Paidós Ibérica, 2007.

Knight, Alan, "El liberalismo mexicano desde la Reforma hasta la Revolución (una interpretación)", en *Historia Mexicana*, vol. XXXV, núm. 1, julio-septiembre, 1985.

Lamas, Marta, "Dimensiones de la diferencia", en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.*), Género, cultura y sociedad*, México, SCJN-Fontamara, 2012.

——, "El laicismo y los derechos sexuales reproductivos", en Vázquez, Rodolfo (coord.), *Laicidad. Una asignatura pendiente*, México, Ediciones Coyoacán, 2007.

Langan, Mary (ed.), *Welfare: Needs, Rights and Risks,* Londres, Routledge y The Open Society, 1998.

Laporta, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa*, núm. 4, Alicante, 1987.

Lifante, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, CEPC, 1999.

López Bárcenas, Francisco, *Autonomía y derechos indígenas en México*, México, Ediciones Coyoacán-UNAM, 2005.

Luna, Florencia, "Mujer en Latinoamérica: pobreza, vulnerabilidad y derechos reproductivos", en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Derechos de las mujeres en el derecho internacional,* México, SCJN-Fontamara, 2010.

MacCormick, Neil y Summers, Robert, "Interpretation and Justification", en MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Inglaterra, Ashgate, 1991.

Margalit, Avishai y Raz, Joseph, "National Self-Determination", *The Journal of Philosophy*, s.p.i., vol. LXXXVII, núm. 9, septiembre, 1990.

Marks, Susan, "Four Human Rights Myths", en Kinley David, Sadurski, Wojciech y Walton, Kevin (eds.), *Human Rights: Old Problems, New Possibilities*, UK-USA, Edward Elgar Publishing, 2013.

Medina Alcoz, Luis, *Libertad y autoridad en el derecho administrativo, Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión,* Madrid, Marcial Pons, 2016.

Medina Mora, Alejandra; Salazar Ugarte, Pedro y Vázquez, Daniel, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, 2015.

Miliband, Ralph y Liebman, Marcel, "Beyond Social Democracy", en Miliband, R.; Saville, J.; Liebman, M. y Panitch, L., *Socialist Register 1985/86*, Londres, The Merlin Press, 1986.

Miller, David, "What's Left of the Welfare State?", en *Social Philosophy & Policy,* vol. 20, núm. 1, invierno 2003.

Molina Enríquez, Andrés, *Los grandes problemas nacionales*, México, Imprenta Carranza e Hijos-Era, 1909.

Moyn, Samuel, "A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism", en *Law and Contemporary Problems*, vol. 77, núm. 4, 2014, disponible en *http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol77/iss4/*

——, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 2010.

Nash Rojas, Claudio, "La protección internacional de los derechos humanos: reglas comunes", en Nash Rojas, Claudio y Mujica Torres, Ignacio (eds.), *Derechos humanos y juicio justo*, Lima, Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos y Colam-Organización Interamericana Universitaria, sin fecha; disponible en *http://www.corteidh.or.cr/tablas/27187.pdf*

Nickel, James W., *Making Sense of Human Rights*, 2ª ed., Cambridge-Londres, Blackwell Publishing, 2007.

Nino, Carlos Santiago, "On Social Rights", en Aarnio, Aulis *et al.* (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlín, 1993.

——, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1989.

——, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989.

Orozco, Wistano Luis, *Los ejidos de los pueblos (1914),* México, Ediciones "El Caballito", 1975.

Ovalle Favela, José, *Derechos del consumidor*, México, UNAM-Cámara de Diputados, 2000.

Peña Freire, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997.

Piety, Tamara R., "Citizens United and the Threat to the Regulatory State", en *Michigan Law Review. First Impressions*, vol. 109, núm. 16, 2014.

——, "Why personhood Matters", en *Constitutional Commentary*, disponible en *http://digitalcommons.law.utulsa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1478&context=fac_pub*

Piketty, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, México, FCE, 2014.

Pincione, Guido, "Market Rights and the Rule of Law: A case for Procedural Constitutionalism", en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 26, núm. 2, 2003.

Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

——, "«Res corporales», «res incorporales» e il problema del deritto sogettivo", en *Studi in Onore di Vincenza Arangio-Ruiz*, vol. III, Nápoles, 1954.

Pugliese, Giovanni, "'Res corporales', 'res incorporales' e il problema del diritto soggetivo", en *Studi in Onore di Vicenzo Arangio-Ruiz,* vol. III, Napoli, 1954.

Rawls, John, *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós, 2001.

——, *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 1979.
——, *The Law of Peoples*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1999.

Raz, Joseph, "Legal Rights", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 4, núm. 1, 1984.
——, "Rights and Individual Well-Being", en *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
——, "The Nature of Rights", en *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
——, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon, 1988.

Ríos, Viridiana, "Rarezas constitucionales", en *Nexos*, febrero, 2014, consulta 4 may 2015, disponible en *http://www.nexos.com.mx/?p=18391*

Rodríguez Huerta, Gabriela, "La no discriminación de las mujeres: objeto y fin de la CEDAW", en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Derechos de las mujeres en el derecho internacional,* México, SCJN-Fontamara, 2010.

Rosanvallon, Pierre, *La cuestión social. Repensar el Estado providencia*, trad. por Horacio Pons, Buenos Aires, Manantial, 1995.

Rosenkrantz, Carlos F., "La pobreza, la ley y la Constitución", en *SELA Papers*, Paper 15, 2002, disponible en *http:/digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/15*

Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 3ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2005.
——, *Tu-tu*, Buenos Aires, Depalma, 1961.

