



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

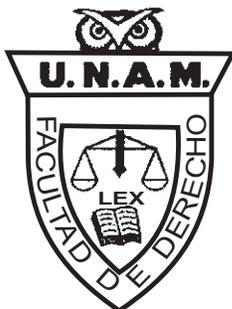
“ELEMENTOS PARA LA EFECTIVA REALIZACIÓN (JURÍDICA) DE LOS DERECHOS HUMANOS”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

PIERO MATTEI-GENTILI PADELLETTI



ASESOR: MTRO. ALFONSO E. OCHOA HOFMANN

CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO D.F. 2012



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

OFICIO NO. SFD/015/II/2012

ASUNTO: Aprobación de tesis

**DR. ISIDRO AVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM
P R E S E N T E**

Distinguido Señor Director:

Me permito informar que la tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, elaborada en este seminario por el pasante en Derecho, **PIERO MATTEI GENTILI PADELLETTI**, con número de cuenta **304561537**, bajo la dirección del **MTRO. ALFONSON ESTUARDO OCHOA HOFMANN**, denominada “**Elementos para la efectiva realización (jurídica de los derechos humanos)**”, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE
“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Ciudad Universitaria, CDMX, a 8 de marzo de 2012

DRA. SOCORRO APREZA SALGADO
DIRECTORA

SAS*

CIDUDAD UNIVERSITARIA

AGRADECIMIENTOS.

Con un ahínco que las palabras no alcanzan a abarcar, he de agradecer a mi mamá, para quien todos mis esfuerzos y la obra de mi vida son, y serán, dedicados. Su amor, paciencia y fe en mi han sido el aliento que me impulsa a seguir, y seguiré. También la he de felicitar, pues conmigo ella se titula, ya que nadie se ha esforzado tanto por mi educación, nadie se esforzó tanto por estimular mi curiosidad, y nadie sufrió tanto conmigo los momentos difíciles, sino es que ella los sufrió más. Mamá eres lo máximo.

Tengo que agradecer también mucho a mi papá; que aunque ya no está conmigo, el recuerdo de su mirada llena de orgullo y esperanza cada que me veía ha sido un impulso para superarme día a día.

A mi familia en general. A mis tías, incluyendo por supuesto a Cecilia y Fausta; todavía se les extraña, pero su recuerdo y amor permanecen en nuestros corazones. A mis tíos que siempre han sido un ejemplo de lo que es ser un hombre recto. A mis primos y primas que siempre han sido amigos y guías. Y mis sobrinas y sobrino que me inspiran a procurar un mejor futuro para ellos y para todos.

A mis amigos. Los que estaban antes de comenzar la licenciatura, a los que estuvieron, y a los que se presentaron durante ella. Gracias por los buenos momentos, por las rizas y por la compañía; sin ustedes la vida sería muy aburrida.

A mis profesores de la carrera. Especialmente a aquellos que han dejado una huella indeleble durante estos años tan significativos; sus buenas actitudes para con mi persona, su consejo, paciencia y amistad han sido fundamentales en este camino. Gracias a: Alfonso Ochoa Hofmann (como mi asesor de tesis y constante *sensei* de la filosofía jurídica), a Pedro Salazar Ugarte (por introducirme en el maravilloso mundo de la academia, un mundo del que desde entonces no he querido salir), a Germán Sandoval (por los consejos, enseñanzas, pláticas y amistad), a Socorro Apreza (por su constante apoyo, sus siempre amenas pláticas y su inmensa sonrisa), a Lorenzo Córdova Vianello (por las anécdotas, la amistad y una buena conversación cuando más lo necesité durante mi estancia en Turín), a Baldomero Mendoza (por el apoyo, la amistad y los consejos aun cuando formalmente nunca fui su alumno), a Rafael Rocher (porque, en serio, me demostró lo que es paciencia y una buena actitud), a Francisco Javier Dorantes (por su ánimo como profesor y su atención constante), a Edwin Cuitláhuac Ramírez (por su ánimo, consejo y enseñanzas en Teoría Política), a Abraham Pérez Daza (por escuchar mis ideas e incentivar mi curiosidad en varios temas), a Karina Gómez Fröde (por su maravillosa forma de ser y gran disposición para con sus alumnos), a Claudia Flores Ávila (por su consideración para con mi persona cuando fue necesario), al Ministro Genaro Góngora Pimentel (por ser un ejemplo de que el éxito y el poder más altos no son excusa para perder la humildad y el aprecio por las pequeñas cosas que valen de la vida; su rostro y emoción al impartir su clase fueron siempre un aliciente a mantenerme por el “buen camino”) y, aunque no está en México, a la profesora Roberta Aluffi de la Universidad de Turín (sus maravillosas clases de Derecho musulmán me abrieron la puerta a otro mundo, y su amabilidad es un grato recuerdo de una ciudad muy fría).

A Dios, en un mundo que parece no distinguir entre el bien y el mal, creer en él y saber que hay algo que trasciende lo material, me ha permitido mantenerme en pie y rechazar la vida del hedonismo. Gracias Dios por hacerme saber; en mí espíritu cuando la razón no me basta, que hay lo correcto y lo incorrecto, así como por darme el libre albedrío de determinarme, espero no decepcionarte y nunca usar tu nombre para difundir el odio y la intolerancia como tantos lamentablemente lo hacen.

ÍNDICE.

PRÓLOGO	9
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO 1.	
TEORÍA DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS	18
1.1 Escrutinio histórico sobre la fundamentación de los derechos humanos y su relación con la teoría del Derecho.....	22
1.1.2 Fundamentación de los derechos humanos.....	24
1.1.3 El debate teórico. Derecho y moral, sus implicaciones respecto de los derechos humanos.....	35
1.2 Condiciones para que la teoría del Derecho de cuenta de los derechos humanos.....	46
1.2.1 El fundamento del Derecho.....	53
1.2.2 Del orden social al orden jurídico.....	57
1.2.3 El sistema.....	64
CAPÍTULO 2.	
LOS DERECHOS (SUBJETIVOS) Y LOS DERECHOS HUMANOS	67
2.1 Del origen político a la consolidación jurídica.....	68
2.2 ¿Qué exigen los derechos?.....	74
2.2.1 La sociedad y los derechos.....	76
2.3 Los derechos y el Derecho.....	78
2.4 Entre derechos.....	81
CAPÍTULO 3.	
ESTADO, CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS	85
3.1 El Estado de Derecho que exigen los derechos humanos.....	86
3.2 La constitución necesaria para el Estado de Derecho.....	89

3.2.1 La constitución como eje del Estado.....	94
3.2.2 La constitución como elemento legitimador del Estado.....	99
3.3 Las cláusulas constitucionales.....	100
3.4 La reforma constitucional.....	101
3.5 Jurisdicción y derechos humanos.....	102
3.5.1La defensa de los derechos humanos.....	103
3.5.2Hermenéutica y argumentación.....	104
CONCLUSIONES.....	107
BIBLIOGRAFÍA.....	115

“El Derecho es el conjunto de condiciones que permiten a la libertad de cada uno acomodarse a la libertad de todos.”

Immanuel Kant.

PRÓLOGO.

Hace ya más de cinco años recuerdo haber visto la lista en que apareció mi nombre como admitido a la histórica y emblemática Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Por muchas razones no parecía real, tuve que ver la página infinidad de veces hasta que me convencí de los hechos. Desde ese día comencé a reflexionar sobre lo que significaba ingresar a semejante institución, donde se habían forjado los más grandes pensadores y académicos de México, la universidad hispanoamericana más reconocida en el mundo. Entendí que ser parte de ella no significaba nada más buscar un título, sino pasar a formar parte de aquellos grandes pensadores que han enaltecido el nombre de nuestro país demostrando que en él hay muchas cosas valiosas y entre ellas el desarrollo del pensamiento.

Así, en Ciudad Universitaria encontré el secreto de la magia de nuestra *alma mater*. Todos los que hemos pasado por ella sabemos que su secreto es difícil de explicar. Encontrarse en un lugar donde todas las clases sociales se unen para continuar con el desarrollo de la cultura y la ciencia de un país; tener la oportunidad de apreciar a diario los maravillosos murales; la dinámica de la vida ten particular; la oportunidad de tener grandes centros culturales y académicos, aunado a la posibilidad de asistir a clases con varios de los mejores profesores en sus especialidades. Todo ello es una de las experiencias más enriquecedoras que cualquiera podría vivir, y sin embargo pocos somos los afortunados.

Hoy, después de una etapa irrepetible e inolvidable de mi vida en semejante institución, he encontrado en la realización de esta tesis una gran oportunidad en varios sentidos. He podido poner a prueba mis capacidades y mis conocimientos para armar un texto propio, he podido dar un pequeño paso para emular el camino realizado por los grandes pensadores de nuestra

Universidad; algunos de los cuales orgullosamente han sido mis profesores, y por último, tengo la oportunidad de aportar aunque sea un poco a ese gran acervo de conocimiento e ideas por el cual nuestra Universidad se ha destacado como una de las mejores en el mundo.

De este modo presento esta tesis, producto de la adquisición de conocimientos que he obtenido en nuestra Facultad y del desarrollo de pensamiento que madurado en base a éstos, comprometiéndome a que dicha labor continúe por el resto de mi vida siempre con el objeto de contribuir no sólo a la sapiencia, sino al desarrollo y bienestar del mundo.

INTRODUCCIÓN.

La creación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 fue un paso decisivo para la adopción de los derechos humanos en los diversos sistemas jurídicos. Todo Estado perteneciente a la reciente Organización de las Naciones Unidas debía aceptarlo y protegerlos sin excusa. Desde entonces, el Derecho, sin importar su postura ideológica, se ha visto en la imperiosa necesidad de revisar sus fundamentos y su operatividad para dar debida cuenta de estos derechos que, como lo han mencionado varios autores, es posiblemente el más potente discurso de nuestros tiempos¹, al grado tal que han transformado los bien enraizados métodos de hacer filosofía jurídica y como afirma Francisco Carpintero: “[...] desde ahí ha saltado a nuestros estudios filosóficos-jurídicos, ahora quieren hacer una filosofía jurídica realmente *encarnada* en la vida social que vivimos”².

Si bien es cierto que de derechos del hombre y posteriormente de derechos humanos se ha hablado en todas las épocas de las que la humanidad de las que se tiene registro histórico, y que gran parte de éstos – particularmente los liberales– en la Modernidad ya habían venido siendo exigidos en fondo y forma dentro de los modernos sistemas legales, incluso como referentes ejemplares, desde las revoluciones estadounidense y francesa. No es, sino hasta la firma de la Declaración y los subsecuentes tratados en la materia que el Derecho (entendido como el sistema jurídico sostenido por un gobierno dentro de un Estado) y la *ciencia jurídica* se han visto forzados a reconsiderarse y reestructurarse para hacer, de fondo, realidad el cumplimiento de estos derechos. De hecho, poniendo en cuestión lo que al parecer en el ápice de la Modernidad parecía incuestionable, el positivismo jurídico.

¹ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 1-3.

² Carpintero, Francisco en Saldaña, Javier (Coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos*, México, UNAM, 1997, p. 70.

Ante las atrocidades generadas por la Segunda Guerra Mundial se revive una suerte de “renacimiento” del *iusnaturalismo* en la búsqueda de nuevas vías teóricas para superar el escepticismo ético³. Ya algunos renombrados juristas habían destacado que la corriente positivista (rígida) que reinaba en el Derecho no podía dar cuenta de las exigencias de justicia que el nuevo discurso demandaba (o volvía a demandar). Al respecto Hans Welzel señala que las experiencias de la guerra “[...] pusieron de cabeza la anterior valoración del derecho positivo. Allí donde el delito es el contenido de las leyes, la ley deja de dar positividad al derecho, pues no ofrece ninguna garantía de ser su indicadora”⁴, y como lo señalaba Gustav Radbruch, la fórmula de “la ley por la ley” que compendia al positivismo había dejado a la jurisprudencia y a la judicatura inermes contra toda crueldad y arbitrariedad que hubiese sido plasmada por los gobernantes en forma de ley⁵. El mismo autor es uno de los primeros en apelar a la superación del positivismo rígido para que el Derecho volviese a satisfacer las exigencias de justicia que históricamente los pueblos habían exigido de sus gobiernos y por ende del sistema jurídico en el que descansase tanto su autoridad como su legitimidad, y exhorta a los juristas a recordar que “[...] existe un derecho superior a la ley, natural, racional o divino, frente al cual el entuerto sigue siendo entuerto, aún cuando aparezca revestido de formas legales”⁶.

No obstante esas respuestas contra el positivismo jurídico no han concretado la labor de hacer que el Derecho pueda dar cuenta de los derechos humanos. La apelación a valores absolutos en estos momentos de la historia de la humanidad parece ser insostenible y la experiencia ha demostrado que ahí donde se han sostenido valores absolutos, éstos no han servido más que como instrumento conceptual para la denominación y como consecuentes excusas para la opresión del sector más vulnerable de la humanidad.

³ Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2010, p. 18.

⁴ Cfr. García Máynez, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, 8a. ed., México, Fontamara, 2011, p. 110.

⁵ Radbruch, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, FCE, 2010, p. 178.

⁶ Cfr. García Máynez, Eduardo, *Ibíd.*

Ante las cuestiones expuestas lo que me propongo hacer es utilizar mi imaginación y conjuntarla con los conocimientos e investigaciones, que he obtenido y realizado respectivamente, en mi estancia en la Facultad de Derecho; y más especialmente en cuanto a filosofía jurídica, para sentar las bases de lo que podría ser una obra monumental en un futuro. Mi objetivo es aportar una reflexión de filosofía jurídica para establecer las plataformas de lo que podría ser en términos generales “ver al Derecho con los ojos requeridos por los derechos humanos”.

En esta tesitura sigo como inspiración una frase de un filósofo del Derecho hindú que se ha enfocado en la materia de derechos humanos. Así, Upendra Baxi señala que “[...] el futuro de los derechos humanos podría bien residir no en su creación sino en su potencialidad de crear los muchos mundos realmente existentes de los derechos humanos”⁷.

Abordando la explicación de los contenidos que toda introducción requiere, lo primero que he de especificar es que la el título de la tesis no es equívoco al señalar que se refiere a “elementos”. Esto es así porque al plantearme sobre las cuestiones que podrían ser reconsideradas o revisadas del Derecho para poder hacer más efectiva la realización de los derechos humanos observé una serie de planos que podrían interesarme y que consideraba fundamentales para el objetivo planteado.

Como a menudo sucede en la vida de alguien que está formando su experiencia en el mundo adulto, pequé de inocencia y entregué el protocolo con el respectivo capitulado para el registro de tesis sin haberme percatado en el momento que cada capítulo podía por sí mismo haber sido un tema de tesis independiente, y que en ese sentido el proyecto de tesis que realicé era más que demasiado ambicioso, demasiado tedioso, pues cada capítulo ha significado adentrarse en una lógica distinta de investigación y de pensamiento, de los cuales; con el objeto de hacer un trabajo digno de ser presentado, no podía limitarme a expresar los conocimiento básicos que había adquirido durante el curso de la carrera de licenciatura. No obstante dentro de mis

⁷ Baxi, Upendra, *The future of human rights*, 2a. ed., Nueva Delhi, Oxford University Press, 2006, pp. 1-3. [Traducción propia.]

errores hubo un ligero acierto que aligero la tarea. Abordar la cuestión de una teoría del Derecho adecuada para dar cuenta de las exigencias de los derechos humanos me permitió hacerme de un panorama más o menos claro de lo que exigiría mi concepción del Derecho necesario respecto de los tres capítulos posteriores. De este modo centré mi atención en el primer capítulo observando que sentaba las bases de los posteriores tres capítulos, y a su vez, permitiéndome acercarme a esos capítulos desde una perspectiva un poco ajena a sus materias propiamente hablando, es decir, me acerque desde la perspectiva de la teoría del Derecho y me fije en la consideración de la eficacia de alguien que trabajó la disciplina de la filosofía jurídica ágilmente, así Rudolf Stammler entendía por vigencia del Derecho la posibilidad de su *realización efectiva*, esto es, que cuente realmente con los medios precisos para que en general sea cumplido⁸. Y justamente ello es lo que he buscado con el desarrollo de las siguientes páginas, plantar un Derecho que a la par que incorpora a los derechos humanos a su ordenamiento busca sostener su vigencia en el cumplimiento efectivo de sus presupuestos fundamentales.

Considero también aclarar que para evitar confusiones entre lo que es el concepto del Derecho (con todas sus implicaciones) y lo que es un derecho (entendido como potestad), he decidido utilizar el primero con mayúscula sin que ello signifique mayores implicaciones sobre mi postura o ideología respecto del Derecho.

Pasando a sintetizar la obra esquemáticamente, el primer capítulo es la columna vertebral de esta tesis –no en vano su extensión– puesto que en gran medida establece los contenidos en los que ahondare en los siguientes capítulos; ello es así puesto que el primer capítulo es relativo a los elementos que considero debería contener una teoría del Derecho para dar cuenta de los derechos humanos, o al menos, los elementos que le permitan no ser contradictoria al discurso de los derechos humanos.

Es importante prevenir al lector que la forma en la que trato el tema de la teoría del Derecho es dual. Por un lado manejo la perspectiva realista de línea

⁸ Cfr. Recaséns Siches, Luis, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, México, Coyoacán, 2007, p. 70.

descriptiva en cuanto a lo que el Derecho es, y por otro doy varios giros presentando lo que podría ser una teoría del Derecho si tan solo se observaran los hechos de un modo distinto, o desde una postura distinta; en este caso el Derecho en razón del discurso de los derechos humanos. He de enfatizar, hago uso de la dinámica o metodología mencionada pues considero que para los fines que me planteo, al hablar de teoría del Derecho, no importa tanto una descripción de lo que el Derecho o sistema jurídico es, si no de lo que podría ser desde una conceptualización que fija como referencia a los derechos humanos. El método por lo tanto es de naturaleza crítico-descriptiva, ya que la tesis busca alejarse de las concepciones absolutas; tanto de vertientes iusnaturalistas que utilizan criterios como “bueno” o “malo” en base a la “naturaleza humana” o la “ley natural”, así como de vertientes iuspositivistas que sostienen los términos “correcto” o “incorrecto” en base a “el cientificismo racional”, y en cambio la tesis busca acercarse más a una utilidad dialéctica de naturaleza constructiva que sostengo es inherente al discurso de los derechos humanos.

Los capítulos posteriores permiten enraizar cuestiones de la postura más o menos delimitada que sostengo de la teoría del Derecho a cuestiones más concretas que también se manejan en la dogmática jurídica con objeto de alcanzar una óptima del Derecho en sus distintas dimensiones. Así me encuentro con sorpresa que respecto del tema del segundo capítulo hay bastante literatura, pero lamentablemente poca que tratase el tema como a mí me hubiese acomodado respecto del fin buscado ya que la mayoría de los autores al tratar el tema de los derechos se limitan a abordarlo respecto de sus implicaciones como derechos fundamentales en una constitución, y no con lo que significaría estudiarlos independientemente para determinar su naturaleza y posteriormente analizarlos respecto de lo que significa que los derechos entren al sistema jurídico, ya sea por una constitución o por otra vía, de modo tal que emprendí una labor de dilucidación de algunos aspectos filosóficos que considero deberían ser tenidos en cuenta para que los derechos humanos como derechos positivizados se desenvuelvan con el rol que de ellos se espera por su naturaleza.

El tercer capítulo particularmente para mí resulto ameno desarrollarlo, y es que las exigencias del discurso contemporáneos de Derecho han generado que los estudios constitucionales, junto con la filosofía y teoría del Estado, vuelvan a ser amenos. Estos diversos estudios que proliferan hoy en Hispanoamérica me parece recién comienzan a formar una postura bien definida del Estado y la constitución, sin embargo, en el proceso en que definen sus posturas realizan reflexiones de lo más interesantes, rompiendo algunos dogmas y buscando construir otros. Estos estudios han dejado de lado a lo que hoy los ya clásicos textos que dan una sensación demasiado formalista y escueta en sustancia respecto de estos temas; atrás han quedado los textos de las infinitas reimpresiones, Jellinek, Burgoa, Pérez Porrúa, entre otros ya sólo son referencia de lo que es un pensamiento en superación. Inevitablemente estos acontecimientos invitan a la reflexión propia para realizar aportaciones sobre el Estado de Derecho que el respeto sustancial de los derechos humanos requiere; y ante tal situación me sentí inevitablemente tentado a participar con mis aportaciones.

El colofón del tercer capítulo trata, aunque sea ligeramente, algunos temas que considero requieren reflexión ante el nuevo paradigma, aquello que significa defender los derechos humanos en las condiciones actuales del Derecho y las reflexiones de la renaciente disciplina de la argumentación jurídica, que considero son temas que todo estudio serio sobre el Derecho y los derechos humanos deben abordar en cierta medida.

De este modo presento el resultado de mis reflexiones e investigaciones que culminan el requisito que corona cinco años de estudio del Derecho para ser un abogado en toda la extensión de la palabra, pues lamento que el requisito de realizar una tesis comience a ser dejado detrás en nuestro país, cada día salen al mundo profesional más técnicos del Derecho y menos juristas. No obstante la sociedad exige mejores abogados. Pero ¿cómo podemos esperar mejores abogados si ya ni siquiera se les exige que puedan defender coherentemente sus ideas respecto de un tema que ha estudiado? La palabra abogado proviene del latín *advocatus* que significaría “llamado a defender(me)”, y donde el Derecho ha significado la exclusión de la fuerza como medio de defensa ante la injusticia, el recurso del abogado para la

defensa son las palabras y las razones. Así con esta tesis abogo por obtener el título que me dará el honor de ser un verdadero abogado.

CAPÍTULO 1.

TEORÍA DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS.

A primera vista podría parecer irrelevante el estudiar la relación existente o posible entre la Teoría del Derecho y los derechos humanos puesto que la primera vive en el mundo teórico y los segundos en el mundo primordialmente pragmático; esto es, inicialmente en discurso pero posterior y necesariamente en la realidad, y el hecho de que éstos se encuentren positivados es todo lo que hay que rescatar para que la teoría los incorpore a su explicación respecto de los derechos subjetivos. No obstante, considero esto un error común que he encontrado en varios de los teóricos más destacados del Derecho en los últimos tiempos.

La razón que observo para afirmar lo anterior es, que el estudio y desarrollo de la Teoría del Derecho; más allá de ser un ejercicio común en el que se entretienen los académicos para poder dar debida cuanta de lo que es el Derecho y cómo funciona, también es –al menos en sus posturas más reconocidas– el parámetro que regirá el ejercicio profesional de los practicantes comunes o no-académicos, esto significa que es la medida gnoseológica de abogados, jueces o burócratas con cedula profesional para la práctica del Derecho.⁹ En resumidas cuentas, sostengo que la teoría del Derecho que predominantemente se enseñe en una sociedad, será en gran medida el concepto del Derecho de los operadores jurídicos de esa sociedad, y lo que se diga de ella es sumamente relevante.

Si bien es cierto que la más famosa teoría jurídica que ha dominado la corriente continental durante los últimos tiempos –la teoría de Hans Kelsen y sus seguidores– se encuentran explicaciones sobre la razón de ser y el funcionamiento de los derechos subjetivos, ésta a mi parecer no acaba de dar debida cuenta de las exigencias que los derechos humanos reclaman, por el contrario, pareciera que dicha línea de pensamiento reafirmara la tesis

⁹ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2008, p. 36.

hobbesiana del Leviatán en la cual una vez que los ciudadanos se han adscrito al gobierno del Estado, la existencia, respeto y cumplimiento de los derechos subjetivos depende de la gracia del soberano¹⁰; no obstante éste o éstos hayan sido elegidos por su comunidad, dejando de lado toda posible pretensión de corrección del sistema jurídico en cuanto derechos humanos, es decir, no importaría que un derecho (humano) se cumpliera ineficazmente, en su parcialidad o no finiquitase de saciar la necesidad por la que nació, mientras éste se encontrara positivado; es decir, escrito a modo de ley, y por ende reconocido por el soberano; en dicho sentido la labor de este último se encontraría cumplida, el derecho (humano) “existe” no obstante la terca realidad se empeñe en mostrarnos lo contrario.

Lo anterior es lo que me impulsa a desarrollar este capítulo, no buscando ser exhaustivo –lo que significaría una labor digna de otro nivel lejano a la licenciatura–, aquello que sí buscaré es señalar elementos y dar aportaciones que considero una teoría del Derecho debería considerar para que ésta en su explicación de lo qué es y cómo opera el Derecho otorgue debida cuenta de los derechos humanos, o en resumidas cuentas, una teoría del Derecho que en su explicación de lo que es el Derecho considere a los derechos humanos (sustancialmente) dentro de ella, y a éstos últimos con las exigencias que demandan para su efectiva realización.

Considero que esta labor que me he propuesto realizar; desde los supuestos que he planteado, ya tendría posibles objeciones. Podría haber quien argumente que el Derecho es un fenómeno dado y no un fenómeno de construcción voluntaria, que sus esencias son fijas, y que es partir de ello que se construye. Ejemplos de cómo para muchos positivistas o algún movimiento historicista podría ser visto el fenómeno jurídico.

No obstante, yo parto de una premisa distinta. Desde mi punto de vista, el Derecho, si bien es un fenómeno, también es construible o moldeable en gran medida desde su esencia, o como de otro modo lo he enunciado en mi vida cotidiana “el Derecho es lo que quieras que sea, basta que se pueda constreñir

¹⁰ Hobbes, Thomas, *Leviathan or, the matter, form and power of a commonwealth, ecclesiastical and civil*, Londres, John Bohn, 1839, pp. 159-158.

a otros con él”¹¹. Mi razón de tal observación proviene de la siguiente reflexión: el Derecho en actos y hechos es –al menos en términos modernos– el resultado de la teoría puesta en práctica, desde el punto más abstracto de la Teoría del Derecho, hasta teorías sobre cuestiones más concretas como las pruebas procesales o la juridicidad de las operaciones bancarias y los títulos de crédito. Es cierto que entre la teoría y los hechos es común que haya un rompimiento o distanciamiento, en este sentido las teorías contienen o existen tanto en una parte idílica como una en realista. Las primeras haciendo descripciones de cuál debería ser el funcionamiento (ideal) de algo y las segundas sobre cómo en realidad es, de modo que unas parten de un supuesto arquetípico para realizar teorías de una correcta operatividad, y las segundas, de una tal vez cruel pero real operatividad.

En la misma medida, me parece, la Teoría del Derecho desde sus primeros intentos de permearse en cientificismo positivo siempre ha contenido parte de ambas cuestiones, tanto una parte que muestra un funcionamiento u operatividad ideal de un sistema jurídico basados en principios de racionalidad (científica), como una parte que pretende ser objetiva y desencantarse de ideales que respecto de éste se habían sostenido en etapas anteriores del pensamiento. No obstante, alguien pueda sostener que el positivismo jurídico de corte pretendidamente científico efectivamente logró en la teoría describir al Derecho sin ideales, yo refuto dicha tesis concordando con las posturas mayormente del realismo americano que sostienen que en la operatividad del Derecho, *de facto*, concurren muchas otras cosas, como intereses,

¹¹ Esta noción propia se encuentra inspirada en una afirmación de Ronald Dworkin. Él ilustra las posturas jurídicas que afirman que: “las decisiones institucionales son muy raras, ambiguas o incompletas, pero a menudo, inconsistentes e incluso incoherentes” y, al respecto, posteriormente señalar las posturas divergentes de aquellos que consideran que el Derecho lo cubre todo contra las de los cínicos que sostienen que no hay ley específicamente aplicable a ningún caso y que por ende los jueces retóricos disfrazan sus decisiones. Tras el bosquejo resumido Dworkin concluye: “Cuanto más aprendemos sobre el Derecho, más nos convencemos de que nada importante sobre él es del todo indiscutible”. En este sentido, reflexionando sobre el rompimiento de dogmas jurídicos que se podrían encontrar o no en diferentes sistema jurídicos, mi conclusión fue la frase referida. (Cfr. Dworkin, Ronald, *Op. cit.*, pp. 20-21.)

percepciones morales y posturas políticas¹², y por ende una teoría que niegue que esto es real en el Derecho es una teoría inacabada en cuanto a que no alcanza a abarcar la descripción de todo el Derecho. Incluso, una teoría que negase estos fenómenos no haría más que contrariarse en cuanto a idealizar una realidad y no atender efectivamente a los hechos, con lo cual, esa teoría perdería toda pretensión de científicidad, la teoría en sí misma sería idílica y descansaría en el mito de que ese es el efectivo funcionamiento del Derecho y su sistema.

Por ende, considero que una teoría realizada para un fenómeno socio-normativo, como lo es el Derecho, debe partir de la deducción de hipótesis observacionales plausibles enunciadas de modo abstracto a partir de las cuales se puedan realizar conclusiones lógico-inductivas que expliquen los hechos producidos por el fenómeno. No considero que por este hecho se pierda la “idealidad” en los resultados observados pues el punto de referencia sobre el cual parta la hipótesis siempre será determinado por la primordial preocupación del observador¹³, razón por la cual, sólo se capturará cierta fracción de los hechos relevantes¹⁴ y en esta medida se perderán consideraciones sobre otras posibilidades. Lo anterior es un factor que revela o permite entender que en toda teoría o tesis del tipo mencionado será susceptible de *falsabilidad*¹⁵. De manera análoga Scott Shapiro advierte el ser necesario no esperar que una teoría sea “completa” puesto que en el discernimiento de las propiedades acerca del objeto de observación el teorista se inclinará por aquellas sobre los fenómenos que le causen mayor perplejidad¹⁶, por tanto ignorando cuestiones que para otro podrían ser relevantes. Lo anterior resulta importante; no

¹² Bix, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, trad. de Enrique Trujano Rodríguez y Pedro A. Villarreal Lizárraga, México, UNAM, 2009. pp. 231-234.

¹³ Adorno, Theodor W., *Epistemología y ciencias sociales*, trad. de Vicente Gómez, Valencia, Frónesis Cátedra, 1975, pp. 93-100.

¹⁴ Bix, Brian H., *Filosofía del derecho*, trad. de Imer B. Flores, Rodrigo Ortiz Toticagüena y Juan Vega Gómez, México, UNAM, 2010. p. 4.

¹⁵ Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2008. pp. 29-30.

¹⁶ Shapiro Scott, *Legality*, Massachusetts, Harvard University Press, 2011, pp. 8-10.

precisamente en cuanto a la teoría en sí, sino en cuanto a su valor gnoseológico. Mantener tal grado de honestidad y admitir que es posible que la teoría no alcance un grado de explicación suficiente para todos los fenómenos que podrían presentarse es condición necesaria para mantener una postura de crítica interna que permita la revisión de postulados y la correcta *autopoiesis* de la misma. Por ende siempre recordando que dicha teoría esencialmente consiste en argumentos que señalan desde los presupuestos planteados qué es o debe ser característico del Derecho¹⁷ como sistema jurídico.

1.1 Escrutinio histórico sobre la fundamentación de los derechos humanos y su relación con la teoría del Derecho.

Hoy en día hablar de derechos humanos, su debida defensa y protección jurídica es algo muy común, que evoca los discursos más *humanitarios* y apasionados, que a su vez gozan de la mayor aceptación y devoción, no obstante, esto también se ha prestado para lo que yo denominaría la *vulgarización* del discurso de los derechos humanos, permitiendo que cualquier pretensión *pseudoliberal* o *pseudocomunitarista* sea entendida de por sí como tal y por tanto exigible ante el Estado; incluso Carlos Santiago Nino ha llegado a denunciar que en este sentido son los propios “defensores” humanos los que rehúyen a la discusión racional¹⁸.

Lo anterior ha sido fuente de constantes confusiones que han llevado por cuanto a nuestra materia respecta a una hecatombe dentro del sistema jurídico, legislando por “*moda*” y produciendo constantes antinomias, incluso degenerando los derechos. No obstante lo anterior, la cuestión de los derechos humanos –abordados seriamente– no es en ningún sentido sencilla, como señala Gianluigi Palombella:

“En el tiempo de los derechos, éstos vienen siendo ciertamente reconocidos y declarados; a menudo, sin embargo, el lenguaje

¹⁷ Bix, Brian H., *Op. cit.*, pp, 9-10.

¹⁸ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos, Op. cit.*, p. 5.

que los invoca también genera imprecisión a causa de su – acaso excesiva– proliferación. En tales condiciones, asegurar a las previsiones jurídicas la eficacia y las garantías que debieran acompañarlas se hace también más difícil”¹⁹.

Ante las anteriores observaciones, considero que gran parte del problema es que comúnmente se ignoran –y en gran medida– dos cuestiones fundamentales al respecto, la primera consta del obviar la historia y esencia de los derechos humanos, las cuales determinan cuáles y porqué son derechos humanos y no otro tipo de derechos o pretensiones, esto es, se ha tornado en algo muy sencillo afirmar tal o cual es un “derecho humano” y que al respecto el Estado ha incumplido o quebrantado tal o cual, sin embargo, tal afirmación no sea sostenible ni por la historia, ni por la esencia discursiva de los derechos humanos. La segunda es, si tal pretensión es defendible desde el Derecho – entendido como disciplina del conocimiento con un discurso propio y particular– y no desde otro ámbito, puesto que muchos de estos discurso a los cuales crítico pretenden deslegitimizar al Derecho exigiéndole el cumplimiento de demandas para el que éste no está pensado²⁰, y sí en cambio, otras disciplinas, como por ejemplo en muchas ocasiones son cuestiones económicas o políticas públicas.

Es por las razones antes expuestas que considero necesario hacer un estudio, si bien breve, certero o determinante al respecto con el objeto de trazar un cuadro más o menos lúcido de qué son los derechos humanos y sus diversas aristas para una vez establecido este panorama, determinar cómo la teoría jurídica podría acoplarse para satisfacer tales exigencias que harían efectivos, al menos en una Teoría del Derecho, a los derechos humanos.

¹⁹ Palombella, Gianluigi, *La autoridad de los derechos*, trad. de José Calvo González y Cristina Monereo Atienza, Madrid, Trotta, 2006, p. 15.

²⁰ Al respecto hace especial referencia Gregorio Peces-Barba señalando que hay pretensiones morales o políticas justificadas que por razones técnicas no son juridificables, tal sería el caso de la desobediencia civil, que podría decirse ser un fenómeno con incidencia en el ámbito jurídico mas no jurídico *per se*. Peces-Barba, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 42-43.

1.1.2 Fundamentación de los derechos humanos.

Por fundamento aquí se entiende a la o las razones de ser de algo, y que siempre han de ser consideradas en su esencia para que tal siga siendo lo que es y no otra cosa, o visto de otra manera, para que no se desnaturalice de sí. Por ejemplo, un libro que es utilizado como soporte para nivelar la pata de una mesa es desnaturalizado de sí para pasar a ser un soporte; es cierto que en forma sigue siendo un libro (hojas encuadernadas entre dos pastas y con alguna exposición escrita impresa en las hojas), pero al dejar de cumplir su sentido deja de ser lo que era para ser otra cosa²¹.

Para algunos la cuestión de la fundamentación suele ser irrelevante, argumentando que aquello que importa es la práctica, es decir, la efectiva realización de los derechos humanos, y que incluso de ésta es que se irán descubriendo²². No obstante, si bien parte de la afirmación anterior es real y lo que efectivamente más importa, o es relevante al final, es la práctica o realización de estos derechos, la cuestión del fundamento no es en trivial puesto que nos auxilia a tener una noción más o menos definida de lo que hablamos; un “por qué”, y es a partir de la fundamentación que se pueden construir esquemas y medios de protección. Otros en línea similar, como Norberto Bobbio, sostienen que el problema del fundamento ya se encuentra resuelto desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948²³ con lo que los Estados signatarios simplemente debían asumir las disposiciones como normas de derecho positivo nacional.

No coincido con las afirmaciones anteriores. Sin conciencia plena del fundamento toda construcción sería equiparable a un edificio mal construido, fácil de derribar y poco funcional. En otros términos, los derechos humanos sin fundamento son –como ya análogamente lo habían advertido los *realistas norteamericanos*– un discurso vacío esperando a que el más sínico gobernante

²¹ Profundizaré en esta cuestión más adelante.

²² Camps, Victoria en Muguerza, Javier *et al.* *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989, pp. 112.

²³ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, pp. 61-62.

o juzgador legitime sus perversos actos o sentencias tras la bandera de los “derechos humanos”; hecho que lamentablemente se ha repetido más de una vez en la historia. Mi refutación al argumento de Bobbio consistirá en exponer detalladamente su postura y consecuentemente mis observaciones discrepantes.

Si bien es cierto que el aclamado jurista turinés aborda y asume como valiosa la cuestión de la fundamentación, llega a la conclusión de que no es necesario detenerse mucho en ésta puesto que no es posible alcanzar un fundamento absoluto. La primera razón de esta imposibilidad consistente en la conceptualización semántica, siendo que incluso la expresión “derechos humanos” es vaga definiéndose comúnmente en tres categorías aunque no son exhaustivas. La primera de tipo tautológica, tal como “los derechos humanos son aquellos que deben pertenecer a todo hombre en cuanto hombre”. La segunda, definitoria de un status deseado o que lo presupones, tal como “derechos humanos son los que pertenecen a todos los hombres, o de los que ningún hombre puede ser despojado”. Y la última que hace referencia al contenido introduciendo términos o concepciones valorativas²⁴ tales como “autonomía” o “condición necesaria”. De las tres, siendo la última la más sustanciosa, también se encuentra inminentemente destinada a fallar puesto que los términos de valor son interpretables de modo diferente según la ideología asumida por el intérprete.

En relación, Bobbio resalta que incluso históricamente los derechos humanos resultan una clase variable²⁵ cuyo elenco se ha modificado y va modificándose con el cambio de las condiciones históricas, y que lo más seguro es que esto continúe de modo tal que en el futuro aparezcan nuevas condiciones que en el presente no alcanzamos siquiera a vislumbrar. De este modo concluye que el relativismo innato a los derechos humanos los imposibilita de ser susceptibles de un fundamento absoluto, compuesta de una irreductible pluralidad de posturas, por lo cual los derechos humanos son una clase heterogénea compuesta de las pretensiones más variadas e incluso

²⁴ *Ibid.*, pp. 55-56.

²⁵ *Ibid.*

incompatibles entre sí. De modo que su conclusión ante los argumentos expuestos es justamente que para el Derecho el fundamento de los derechos humanos se encuentra resuelto en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre por ser ésta el resultado de la negociación de los Estados sobre la protección de los intereses de sus ciudadanos o gobernados.

Indudablemente Bobbio hace observaciones muy certeras e innegables muchas en su veracidad, efectivamente los derechos humanos son muchos y en gran medida antinómicos y buscar un fundamento absoluto tal como por ejemplo la libertad contribuye a un discurso hegemónico que puede deslegitimizar las pretensiones de muchos otros derechos de indudable valía como los llamados derechos sociales, los culturales o los ambientales. No obstante considero su conclusión errónea en cuanto a que su postura se plantea desde una visión restringida. Lo que yo propongo y sostendré a lo largo de las siguientes páginas es que los derechos humanos no se sostiene de un fundamento absoluto que afirme uno o dos valores como primordiales. Los derechos humanos son una creación conceptual del hombre y en cuanto tal, su fundamento se sostiene de una ética discursiva que se construye en la filosofía histórica. Siendo éstos una construcción del hombre no pueden más que modificarse junto con el hombre, ello mismo explica sus cambios históricos, puesto que no podemos suponer que el hombre del siglo XVII era el mismo que el del siglo XXI, siendo que las condiciones del mundo no eran las mismas que las que vivimos hoy.

Sostenido lo anterior, por cuanto respecta a los derechos humanos y el Derecho, considero poco útil la postura de Bobbio –quien indudablemente se encuentra permeado por las convicciones del racionalismo científico que busca verdades absolutas comprobables por la ciencia– puesto que vendría a ser un reduccionismo de los derechos humanos a la normativización del derecho positivo. Esto es, la postura que sostiene Bobbio es similar –si no idéntica– a los supuesto de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, donde el supuesto del fundamento se encuentra en un supuesto hipotético dogmático trascendental donde lo único que importa en adelante es el primer hecho normativo surgido de éste (la constitución) para derivar todas las demás consecuencias normativas. En este caso la Declaración Universal de los

Derechos Humanos funge el rol de constitución, siendo el deber de los Estados como signatarios del documento referido, adoptar la estructura normativa de tales disposiciones como integrantes de las relativas al propio sistema. En pocas palabras, Norberto Bobbio introdujo o equiparó a los derechos humanos a la teoría *kelseniana* del Derecho; es decir, los tornó en un fenómeno meramente normativo que se desprende de los significados, y los derechos desprendidos de los significados, no son derechos humanos, son instrumentos asequibles a la manipulación del poder político.

Si el fundamento de los derechos humanos en cualquier modo ya estuviese resuelto para el Derecho, los actos de *vulgarización* a los que anteriormente he hecho referencia, e incluso la manipulación advertida por los, no serían tan frecuentes, o al menos no bajo la justificación de *legalidad* o *juridicidad*, es decir, desde el Derecho.

¿Cuál es mi postura al respecto? Soy partidario de la visión que sostiene que el mundo de los conceptos –que en gran medida distingue a las ciencias sociales de las exactas– se define por la plausibilidad de los discursos, esto es básicamente dar razones, y el hecho de que unos discursos sean más aceptados que otros en gran medida se debe a una aceptación intersubjetiva por parte de los individuos de una comunidad, tal aceptación los hace una *verdad intersubjetiva* puesto que aun cuando dichos discursos al ser conceptuales no pueden ser verificados del todo en la realidad –a diferencia de los enunciados de las ciencias exactas, lo cual los hace verdades objetivas, como por ejemplo la ley de la gravedad– la comunidad los acepta por válidos y por ende verdaderos, al grado tal que, al sujeto que no comparte preceptos mínimos de esta *veracidad intersubjetiva* se le excluye e incluso se le ha llegado a considerar como enemigo, ante lo cual la persona es *infligida* o *penada* por esta comunidad²⁶.

²⁶ En un sentido similar Hans Kelsen ilustra este punto, si bien no aborda las consecuencias que yo confiero, limitándose a los reproches por parte de la comunidad hacia el miembro que inflige la costumbre. Sin embargo, si se quiere hablar del Derecho como un hecho con poder coactivo de punir actos, mis supuestos consecuenciales son totalmente plausibles, e incluso coherentes con la teoría *kelseniana*. (Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982, p. 23.)

Ahora, si se acepta que al hablar de derechos humanos estamos utilizando construcciones del lenguaje para referir a conceptos que no son verificables en el caso (mundo tangible) será muy importante precisar los elementos mínimos que definen a éstos, es decir, identificar qué es aquello que lo hace *ser lo que es*, y que sin ello ya no es. Una vez delimitado el objeto conceptual en su esencia podremos saber qué de ello es valioso o útil y qué es contingente, haciendo así más viable la efectiva defensa de su existencia, tanto como los medios para la realización de sus fines y la protección de su esencia.

Siendo construcciones lingüísticas que entrañan un sentido, la fundamentación de los derechos humanos desde una perspectiva filosófica es muy similar a la tarea de describir un objeto de producción humana. Para ello es útil un ejemplo respecto de la fundamentación de los hechos y objetos del caso o mundo tangible. Hipotéticamente, imaginemos que llegase a la Tierra un ser de otro mundo que por alguna extraña razón entiende nuestro idioma pero no entiende nada respecto de los conceptos con que nos referimos a los objetos complejos. Entonces el alienígena pregunta “¿qué es eso?” –señalando una mesa– y el humano necesariamente para darle a entender lo que es tendrá que explicarle los mínimos elementos que componen físicamente una mesa, así el humano dirá que se compone de una o varias patas que sostienen en posición horizontal una tabla, si la descripción ha de ser correcta para que el alienígena entienda que cualquier mesa es tal el humano no habrá de mencionar los elementos circunstanciales que podrían encontrarse ordinariamente en la idea de “mesa”, tales como el material (metal, plástico o madera), el color, o el número de patas, que no necesariamente habrían de ser cuatro. De este modo el alienígena podrá identificar, sin importar sus variables, una mesa. Pero al alienígena seguramente le interesa saber más sobre las mesas, pues no le basta saber que existen y cómo son, la siguiente pregunta que hará de la mesa es “¿para qué sirve?”²⁷. Por ende, el hombre le contestará que la invención de la mesa tiene para la humanidad dos fines primordiales para los que fue creada, uno elemental y otro contingente; el primero apoyar objetos y el segundo, al apoyar objetos, servir de soporte en la realización de

²⁷ Cfr. Serrano Gómez, Enrique, *Política congelada*, México, Fontamara, 2011, pp. 90-95.

labores como escribir o comer, de modo que se identifica un fin elemental, y uno que si bien es contingente fue considerado determinante en la creación de la mesa, pues habría otros usos contingentes para los que no se pensó ésta, por ejemplo, dormir.

Así encontramos dos cuestiones sobre el *fundamento* de una mesa: a) *ser* un objeto compuesto de patas con una tabla encima colocada en modo horizontal (la cuestión formal) y b) que sirve para apoyar cosas (la cuestión ontológica). Es importante destacar que a la cuestión del fundamento ontológico le sigue una cuestión funcional que concreta su ser, en este caso sería “servir de soporte para la realización de labores”. Siendo por tanto importante señalar que la cuestión ontológica se compone del elemento esencial del “por qué” y del funcional “para qué”. De modo que lo que entendería el alienígena es que el objeto existe independientemente de su fin (de modo formal); es decir la mesa existe no importando que no se le ocupe, pero si éste no está cumpliendo su fin (lo ontológico), no tiene sentido o no cumple con el sentido de su *ser*.

Lo mismo sucede con los conceptos de las llamadas ciencias sociales o del hombre que en gran medida se apoyan de ideas para la explicación de la dinámica de sus objetos de estudios. Los derechos humanos siendo uno de éstos. Pues bien hay que clarificar que al utilizar ese concepto no nos pareciera que nos refiriéramos a una entidad única nacida de una situación exclusiva, sino a varias situaciones nacidas en diversos momentos y situaciones históricas cuyo denominador común es el hecho de exigir la defensa de condiciones que se consideran indispensables para la realización de la vida humana (*digna*), esto es, la satisfacción de necesidades que el hombre encuentra en su existir. No en balde es que hablamos de generaciones de derechos o de derechos humanos liberales, económicos, sociales, etc. Ya que cada generación enfrenta un mundo distinto.

Por lo anterior, los derechos fundamentales en su aspecto formal son simples creaciones lingüísticas²⁸ que siempre se han expresado a modo de

²⁸ Cfr. Correas, Óscar, *Acerca de los derechos humanos*, México, Coyoacán, 2003, p. 27 y Baxi, Upendra, *Op. cit.*, p. 12.

derechos subjetivos (“X” tiene derecho a “Y”), sin importar referirnos al aspecto *iusnaturalista* o *iuspositivista*, este sentido está más o menos superado, lo que realmente nos importa es su cuestión ontológica donde expresan un sentido, éste es la esencia de los derechos y los que se busca proteger, aquello que esperamos que se adecue del lenguaje a los hechos y para lo que buscamos armonizar un sistema jurídico complejo que pueda cumplir con dicha labor, que aspire a retomar los factores constructivos de la cuestión ontológica.

Por ende, al hablar del fundamento de los derechos humanos es necesario observar las diversas circunstancias que han formado parte de su construcción, de modo que –y aún cuando algunos académicos o teóricos lo han refutado e incluso denostado– es necesario ver hacia la historia de éstos para poder entender qué son, para siempre tener en cuenta qué es lo que nos llevo a ellos y en esa línea seguir evolucionando. Con la vertiente historicista, al contrario de lo que muchos opinan²⁹, no se busca que los derechos positivados sean estrictamente los del siglo XXVII o XVIII que podrían carecer de observar a lo que sin duda hoy son derechos, como el respectivo a no ser discriminado, e incluso podrían incluir el derecho a tener armas, ello sería sumamente ridículo, tanto como lo es que alguien crea que esto es lo que se busca con la vertiente historicista.

Tal vez lo que faltaría para que se dejen de lado las críticas anteriores es agregarle al historicismo el adjetivo “crítico”, que es justo lo que se busca con la vertiente historicista, ser críticos con los hechos del pasado para determinar qué de ellos es lo que realmente importa y sobre lo que se puede construir, o como Alasdair MacIntyre señala respecto a la ceguera que la racionalidad moderna ha puesto sobre la historia:

“[...] what we now need to recover is, so I shall argue, a conception of rational enquiry as embodied in a tradition, a conception according to which the standards of rational

²⁹ En particular han existido –y persisten– corrientes del cientificismo jurídico que niegan la historicidad como medio para el conocimiento jurídico, aun para el plano de la teorización, donde consideran que los hechos de la historia son inciertos e incluso contradictorios, por lo cual toda teoría que enfocase cualquier circunstancia del historicismo se encontraría viciada. (Cfr. Recaséns Siches, Luis, *Op. cit.*, pp. 28-39.)

justification themselves merge from and are part of a history in which they are vindicated by the way in which they transcend the limitations of and provide remedies for the defects of their predecessors within the history of that same tradition.”³⁰.

De modo que al indagar por la fundamentación de los derechos humanos desde una vertiente historicista crítica hasta la Modernidad se buscan los elementos discursivos que tanto para la descripción de un objeto como una mesa, nos permitan definir a los derechos humanos, su esencia u ontología, y en adelante describirlos y poder referir para qué son.

Para efectos prácticos me situaré desde la vertiente moderna de la historia de los derechos humanos, puesto que es de ésta que se han consolidado las bases del discurso que hoy se sostiene. Así, si se indaga en la historia críticamente se puede observar que el común denominador de los derechos humanos en su consolidación ha pasado por tres momentos, el primero donde se fundamenta filosóficamente la necesidad o “derecho”, el segundo, en el que se observa que en la *polis* esas necesidades no se satisfacen y que se requiere modificar el estado de cosas para ello, por lo cual, a partir del fundamento filosófico se exige que el detentador del poder lo reconozca, respete e implemente medidas para su efectiva realización, ésta etapa sería la política. La última es la jurídica, donde una vez determinadas las necesidades o “derechos”, y reconocidos o aceptados éstos por el poder político, es necesario observar qué elementos exigen esas necesidades y cómo habría que modificar el estado de cosas para que estos nuevos entes funcionen en la *polis*, es así que el Derecho entra en juego para consolidar y hacer del conocimiento del público que tales condiciones han de respetarse y que su exigencia es tanto jurídicamente exigible, tanto como que su inobservancia es jurídicamente punible.

³⁰ MacIntyre, Alasdair, *Whose justice? which rationality?*, Londres, Duckworth, 1988, p. 7. [Traducción propia.“[...] lo que ahora debemos recuperar, y lo que he de argumentar, es una concepción de indagación racional como encarnada en la tradición, una concepción acorde con la cual los estándares de la justificación racional por sí mismos emerjan y sean parte de una historia en la que son vindicados por el modo en que trascienden las limitaciones de y proveen remedios a los defectos de su predecesores dentro de la historia de la misma tradición].

Pero la consolidación y publicidad, no son suficientes, de modo que la etapa jurídica también consiste en determinar y establecer los parámetros de funcionalidad dentro de la vida de la *polis* de modo que los gobernados cuenten con medios para el ejercicio de acciones legales sin interferir con los intereses primordiales de terceros, y que el Estado cuente con formas de ejercicio del poder que tampoco afecten los intereses primordiales de terceros. En el plano teórico estas exigencias de fundamentación para lo jurídico se traducen en determinar la identidad del ente –en este caso, los derechos humanos– que nos permitirá identificar a sus instancias, y posteriormente, lo consecuente de que dicha entidad sea lo que es y no otra cosa³¹, esto es, aquello que implica el ente.

De esta manera, lo importante al hablar de *fundamento* será identificar bien desde que perspectiva nos situamos para referirnos a los derechos humanos. Si lo hacemos desde la filosofía, hablamos de ideas que vienen de distintas ramas de ésta, pero que principalmente estarán embocadas en la ética, más específicamente por cuanto respecta a su cuestión ontológica. La ética como punto referencial para determinar qué se considera bueno –o desde otra perspectiva, necesario– y por ende valioso. Es importante hacer hincapié en lo ontológico, puesto que al ser su estudio el “ser” ayuda a determinar sus necesidades en cuanto tal, así como, las condiciones que el mundo ha de satisfacer para la realización de éstas, las circunstancias del ser y del mundo que determinan su existencia.

Si el fundamento se enfoca desde la política, las circunstancias cambian, puesto que el fundamento filosófico de la necesidad o “derecho” se dan por presupuestas de la filosofía, es decir, son un hecho, y en adelante se estudian respecto del gobierno y el estado de cosas, de modo que se habla de porqué el gobierno ha de reconocer, respetar y promover esos *derechos*, así como de cómo en el estado de cosas se afectan estos *derechos* y qué se puede hacer para modificarlo, es así que se puede hablar de los derechos como “lucha”, puesto que efectivamente “el poder” comúnmente no está dispuesto a modificar su condición en la que se encuentra cómodo para ceder ante una postura en la

³¹ Shapiro, Scott, *Op. cit.*, pp. 8-10.

que no sólo se merman su poder sino que incluso determina obligaciones para éste. La naturaleza del *poder* –históricamente observable– es preservarse, no limitarse.

De los dos procesos anteriores se llega al meollo del fundamento para lo jurídico, donde se observa que el ente llamado “derechos humanos” tiene un fundamento ético-ontológico de existir, después uno político para que se ejerza. Como los señala María del Carmen Barranco: “[...] la comprensión de la faceta jurídica de los derechos exige tener en cuenta una serie de opciones previas, que tienen más bien que ver con sus dimensiones éticas y políticas, pero que condicionan su articulación en los sistemas jurídicos”³².

Pero, al final ¿cuál fue el fundamento? La respuesta que encuentro es polémica para el pesar del pensamiento moderno que demanda certidumbre prácticamente respecto de todo, del pensamiento cientificista que busca fundamentos absolutos y respuestas programáticas exactas en torno a éstos. El fundamento de los derechos humanos es lejano a estas pretensiones, como todo ente que vive en el mundo conceptual no es susceptible de verdades absolutas. El fundamento es entonces una cuestión dialéctica que se ha desarrollado en la historia; tanto en la del pensamiento como en la política, y que seguramente seguirá en este curso con el cambio de las sociedades.

Lo anterior no significa en todo caso el relativismo absoluto, que oportunamente blanco es negro o que izquierda pueda ser derecha. En esta dialéctica histórica se han establecido principios como condiciones necesarias y contraargumentos que con razones han definido condiciones. Hoy, después de siglos repletos de revoluciones, guerras y movimientos sociales, *derechos humanos* –entendido como categoría conceptual– no significa: derechos liberales, ni comunitarios, ni culturales, ni individuales o sociales. La categoría es –como se muestran las tendencias de las diversas resoluciones respecto de su discernimiento– la armonización dialéctica de las pretensiones justificadas de las diversas corrientes, dónde en términos generales los derechos no son

³² Barranco, María del Carmen, *Teoría del derecho y derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2009, p. 11.

absolutos en cuanto a sus pretensiones, sino armonizables con las pretensiones de los otros derechos.

Lo que le toca al Derecho es incorporar al sistema jurídico de normas el resultado ponderativo de esta dialéctica mediante condiciones deónticas de *permitido, prohibido y obligatorio*, que en términos de lenguaje jurídico se traduce en *derechos, deberes y obligaciones*, consolidando la parte ético-ontológica como derechos –y por ende otorgando obligaciones a otros–, la política para determinar los deberes y prohibiciones encaminadas a su consecución, esto es en gran medida las disposiciones y abstenciones políticas que se deberán observar en el estado de cosas para su preservación y promoción.

Por ende, buscar el fundamento de los derechos humanos desde el propio Derecho, se torna incoherente. Como nos recuerda Gianluigi Palombella: “los derechos del hombre son aquellos que no un ordenamiento jurídico, sino una concepción del hombre define como tales”³³. De modo que el fundamento de los derechos humanos siempre ha nacido desde la política –aún cuando ha habido valiosos y considerables esfuerzos por emanciparlo u ocultarlo– bajo una dinámica constructivista de choque de posiciones y alcance de acuerdos, ya que si se buscase un fundamento estático y objetivo de modo absoluto; dentro de una fundamentación naturalista, éste sería en gran medida manipulador, consolidaría sólo los intereses de algunos provocando la imposibilidad de dar marcha atrás o realizar correcciones puesto que ya todo estaría dado³⁴.

De modo que si se ha de querer hablar de el fundamento de los derechos humanos para el Derecho habrá que observar a sus desarrollos filosóficos y políticos para ver qué de éstos el Derecho puede incorporar a sí mismo y por ende, qué de éstos no dependen entera o totalmente de la funcionalidad del Derecho, es decir el cómo de los derechos humanos, las implicaciones. Aquellos elementos que se incorporan y que generan la positivización de

³³ Palombella, Gianluigi, *Op. cit.*, p. 25.

³⁴ Beuchot, Mauricio, *Historia y filosofía de los derechos humanos*, 6a. ed., México, Siglo XXI, 2008, pp. 10-11.

normas (derechos fundamentales) y de mecanismos jurídicos para su observancia y protección (garantías) serán los fundamentos jurídicos de los derechos humanos, es decir serán las razones del porqué el Derecho reconoce esos derechos subjetivos y el porqué determina esos mecanismos; teniendo así por dados los dos requisitos esenciales que exige un fundamento, el “por qué” y “para qué”.

1.1.3 El debate teórico. Derecho y moral, sus implicaciones respecto de los derechos humanos.

El debate entre positivismo y naturalismo ha existido por lo menos desde la antigua Grecia donde se plantea la polémica entre Platón y los sofistas³⁵ referente a si el Derecho es producto del voluntarismo o apela a valores trascendentales. Pero, el hecho de si el Derecho tiene, ya sea implementos o conjeturas morales, no ha sido efectivamente relevante sino hasta la Modernidad, puesto que la idea de la razón emancipadora que llevó al imperio del cientifismo exigió de toda disciplina del conocimiento parámetros de racionalidad que otorgasen el mayor grado de certeza sobre su objeto de estudio. Hay que recordar que esto es lo que caracteriza a la Modernidad, el desmantelamiento de las antiguas mitificaciones gracias a dos grandes conquistas: la secularización y la consiguiente posesión de verdades científicas evidentes. El mundo, desde entonces, había de ser visto con ojos incorruptos para leer en él la verdad inminente, no *revelada* (pues supondría su indemostrabilidad), sino *descubierta* en la sólida y concreta naturaleza de las cosas³⁶. Se habría de exigir verdad científica, traducida como verdad comprobable.

Este giro copernicano resultó en el derrumbe del derecho natural de carácter místico como contraposición al absolutismo, dando paso al pensamiento del Derecho natural de carácter racional que básicamente

³⁵ Serrano Gómez, Enrique, *Op. cit.*, pp. 86-87.

³⁶ Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003, p. 39.

consistía en construir éticas racionales como postura crítica a la legislación vigente que no satisfacía las exigencias de clasificación material y racionalización sistemática que la metodología científicista exigía para el estudio de cualquier fenómeno³⁷. Imperaba la idea de *orden y categorización* como elementos de racionalidad para un Derecho más “*justo*”³⁸ y efectivo. Evidentemente este fenómeno ayudó en gran medida al desarrollo del pensamiento de los derechos humanos, pues tales ideas sobre la estructura de un orden jurídico eran exigencias fervientes contenidas en la Declaración de Derechos de Virginia así como en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Un ejemplo claro de lo anterior se encuentra en la Revolución Francesa, donde en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano se exige el establecimiento de una constitución como el medio idóneo de garantía de los derechos al otorgar máxima publicidad de éstos, así como de las vías del gobierno. Estas ideas se encuentran bien consolidadas en el artículo 16 de la Declaración, el cual señala que “en toda sociedad en la que la garantía de los derechos no sea asegurada [...] no tiene Constitución”. En el mismo sentido, no es de extrañar que con el triunfo de la Revolución dentro de la Constitución francesa de 1791 como colofón de su título primero (Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución) se decretase la creación de un código de leyes civiles comunes a todo el reino³⁹.

Es a partir del triunfo de las revoluciones exigentes de derechos que el paradigma del pensamiento jurídico se bifurca a condiciones que al día de hoy

³⁷ Si bien estas exigencias en la Modernidad se encuentran enraizadas principalmente en el método *cartesiano*, tanto como en la metodología *kantiana* y la filosofía analítica de David Hume. Las exigencias del científicismo jurídico; clasificación y racionalización sistemática de las materias jurídicas, data esencialmente desde la tardía República Romana donde las obras de juristas como Gayo o Quintus Mucius Scaevola se traducen en la categorización de géneros y especies de las normas de los cuales derivaban principios en sentido amplio. La continuación de dicha labor sería tomada en el Medioevo por los glosadores y postglosadores. (Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 50-60. y Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, México, Fontamara, 2011, pp. 129-131.)

³⁸ Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, Torres-Editor, 1980, pp. 175-178.

³⁹ Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso. *Op. Cit.* pp. 273-280, y Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, pp. 322-328.

parecieran irreconciliables. El fenómeno codificador –institutor de coherencia y certidumbre en la ley– que se extendería a lo largo de la Europa continental supondría otro cambio radical en el pensamiento jurídico. Ante la satisfacción de tal exigencia los juristas ahora habrían de dar cuenta del nuevo Derecho, su tarea ya no consistía en evaluar críticamente la ley. Se consideraba que los sistemas jurídicos codificados eran similares a los propuestos por ellos, y por ende, coherentes y cabales, constituyendo sistemas completos para resolver cualquier caso concebible, sin acudir a premisas que se encontraran fuera de la legislación⁴⁰. La labor de los dogmáticos se transforma –insisto– no para la crítica, sino para dar explicación, basta y suficiente, del nuevo de Derecho que al fin se encontraba acorde a sus demandas.

De este punto en adelante las escuelas y teorías proponiendo “*modelos científicos*” del Derecho serán de lo más variadas y heterogéneas, no obstante todas propugnarán su “cientificidad”. Así, algunos modelos han aceptado a la moral en mayor o menor medida como parte ya sea esencial o concurrente del Derecho, y otros la han negado fervientemente.

Sin duda es posible que el planteamiento sobre el fundamento de los derechos humanos nos deje en una postura escéptica respecto de un viejo debate. El Derecho y la Moral, *¿existe relación?* Si la respuesta es afirmativa, *¿qué moral incorpora o acepta?, ¿significaría que lo injusto no es Derecho?* De ser negativa, *¿porqué las operaciones deónticas de las normas significan un sentido y no otro?, ¿cuál sería el fin teleológico del derecho si éste es ajeno a cuestiones valorativas?*

En realidad no son exactamente las posturas afirmativas o negativas de la relación lo que en me interesa del debate eterno. Incluso hasta cierto punto considero que la falta de resolución a la cuestión es debida en gran medida al poco entusiasmo que comúnmente tienen los teóricos no solo para flexibilizar su visión propia, sino también para abordar serenamente las visiones contrarias. Una de las principales razones por las que sostengo tal afirmación es que difícilmente se podría decir que entre posturas se hable de lo mismo

⁴⁰ Nino, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de la “ciencia” jurídica*, México, Fontamara, 1993, pp. 13-14.

precisamente, sino que los términos son coincidentes, mas no su significación; es decir pareciera que el debate concurre más sobre la significación de los términos, la aceptación de que un presupuesto es encuadrable dentro de la significación terminológica de “Derecho” o “moral”. Ejemplos de dicha afirmación son encontrados en posturas de los más variados autores. Una postura paradigmática se encontraría; por ilustrar, en Hans Kelsen, quien sostiene la imposibilidad de que el Derecho se relacione en lo más mínimo con la moral, siempre a partir de una afirmada concepción de ésta como una cuestión que a diferencia del Derecho carece de heteronomía, puesto que toda norma moral debería –en su carácter de tal– ser tenida por válida por el sujeto al que se dirige⁴¹, por tanto careciendo de coercitividad.

La afirmación del maestro vienés es bastante acertada si nos referimos a la moral como valor(es) absoluto(s), y como niega la posibilidad de existencia de estos, siendo los valores relativos⁴², la idea de moral pierde todo valor científico y por ende es desterrada de su teoría. Tal vez, gran parte del problema consiste en la limitación a ese requisito conceptual que Kelsen atañe a la significación de la palabra “moral”, el cual la restringe en cuanto a sus posibilidades adjetivas como un hecho que aun cuando apela a valores relativos adquiere cierta esteticidad dinámica en un orden social. De modo que si se amplía el concepto en sus posibilidades calificativas, la moral en el Derecho podría referirse a la intencionalidad que persigue el legislador, o también podría ser concerniente al sentido que marcan los imperativos deónticos de las normas, o al fin teleológico de naturaleza política con el que se asocia el sistema jurídico, etc.

Por supuesto el problema de conceptualización no ha sido exclusivo del positivismo jurídico, también se ha presentado –incluso en mayor medida– en las posturas iusnaturalistas; aun en aquellas que se proclaman a sí mismas racionales por procurar un método científico. En gran medida el problema central respecto a la significación terminológica de estas teorías descansa en su insistencia en sustentar al Derecho en conceptos teorizados como

⁴¹ Cfr. Recaséns Siches, Luis, *Op. cit.*, pp. 130-131.

⁴² Kelsen, Hans, *Op. cit.*, pp. 76-79.

absolutos, siendo el caso de los conceptos de “ley natural” o de “naturaleza humana”⁴³, así como sostener valores absolutos⁴⁴ o inmutables⁴⁵, sobre los que no se ha podido encontrar un acuerdo tanto de lo que significan dichos valores, como de lo que significaría el Derecho fundamentado en ese conjunto de valores⁴⁶. En esta tesitura Luis Recaséns Siches acertadamente señala que “todos los intentos de formular de modo concreto lo *universal humano* dan principios que responden a lo observado corrientemente, pero que tienen y pueden tener enorme cantidad de excepciones”⁴⁷.

Desde una perspectiva propia habría que adjuntar a lo anteriormente dicho que pareciera que otra de las deficiencias comunes las corrientes naturalistas consisten inminentemente en ligar al Derecho con “la moral” – entendida en un sentido inherentemente bondadoso– y no con “la moralidad”, que a diferencia de la primera permitiría la afirmación de la corriente prominentemente *positivista* sobre la posibilidad de calificar desde la teoría a un Derecho injusto o inmoral sin negar que en el sistema jurídico existan conjeturas de valor así como posturas teleológicas. El punto relevante en una teoría naturalista que acepte el presupuesto anterior se encontraría en reconocer incluso la imposibilidad de que en el sistema jurídico haya conjeturas inmorales sin negar la existencia del Derecho, pero con la ventaja de otorgar un parámetro valorativo tanto para la inminente derogación o reforma de la norma injusta así como para la aceptación; aunque en un margen reducido, de la desobediencia civil.

Pese a la crítica que he realizado al “debate de eterno”, es necesario argüir en su defensa cuando éste se integra a disputas teóricas, logrando ocasionalmente la ampliación de conceptos para sendas posturas antagónicas,

⁴³ Recaséns Siches, Luis, *Op. cit.*, p. 72.

⁴⁴ Cfr. Ciaramelli, Fabio, *Instituciones y normas*, trad. de Juan Ramón Capella, Madrid, Trotta, 2009, pp. 17-18. y García Máynez, Eduardo, *Op. cit.*, pp. 114-115.

⁴⁵ Cfr. Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos*, trad. de Stella Mastrangelo, México, FCE, 1994, p. 40.

⁴⁶ Cfr. Beuchot, Mauricio. *Op. cit.*, pp. 26-27.

⁴⁷ Recaséns Siches, Luis, *Op. cit.*, p. 73.

incluso abriendo paso a teorías más complejas con mayor posibilidad de explicar los fenómenos que conllevan los hechos jurídicos. Un ejemplo paradigmático se encuentra en el resultado del debate entre H. L. A. Hart y Ronald Dworkin, donde el primero admite en el *Postscript* la posibilidad de que en su teoría la regla de reconocimiento utilice como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales o valores sustantivos, y por ende denominando a su doctrina “positivismo suave”⁴⁸.

Una vez calificado lo anterior, he de señalar que en vez de la problemática semántica lo que más me concierne del debate es saber cómo una estructura teórica del Derecho respecto de la moral podría encuadrar o hacer “reales” a los derechos humanos para el sistema jurídico, de modo que éste los asuma con sus respectivas dimensiones y exigencias, dinámica y garantías. Con esto me refiero a que, me interesa una postura del Derecho que observe y respete tanto la cuestión esencial (el “por qué”) como la funcional (el “para qué”) del fundamento de los derechos humanos.

La tarea es sin duda ardua puesto que toda teoría del Derecho busca configurar elementos para los sistemas jurídicos, de modo que ningún autor negaría la posibilidad de que los derechos humanos existan en la perspectiva del Derecho que proponen. Sin embargo, yo sostengo que esto no es así en todas las teorías por cuanto respecta a las cuestiones de *necesidad* que propugnan las mismas, las cuales deberían de tener condiciones para la dinámica que el discurso de los derechos humanos implica, y en este sentido gran parte de las teorías resultan; si bien no incompatibles del todo, incompletas para dar cuenta de las exigencias del discurso.

Por razones prácticas he de obviar a las teorías naturalistas con las características antes referidas. No a causa de que sus condiciones estructurales dejen de aportar cuestiones útiles, sino porque al rechazar sus ontológicos sobre lo qué el Derecho es; al ligarlo con valores absolutos, las emancipo de su adjetivo de naturalistas, en cuyo caso permanece sólo la cuestión meramente normativa del Derecho, en lo que no tendrían ninguna

⁴⁸ Hart, H. L. A., *The concept of law*, 2a. ed., Nueva York, Clarendon Press Oxford, 1994, p. 250.

diferencia sustancial con las posturas positivistas. Por ello me basaré en una crítica a algunas posturas del positivismo clásico por considerarlo peculiarmente ilustrativo para el fin que persigo. En este sentido me referiré solamente a las teorías de John Austin y Hans Kelsen por considerarlas paradigmáticas al objetivo que me he planteado.

Considero importante señalar que en todo caso no quiero incurrir en el argumento simplista de que una teoría de positivismo excluyente simplemente por negar cualquier instancia moral sería ajena a los derechos humanos, aunque sin duda ello es un factor relevante para respecto de estas teorías. No obstante, en realidad es posible encuadrar bastantes condiciones instrumentales de los derechos humanos dentro del funcionamiento estructural que proponen observar sobre los sistemas jurídicos. De hecho utilizaré algunas de las observaciones de los positivistas excluyentes en apartados posteriores dentro de mis propuestas respecto de los objetivos que me he planteado al realizar esta obra.

Por ser posiblemente la primera teoría del Derecho positivista acabada⁴⁹ a la que se hace referencia en la Modernidad considero oportuno referirme a la obra del inglés John Austin; *The Province of Jurisprudence Determined*, donde establece su teoría jurídica del Derecho como mandato. Aunque es necesario primero hacer una reserva con dicha teoría, puesto que ésta nace en un momento histórico en que los derechos humanos como discurso moderno no se habían consolidado y que se sostenían desde una perspectiva *naturalista* de corte *divino*, de modo que para cualquier positivista éstos eran disparates; basta recordar la afirmación de Jeremy Bentham (maestro y antecesor teórico

⁴⁹ Me refiero a acabada puesto que en el estudio histórico de la teoría jurídica pareciera que la obra de Austin es la primera en referirse estrictamente a “*lo jurídico*” debido a que es justamente en ésta donde por primera vez en la Modernidad se encuentra una teoría del Derecho enfocada estrictamente a su materia. Esto es, el eje central no es la política, la sociedad o la ética/moral y todo que de ello pueda devenir en jurídico, como podrían ser ejemplos las obras de Hobbes o Locke. Su eje tampoco se centraba en un conocimiento meramente especulativo del Derecho como por ejemplo lo había sido la obra de Kant. Tampoco trataba de una explicación de cómo lo jurídico determina lo político, como algunas obras de Bentham, o sobre un análisis del derecho vigente como la célebre obra de Sir William Blackstone, *An Analysis of the Laws of England*. Mucho menos trataba sobre una categoría jurídica exclusiva como lo civil, lo penal, lo público o lo privado.

de Austin) quien se refería a los derechos humanos como *nonsense upon stilts*⁵⁰ (sinsentido sobre zancos).

Efectivamente, bajo esa concepción divina y absoluta de los derechos humanos éstos se encontraban *ipso facto* descartados para su teoría puesto que él determina al inicio de su obra que a su metodología sólo interesan las leyes ejercidas por un superior político⁵¹, sin importar las razones que éste como soberano tenga para determinarlas. Sin embargo ello no sería un obstáculo del todo determinante puesto que el discurso de los derechos humanos contemporáneo es laico y por ende susceptible de incorporación teleológica de instituciones o mecanismo no confesionales, del mismo modo, como producciones de un constructivismo dialógico no defienden valores absolutos en sentido estricto. El problema toral que contiene la teoría de Austin sería su prominente voluntarismo, que si bien no necesariamente se traduce en absolutismo tiránico –puesto que reconoce la posibilidad de una soberanía multipersonal o democrática⁵²– esto no significaría la imposibilidad de que el Derecho se encuentre sujeto a la voluntad; tiránica o no, de quienes detentan el poder, pues considera que quienes se encuentran investidos con el poder de la soberanía se convierten en una sociedad política independiente⁵³ y por ende, incapaz de ser limitada legalmente⁵⁴. Como es observable, si se quisiera decir que dicha teoría acepte la posibilidad de incorporar el discurso de los derechos humanos, siquiera como Derecho positivo, esto dependería de la benevolencia de quien o quienes se encuentran investidos del poder soberano –sin alejarse en lo absoluto de la tesis *hobbesiana*– en cuyo caso nos encontraríamos con una antinomia del discurso que sostenemos, pues los derechos humanos apelan a la limitación del poder.

⁵⁰ Palombella, Gianluigi, *Op. cit.*, p.15 y Bix, Brian H., *Op. cit.*, p. 159-160.

⁵¹ Austin, John, *The province of jurisprudence determined*, Nueva York, Cambridge University Press, 2001, pp. 18-19.

⁵² *Ibid.*, pp. 180-183.

⁵³ *Ibid.*, pp. 172-176.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 211-212.

Si bien es cierto que la revisión de la teoría de Austin no fue de gran ayuda en varios sentidos, consideré útil una breve exposición de ésta, puesto que en gran medida sienta las bases de lo que el positivismo seguiría, si bien, en un modo mucho más elaborado y complejo.

Así por ejemplo en la continuación de la corriente positivista nos encontramos con Hans Kelsen y su renombrada Teoría pura del Derecho, donde el *vienés* se aleja de consideraciones tanto éticas, políticas y sociológicas, para establecer tal vez más que otra cosa una teoría del funcionamiento de un sistema normativo que en su instancia fundadora encontraría su razón de ser y su validez como aparato coactivo. Dicha teoría sí presenta razones más sustanciales para considerarla útil al objetivo planteado, y de hecho se aceptan como fundamentales muchas de estas aportaciones para aquello que supondría la efectiva realización jurídica de los derechos humanos.

Sin duda para aquello que sería la estructura formal de los enunciados de los derechos humanos y una dinámica eficaz, la Teoría pura del Derecho determinante. Esto es así puesto que al igual que las normas jurídicas los derechos humanos se expresan en un sentido normativo de deber ser de los cuales se puede determinar la *necesariedad*⁵⁵ para la creación de otras normas⁵⁶ que continúen con prescripciones más específicas de la conducta debida. Otro punto a destacar –en el cual la teoría de Austin falla rotundamente– se encuentra en la certidumbre que imprime al sistema jurídico remitiendo las normas y su creación a la constitución como fundamento certero del contenido y la creación normativas⁵⁷, así como a los actos de autoridad que necesariamente se han de encontrar enraizados en la prescripción permisiva

⁵⁵ En términos de Kelsen por su puesto no se utilizaría el término *necesariedad*, pero se ilustraría análogamente mediante la fórmula por la cual una norma prescribe la creación de otra norma, de modo que se entiende que una condición necesaria para la creación de una norma es la prescripción de su existencia en una norma anterior a ésta. [*Necesariedad* es un término conceptual que refiere a la condición abstracta en que algo requiere de la realización o existencia de hechos o entes previos para su existencia o realización.]

⁵⁶ Kelsen, Hans, *Op. cit.*, pp. 17-18.

⁵⁷ *Ibíd.*

de una norma anterior. En este sentido es importante señalar la importancia de la certeza del Derecho como elemento que otorga una cierta seguridad a la sociedad gobernada, puesto que siempre es preferible saber las posibles consecuencias de un acto u hecho que atenerse al arbitrio de la fortuna. Lo anterior es fundamental en el discurso de los derechos humanos que de manera fehaciente ha buscado delimitar la arbitrariedad de los actos gubernamentales. Otra ventaja que ofrece la teoría es que también establece con mayor razón la distinción funcional de la autoridad legítima para la validez de las normas emitidas por ésta, distingüendo los actos de autoridad de un mero voluntarismo⁵⁸. Si bien su explicación no parece privar del todo al Derecho del voluntarismo despótico, siendo justos con la teoría de Kelsen, esto último nunca fue su intención, pues él buscaba la descripción científica de todo Derecho, sin importar si el sistema político en el que se sustentase fuese despótico o democrático. En resumidas cuentas al maestro vienés le interesaba solamente la descripción de los sistemas normativos con el carácter de jurídicos, y no los hechos causales que concurriesen en éstos.

No obstante las ventajas que la Teoría pura del Derecho ofrece, difícilmente se le podría considerar como competente para dar debida cuenta de los derechos humanos. Incluso en mi entelequia permanece una imagen de Hans Kelsen explicando que si su teoría es de utilidad o no a los derechos humanos, ello es irrelevante, y que el término “derechos humanos” es hasta cierto punto ridículo si no evocan derechos positivizados. Esto no significa en lo absoluto que el vienés se encontrará en contra del discurso de los derechos humanos⁵⁹, sino simplemente que éstos para ser parte del Derecho debían de ser incorporados al sistema jurídico, lo que los haría un hecho causal dentro de su perspectiva incorporándose al sistema como meros derechos subjetivos. Desde mi perspectiva, al funcionamiento descriptivo de la Teoría pura del Derecho, no bastaría una simple positivización de los derechos humanos para

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 21-23.

⁵⁹ Incluso en la primera edición de la Teoría Pura del Derecho Kelsen señala que aun cuando existe la necesidad de separar al Derecho con las concepciones que tradicionalmente ha tenido con la moral, ello no quiere decir de ninguna manera que haya que rechazar la exigencia de que el Derecho deba ser moral o bueno. (Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 1a. ed., trad. de Gregorio Robles Morchón y Félix F. Sánchez, Madrid, Trotta, 2011, p. 48)

su correcto funcionamiento, puesto que dicha teoría elimina del Derecho los elementos causales⁶⁰ y se desentiende de la persecución de fines teleológicos⁶¹, lo cual generaría varios inconvenientes si buscamos que el Derecho se guíe con el fundamento dialéctico de los derechos humanos. El problema central se encuentra en la exigencia de la teoría de emancipar la causalidad de las normas jurídicas, lo cual inminentemente rechazaría la posibilidad de la persecución teleológica del fundamento, con lo cual *ipso facto* los derechos humanos perderían su naturaleza dialéctica pues las normas que se tendrían serían estáticas –no respecto del sistema jurídico que como el mismo Kelsen señala mantiene una dimensión dinámica⁶²– en lo referente al aspecto discursivo constructivista de los derechos; en todo caso podríamos hablar de normas jurídicas que confieren derechos subjetivos de diversas índoles, lo cual por cierto es un error recurrente de algunas posturas teóricas – que en otro apartado abordaré– respecto de los derechos humanos y el Derecho.

En segundo lugar, y aun si obviásemos los obstáculos anteriormente mencionados, encontraríamos una imposibilidad tanto hermenéutica como argumentativa, pues se encuentra una imposibilidad de apelar a la naturaleza de los derechos humanos, en cuanto esto en gran medida sería teleológico; los operadores jurídicos en la Teoría pura del Derecho se encuentran constreñidos a apelar sobre una norma jurídica controvertida sólo lo que una o un conjunto de normas jurídicas superiores prescriben.

En conjunto, el sistema propuesto por Kelsen no garantiza más que una limitada funcionalidad de los derechos humanos, en todo caso su operatividad jurídica *prima facie*; mas nada nos dice que exista la imposibilidad de un orden opresivo o despótico solo por incorporarlos al sistema, pues bien hasta los más terribles gobiernos han concedido –y conceden– algunos de estos derechos en alguna medida, pero de ello no se sigue que fuesen –o sean– sistemas, tanto políticos como jurídicos, apegados a los derechos humanos.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 15-18.

⁶¹ Recaséns Siches, Luis. *Op. cit.*, pp. 128-129.

⁶² Kelsen, Hans, *Op. cit.*, pp. 203-205.

Insisto en estar consciente de las razones metodológicas de estos teóricos, entiendo hasta cierto grado las razones detrás de la búsqueda de la separación del Derecho de otros factores, e incluso valoro muchos de sus resultados que sin duda han asistido a la evolución del razonamiento jurídico en varias instancias de éste. Sin embargo, considero que las visiones que emancipen a nuestra disciplina de los factores que le concurren *cuasi* inherentemente son posturas desnaturalizantes, se les ha tachado de *reductivistas*⁶³ e incluso de inminentemente ignorantes de los hechos reales a los que denominamos jurídicos. Aun desde una visión científicista cabría hacer una reflexión análoga a otras ciencias, por ejemplo, *¿no sería un biólogo que ignora los conocimientos de la química incompetente respecto de su materia?* No significa que el biólogo tenga que ser docto en química, pero es indiscutible que varios aspectos de esta disciplina son indispensables dentro de la materia que estudia. En el mismo sentido Javier Muguerza nos invita a la reflexión de los teóricos respecto del Derecho con la siguiente afirmación:

“La automatización del Derecho operada en la Modernidad con ayuda del Derecho racional, que permitió la introducción de diferenciaciones con el antes complejo bloque de la moral, el Derecho y la política [...] no puede significar un completo divorcio entre Derecho y moral, o la política por otro lado, pues el Derecho devenido positivo no prescinde en rigor de sus internas relaciones con ninguna de esas instancias.”⁶⁴

1.2 Condiciones para que la teoría del Derecho de cuenta de los derechos humanos.

Este apartado en cierta medida sigue la línea de la parte final del anterior, con la diferencia de que en vez de centrarme en las cuestiones que imposibilitan la incorporación del discurso de los derechos humanos al

⁶³ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, 3a. ed., trad. de José Guerrero R., Bogotá, Temis, 2007, pp. 24-25.

⁶⁴ Muguerza, Javier, *Op. cit.*, p. 37.

Derecho, me centraré en aquellas que considero podrían beneficiar a dicho fin. Para ello me alejaré de la discusión sobre la “estricta” razonabilidad y científicidad de las diversas teorías jurídicas para enfocarme en las cuestiones estructurales de sus posturas.

De este modo, la tarea que me propongo es esencialmente constructivista, buscando trazar un bosquejo de directrices que una teoría del Derecho podría considerar o contener partiendo de una premisa de Carlos Santiago Nino, quien sugiere que, para que el Derecho pueda dar cuenta de los derechos humanos es necesario admitir que hay un proceso de ajustes mutuos entre la elucidación conceptual y elaboración de la teoría en cuyo marco el concepto será operado⁶⁵. Así, reitero las observaciones que he realizado al inicio de este capítulo, y me adentro en esta labor partiendo de la siguiente reflexión.

Concuerdo con Ronald Dworkin en su observación referente a que en la práctica los operadores jurídicos; especialmente en los casos difíciles, ante las irremediables controversias teóricas sobre lo que el Derecho es recurren como medio de evasión a la apelación de que éste es observable como un “hecho evidente” sosteniendo que: “El derecho es sólo aquello que las instituciones legales, tales como legislaturas, consejos municipales y cortes, han decidido en el pasado [...] El derecho existe como un hecho evidente, en otras palabras, y lo que es el derecho de ninguna forma depende de lo que debería ser”⁶⁶. Con todo, como el mismo autor da a entender, si los sostenedores de estos argumentos verdaderamente creyeran en tales afirmaciones no habría discusión teórica, no obstante la hay. Ello lleva a Dworkin a afirmar que: “cuando [los operadores jurídicos] parecen disentir en forma teórica sobre lo que es el derecho, en realidad disienten sobre lo que debería ser. Su desacuerdo es sobre cuestiones de moralidad y fidelidad y no sobre derecho.”⁶⁷

⁶⁵ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, *Op. cit.*, p. 13.

⁶⁶ Ronald Dworkin, *Op. cit.*, p. 19.

⁶⁷ *Ibíd.*

De lo anteriormente señalado por el iusfilósofo norteamericano me nace una pregunta *¿No sería necesario reenfocar a la teoría del Derecho hacía los horizontes de aquello que la práctica jurídica es en los hechos?* Mi respuesta es afirmativa. Aun cuando el discurso del Derecho en Modernidad nos ha establecido que nuestra materia es, y debe ser, medio y efecto de la certeza, esto ha sido una ilusión. El hecho de caracterizar al Derecho como un sistema organizado de normas con imperativos deónticos no significa, ni ha significado en modo alguno, que se eliminen los factores de discrecionalidad. Todo lo contrario, definir al Derecho de este modo solo ha llegado a generar un disfraz para ocultar que efectivamente hay discrecionalidad en el mundo de lo jurídico; y lo problemático de ello ha sido que bajo dicho velo se ha perdido un alto control sobre tales factores de discrecionalidad justificando las medidas más atroces con frases tales como “conforme a Derecho”, “el imperio de la ley” o aun peor “la justicia del Estado de Derecho”. Al respecto de este problema Carlos Santiago Nino llega a mencionar que:

“La dogmática jurídica que se desarrolla actualmente en los países de tradición continental europea de hecho toma posición respecto de cuestiones axiológicas, pero suele hacerlo en forma encubierta bajo la pretensión conceptualista de que pueden derivarse conclusiones normativas del mero análisis y combinación de nociones jurídicas [...]”⁶⁸

Incluso si se observa detenidamente a este fenómeno, se puede afirmar que ha generado una inmensa paradoja respecto de las teorías que buscaban señalar la certeza que genera el Derecho, ya que bajo los modelos postulados –aquellos que perdieron el control de la medida– el sistema normativo no genera el mínimo de certeza que lo justificaría como necesario y que por ende se exigiría de éste.

Resulta interesante encontrar una perspectiva para una salida satisfactoria al problema anterior en un jurista que fallece incluso antes del inicio de la Segunda Guerra Mundial. Uno de los precursores de la escuela

⁶⁸ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Op. cit. p. 22.

neokantiana de la filosofía jurídica, Rudolf Stammler sostiene que el Derecho no es más que una forma lógica especial, un pensamiento unitario que determina, en contacto con la realidad, su campo de acción y sus casos particulares⁶⁹; es decir, una forma lógica bajo la cual se nos presenta un cierto orden de fenómenos⁷⁰. Lo anterior resulta plausible en cuanto a que dicha postura, en cierta medida, retorna al concepto de ciencia⁷¹ del Derecho o jurisprudencia a sus orígenes romanos respecto de la *interpretatio prudentium* al lado del *ius*⁷²; es decir, el Derecho deja de ser sólo normas para ser el razonamiento prudencial que encuentra sus principios lógicos para resolver problemas prudentemente respecto de un acto social que se contrasta con una norma que prescribe una normal condición de comportamiento en sociedad. En el mismo sentido Stammler define al Derecho como un *querer (Wollen)*⁷³ que ordena a los medios con los fines perseguidos.

Una vez establecido su concepto de Derecho, Rudolf Stammler con pericia afirma que no basta saber lo que es Derecho –ello es útil sólo hasta cierto punto– sino cómo debe ser para que satisfaga las exigencias de justicia⁷⁴. Es a partir de esto que el autor alemán propone como segundo tema

⁶⁹ Cfr. Recaséns Siches, Luis, *Op. cit.*, p. 55.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 65.

⁷¹ Entendiendo el término “ciencia” no bajo los parámetros conceptuales contemporáneos del vocablo, sino basado en los parámetros fijados por los antiguos pensadores griegos, como un razonamiento progresivo que va de la inducción a la deducción generando principios generales que puedan ser contrastados con los hechos particulares para la explicación de sus causas. (Cfr. Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2008, pp. 12-14)

⁷² Tamayo y Salmorán, Rolando, *Op. cit.*, pp. 124-129.

⁷³ La significación de la palabra “querer” en el idioma español es desafortunada para explicar la doctrina de Stammler. Para fortuna mía que no hablo alemán, Luis Recaséns Siches realiza la aclaración pertinente. Así el reconocido jurista hispano mexicano aclara que el vocablo “querer” tendría dos significaciones en la lengua alemana *Willie* y *Wollen*, el primero se relaciona significativamente con la intención psicológica de la voluntad, mientras que el segundo se refiere a una estructura conceptual ordenada teleológicamente presidida por las nociones de fin y medio. (Cfr. Recaséns Siches, Luis, *Op. cit.*, p. 57.)

⁷⁴ *Ibid.*, p. 54.

en relevancia para la filosofía jurídica el de la *doctrina de la rectitud del Derecho*⁷⁵.

La propuesta de Stammler es tentadora si se considera que las líneas de pensamiento de la época –y aun varias actuales– rechazaban esta posibilidad, pero indudablemente debería ser retomada dentro de las reflexiones de los filósofos del Derecho puesto que ésta es bastante adecuada a las exigencias que hoy bajo el discurso de los derechos humanos se hacen de todo sistema jurídico. Además si se observa minuciosamente el planteamiento hasta este punto realizado por el jurista alemán, éste encuentra puntos vitales de conexión con las observaciones antes expuestas por Ronald Dworkin.

Es observablemente cierto que el concepto del Derecho para los operadores jurídicos pareciera ser un hecho evidente, aunque sólo hasta el punto del razonamiento sistematizado y las normas jurídicas, ello sería en todo caso el verdadero concepto de Derecho, una lógica unitaria de presupuestos dogmáticos en conjunción con las prescripciones normativas. De modo que para superar el altísimo grado de abstracción del concepto de Derecho otorgado y hacerlo asequible de acotación factual nos encontramos ante la posibilidad de hilar factores concurrentes al Derecho que hemos establecido como una lógica especial. Es en este sentido donde volverían a encontrarse la polémicas sustanciales respecto de la teoría, y considerando lo que ya he referido al inicio de este capítulo, queda claro que ninguna sería del todo objetiva, de modo que lo pertinente sería realizar afirmaciones y concatenaciones no sobre lo que es el Derecho, sino lo que se exige de él, que si se piensa cuidadosamente, las demandas que se hacen de algo como condiciones de *necesariedad* son parte del concepto de ese objeto, por ejemplo, “democracia”; sin ahondar en cuestiones complejas, en sí es la exigencia de participación de todos en la toma de decisiones; o al menos de una gran mayoría, de no cumplirse tal demanda mínima queda claro que

⁷⁵ *Ibíd.*

respecto del uso de ese término hay algo falso, al menos por cuanto a que no se vale por el interés de todos los involucrados⁷⁶.

Es por lo anteriormente mencionado que si considero que he de aportar elementos o proponer condiciones para una teoría del Derecho que de cuanta de los derechos humanos, sostengo que –y considerando lo anteriormente dicho sobre el fundamento de los derechos humanos– una de las cualidades más relevantes sobre una teoría del Derecho se centra en observar lo político en o del sistema jurídico. Esto significa que no basta con que la teoría acepte la permeabilidad de las cuestiones políticas dentro del mundo de lo jurídico. Sino que determine el modo en que esto sucede, de manera que sea el mismo Derecho el que fije los medios en que tales cuestiones entran en el ámbito de lo jurídico, estableciendo cuáles son sus límites y cuales sus posibilidades. Esto no significaría simplemente realizar normas referentes a lo político, que regulen a los partidos, las condiciones de manifestación pública o los mecanismos de elección popular, pues todo ello sería igualmente en una teoría normativa.

Es necesario entonces hacer una acotación. El recalcar que lo político y lo jurídico sostienen una relación cíclica de retroalimentación, donde el primero logra modificar el segundo y éste a su vez encausa al anterior estableciéndole condiciones para su *juridicidad* y por tanto modificándolo respecto de lo que originalmente era su totalidad. De las deficiencias o nuevas condiciones determinadas por el Derecho –así como por el devenir social– las condiciones políticas se renuevan exigiendo y generando nuevas modificaciones en el sistema jurídico. Indudablemente esta es una historia sin fin que no obstante no es ajena al mismo devenir que siempre ha experimentado el Derecho.

Entonces, una vez determinado que los derechos humanos tienen una profunda esencia moral de la cual emanciparlos significaría desnaturalizarlos, y a su vez, determinado que el Derecho que busca la protección y preservación de objetos trascendentes y transcendentales –en cuanto a que apela a valores y a la preservación en el tiempo de un orden social–, se debe constantemente

⁷⁶ Höffe, Otfried, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, trad. Jorge M. Seña, México, Fontamara, 2004, p. 153.

revisar su funcionamiento en torno a principios morales y las directrices políticas, el siguiente paso lógico sería el contrario al que he seguido hasta este punto, esto es, establecer cuáles habrían de ser las condiciones que, al menos teóricamente, el Derecho debería determinar de sí para dar entrada a una mejor protección de objetos y fines trascendentes y transcendentales, entre ellos, los derechos humanos.

Aunado a las aportaciones positivistas ya antes resaltadas como útiles por cuanto a los que sería el esqueleto del sistema jurídico, pero tomando en cuenta el grave inconveniente de que las normas son criterios aplicables todo o nada (*all-or-nothing*)⁷⁷; en dar respuesta a la cuestión anterior creo que Ronald Dworkin presenta más que las pistas, las posibles soluciones teóricas a lo que se busca del propio sistema jurídico en la práctica.

Lo primero que tendría que establecerse para la teoría es que en la práctica los abogados, jueces y en general los operadores jurídicos en general utilizan estándares que no funcionan como reglas o normas⁷⁸, sino que operan en distinto modo. Dichos estándares podrían ser de dos tipos: directrices políticas; entendidas como una meta a ser alcanzada, o principios morales; siendo en tal caso pautas a ser observadas ya sea por su requerimiento de justicia, equidad o alguna otra dimensión que implique a la moral⁷⁹ como en sí son las normas de conducta para el convivio pacífico.

Considero que habría de tenerse siempre en cuenta que los principios morales y las directrices políticas, por cuanto respecta al ámbito de lo jurídico, éstos van entrelazados, puesto que el Derecho aun en su faceta privada busca preservar un orden social que implica lo público, y que necesariamente es político, por ejemplo al Derecho en el Estado laico no le debe de importar lo que dos personas hagan en una habitación mientras que sea por mutuo consentimiento, nadie salga severamente dañado y esto no afecte a terceros. En todo caso el propio Dworkin señala que es posible que ambos criterios se

⁷⁷ Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1978, p. 24.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 22.

⁷⁹ *Ibid.*

mezclen en la resolución de casos⁸⁰ y lo que es relevante para el fin de esta obra es que nos permitiría trascender la rigidez de la norma cuando ésta no acabe de dar respuestas a los requerimientos de los derechos humanos, los cuales justamente –en su fundamento respecto del Derecho– son una mezcla de directrices políticas y principios morales.

1.2.1 El fundamento del Derecho.

Una de las hipótesis que ya he enraizado en las páginas anteriores consiste en sostener que para que el Derecho de cuenta del discurso de los derechos humanos éste debe necesariamente acompañarlo o ir coordinado en la medida de lo posible con dicho discurso. Pero, ¿qué significaría esto? Es parte de lo que busco contestar en este capítulo, siempre bajo la premisa de que para tal objetivo del Derecho nada ha de ser incuestionable. Planeo adentrarme en algunas cuestiones bien enraizadas de la dogmática jurídica para poder llegar plantear algunas premisas teóricas de cómo se podría hablar del fundamento del sistema jurídico de modo que este hecho sea acorde al discurso de los derechos humanos.

A mi manera de ver las cosas, la parte más compleja de cualquier teoría es precisamente aquella parte en la que ésta tiene que fundamentar la existencia de su objeto de observación, o al menos lo es desde que se tiene una pretensión metodológicamente “científica” respecto de las ciencias sociales. No pareciera ser difícil por la plausibilidad con que un teórico pueda sostener dicho fundamento, sino por el desacuerdo respecto de la “cientificidad” de éste. Pero, tal desacuerdo sobre la “cientificidad” tampoco tiene que ver con ésta, en realidad tiene que ver con *desde qué perspectiva se observe el objeto de estudio* para determinar su racionalidad⁸¹.

La cuestión de la perspectiva *desde la que se observe el objeto de estudio* pareciera haber llevado a varias confusiones a partir la perspectiva de

⁸⁰ *Ibid.* pp. 22-23.

⁸¹ MacIntyre, Alasdair, *Op. cit.*, pp. 1-11.

“cientificidad” puesto que ésta exige –o exigía– que cualquier objeto de estudio, para serlo científicamente, debía de explicarse desde sí mismo, y no desde ningún otro supuesto. En este sentido, su fundamentación sólo podía existir en sí mismo, tanto como su creación y su expansión, es decir, el objeto del estudio científico había de ser autopoiético por excelencia.

No puedo concordar del todo con la tesis anterior puesto que; aun conceptualmente, un ente que se pudiese fundamentar en sí mismo sería (un) dios; el aceptar tal afirmación del Derecho sería sumamente grave puesto que impediría su posibilidad de perfeccionamiento externo, las perspectivas políticas o morales en la sociedad no podrían realizarle exigencias, ya que lo único que podría perfeccionar a un dios sería su propia persona. Pero del Derecho, tanto como de otros elementos de las ciencias sociales no se puede decir esto, no al menos si queremos que satisfaga cuestiones del orden social que van desde condiciones económicas hasta presupuestos de incorporación multiculturalistas, para ello es evidente que nuestra materia constantemente debe observar a estas exigencias, desde la producción legislativa hasta la sentencia que concreta la determinación de la norma, y es que si se busca en, por ejemplo, cuestiones económicas, se espera no una aplicación abstracta de la norma que ignore las circunstancias, por el contrario, para que la mejor decisión sea tomada por un juez o funcionario público esperamos como mínimo que éste tenga una conciencia de los hechos circunstanciales para que su decisión sea la mejor posible, y si no fuese así, por lo menos no una visión ciega que afecte las expectativas.

Ahora, hay un otro problema respecto de la fundamentación del Derecho desde la perspectiva de la teoría jurídica predominante. Ésta, que ha procurado la mayor científicidad de su explicación respecto de su objeto de estudio, preponderantemente mediante métodos analíticos, ha dejado una tesitura demasiado abstracta y abierta sobre el fundamento del sistema jurídico. Por ejemplo, en la teoría de Hans Kelsen se señala que la *Grundnorm* o *norma fundante básica* es un supuesto o norma hipotética de naturaleza lógico-trascendental cuya primera manifestación de producción normativa se encuentra en la constitución que puede ser efectivamente impuesta, producida

por la costumbre o promulgada expresamente⁸²; en este sentido el maestro vienés señala que la *Grundnorm* es la esencia de la constitución, de modo que para conocerla habíamos de realizar un estudio de algún modo hermenéutico de ésta. No obstante, en términos materiales la *norma fundante básica* nos dice poco sobre su existencia; exceptuando por el hecho de que puede nacer de un orden despótico o de uno democrático, poco señala sobre su sentido y en definitiva el realizar una labor hermenéutica sobre ésta no garantiza resultados concretos, sin importar lo “científica” que pueda ser la labor de interpretación, los resultados de dicho esfuerzo pueden variar ampliamente dependiendo de la perspectiva de quien realice la exégesis.

De las anteriores observaciones, creo que se pueden afirmar por lo menos dos condiciones para la fundamentación material del Derecho, la que observa el poder y la que observa la producción normativa, ambas por supuesto estrechamente vinculadas. La primera, relativa al poder, y por ende relativa a la obligatoriedad o fuerza coercitiva que se utiliza para lograr el imperio de un orden determinado. Para esta cuestión es muy sencillo y útil retomar las metáforas de las posturas contractualistas, pero no meramente como la cesión de la soberanía a una persona abstracta que de ese punto en adelante determine el Derecho con gran margen de arbitrariedad, ni tampoco una de simple democracia formal. A partir de esos impedimentos encuentro un segundo elemento fundante del Derecho, aquello que aún previo a la cesión del poder al ente gobernante se tiene como límite en cuanto a interés común. Ello necesariamente constaría de dos consideraciones: aquello que los hombres no permitirían que actuase en contra suya como colectividad y la cuestión consuetudinaria sobre cómo permitirían que dicho orden existiese, de nuevo el *porqué* y el *cómo* se encuentran en el fundamento.

Lo anterior lleva a otras dos cuestiones. La primera consta en establecer que el Estado y el Derecho son cuestiones diversas pero profundamente entrelazadas, en la medida que el primero se conforma y consolida comienza a instrumentar su funcionamiento mediante el segundo generando un ordenamiento. Esto nos lleva necesariamente a la segunda cuestión, el

⁸² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Op. cit., pp. 208-209.

Derecho nace de la fuerza del Estado para establecer un ordenamiento de directrices para procurar una dinámica sana o deseable del orden social. De modo que el fundamento del Derecho necesariamente recaería sobre la cuestión de la valoración sobre las directrices dirigidas a procurar el mejor o más deseable orden social. Pero, ¿cuáles son los principios o normas a los que apela el Derecho? Si no determinamos de algún modo dicha respuesta, aún bajo la apelación a principios y directrices políticas podría encubrirse un fatal acto de despotismo.

Por supuesto, la idea contractualista, tal como la maneja Rawls, no supone que en realidad haya existido un momento en que tal suceso se haya realizado, sino utilizarlo como supuesto conceptual que se actualiza en la toma de medidas públicas; es decir como el supuesto fundante que se actualiza con el devenir del mundo, con el cambio de condiciones en que se realiza la vida, y siendo esencialmente diverso de la *Grundnorm* de Kelsen en que su actualización no es solo material, sino también sustancial.

Para nuestro caso, en el ámbito jurídico el supuesto fundante que se actualiza refiere a la producción de legislación, e incluso en casos difíciles a la proclamación de sentencias que soslayan la aspiración de justicia. Sobre este último punto cabe hacer una reflexión. Este ensayo ha procurado sostener una dualidad en la teoría del Derecho, donde ésta sostenga tanto un plano de apelación a valores o hechos trascendentes, como un sustento en hechos reales. Respecto de la justicia queda bien ilustrado el punto del fundamento de la teoría. La justicia es un concepto que apela a un supuesto utópico, por lo cual el Derecho en sí no puede apelar del todo a ella pues significaría sustentar un sistema jurídico en nada, generando un alto grado de incertidumbre, y en sí, la certeza es un valor referente no solo a la justicia, sino al discurso de los derechos humanos⁸³. El otro posible problema de apelar a la justicia sería en todo caso fundamentarla en valores absolutos que como ya ha quedado establecido son discutibles y la consolidación de unos en detrimento de otros, dentro del sistema jurídico, podría llevar a la opresión de otros que no necesariamente se encuentran favorecidos ante la posición de esos valores,

⁸³ Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Op. cit., p. 30.

por ejemplo sostener como valor absoluto el respeto a la propiedad, además de que ello degeneraría en un sistema jurídico estático que al admitir valores absolutos como su fundamento no tendría razón de modificarse pues los valores no varían; esto degeneraría en una imposibilidad del Derecho de tener un carácter dúctil que observe el devenir del mundo que supone el discurso de los derechos humanos.

No obstante el hecho real en el que podemos sostener esta teoría del Derecho es que hay una exigencia social constante que apela a la justicia, en este sentido el fundamento del Derecho recaería sobre la observación constructiva de la coherencia de los posibles valores a los que la sociedad apela como justos, siempre desde una perspectiva igualitaria abstracta como la que proporciona la metáfora del *velo de ignorancia* a modo de parámetro para el establecimiento de un original planteamiento de justicia imparcial⁸⁴ previo al establecimiento del orden social. Todo lo que anteriormente he expuesto; considero, nos otorga una buena pista de lo que podría ser el fundamento del Derecho concorde al discurso de los derechos humanos.

1.2.2 Del orden social al orden jurídico.

Uno de los puntos determinantes de toda teoría del Derecho es su proceder respecto de la sociedad, cómo ésta genera normas en un principio de orden ético o moral, y posteriormente jurídico. De modo que en este apartado el punto a tratar teóricamente es, cómo los derechos humanos en cuanto a discurso ético interactúan en una sociedad para pasar posteriormente al sistema, y