Sastre Ariza, Santiago, "Para ver con mejor luz. Una aproximación al trabajo de la dogmática jurídica", en Courtis, Christian (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006.

Schmill Ordóñez, Ulises y Silva Nava, Carlos, "El interés legítimo como elemento de la acción de amparo", en *Isonomía*, núm. 38, abril, 2013.

Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Flacso, 2013.

Sierra, María Teresa, "La renovación de la justicia indígena en tiempos de derechos: etnicidad, género y diversidad", en *Digital repository* [en línea], University of Texas Libraries, 2007, consulta 4 may 2015, disponible en *repositories.lib.utexas.edu*

Stavenhagen, Rodolfo, "El sistema internacional de los derechos indígenas", en Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando (coord.), *Análisis interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, México, UNAM, 2001.

Talbott, William J., *Which Rights Should Be Universal?*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2005.

Tasioulas, John, "The Moral Reality of Human Rights", en Pogge, Thomas (comp.), *Freedom from Poverty as a Human Right. Who Owes What to the Very Poor?,* Oxford-Nueva York, UNESCO-Oxford University Press, 2007. [Edición en español: "La realidad moral de los derechos humanos", trad. por J. A. Metcalfe, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, 2008.]

Tepichín Valle, Ana María, "Ciudadanía de las mujeres y política pública en México: una reflexión desde los estudios de género", en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.), en *Género, cultura y sociedad*, México, SCJN-Fontamara, 2012.

Tilly, Charles, *La desigualdad persistente,* trad. por Horacio Pons, Buenos Aires, Manantial, 2000.

Tron, Jean Claude, "¿Qué hay del interés legítimo?", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Primera parte, núm. 33, Segunda parte, núm. 34, 2012.

Tuck, Richard, *Natural Rights Theories*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2008.

Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa-UNAM, 2012.

Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-ITAM, 2015.

Villey, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, París, Les Éditions Montchrétien, 1975.

——, "La genèse du droit subjectif chez Guillaume de Occam", en *Archives de Philosophie du Droit,* IX, 1964.

Warman, Arturo, *Los indios mexicanos en el umbral del milenio*, México, FCE, 2003.

Wellman, Carl, *A Theory of Rights. Persons Under Laws, Institutions, and Morals*, Nueva Jersey, Rowman & Allanheld, 1985.

Wholey, Joseph, "Improving Performance and Accountability: Responding to Emerging Managment Challenges", en Donaldson, S. I. y Scriven, M. (eds.), *Evaluating Social Programs and Problems*, Nueva Jersey-Londres, Lawrence Erlbaum Associates Publisher, 2003.

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos
de Juan Antonio Cruz Parcero
se terminó de imprimir en junio de 2017,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez
su tiraje consta de
1 000 ejemplares.



Instituto de Estudios
Constitucionales
del Estado de Querétaro

OTRAS PUBLICACIONES

Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano
Modelos para (des)armar
Ariel Dulitzky

Ius Constitutionale Commune en América Latina
Textos básicos para su comprensión
Armin von Bogdandy
Mariela Morales Antoniazzi
Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.)
(En coedición con el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional)

Constitución y derechos fundamentales
Paolo Comanducci

Realizando los derechos.
Su filosofía y práctica en América Latina
Rodolfo Arango Rivadeneira

Constitucionalismo progresista: Retos y perspectivas
Un homenaje a Mark Tushnet
Roberto Gargarella
Roberto Niembro (coords.)
(En coedición con el IIJ-UNAM)

Principio mayoritario, jurisdicción constitucional e integridad electoral
Tres ensayos
Dieter Nohlen
(En coedición con el IIJ-UNAM)

La Constitución bajo tensión
Néstor Pedro Sagüés

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Este libro reflexiona en torno a las implicaciones de la actual configuración constitucional de los derechos y sus garantías, derivadas de la reforma de 2011, partiendo de una concepción amplia de los derechos humanos que incluye a los económicos, sociales y culturales y a toda una serie de derechos que se han venido reconociendo desde las últimas décadas del siglo xx hasta nuestros días, como los derechos de la mujer y los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Los trabajos aquí reunidos se ocupan principalmente de un cierto tipo de implicaciones, las de tipo teórico-conceptual, de orden metodológico o interpretativo y las de tipo histórico, ya que estas son determinantes para la eficacia de esta reforma, que nos obliga a repensar y reconceptualizar nuestra idea de los derechos constitucionales y su protección.

El autor sostiene que las implicaciones de la reforma en materia de derechos humanos tienen que ir más lejos, lo que implica hacer una revisión doctrinal profunda. Entre estas, se encuentran las de orden conceptual, que nos obligan a analizar los conceptos de "derechos humanos", "derechos constitucionales", "interés legítimo", entre otros, y atender a los cambios producidos al haberse abandonado otros conceptos. La tesis que se defiende sostiene que la centralidad que tiene el concepto de "derechos humanos" nos debe llevar a un cambio en nuestra doctrina constitucional; los constitucionalistas tienen ahora la obligación de adecuar sus teorías dogmáticas a este cambio conceptual. El análisis aquí presentado no solo es el de un constitucionalista, sino el de un filósofo o teórico del derecho que trata de advertir sobre algunos de los retos que ahora tienen enfrente los constitucionalistas. Se intenta orientar cómo entender estos desafíos y ensayar, a partir de la experiencia del autor, en cuestiones de derechos humanos que permitan visualizar algunos temas, problemas y sus soluciones.

ISBN 978-607-7822-35-6
9 786077 822356

QUERÉTARO
ESTÁ EN NOSOTROS

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO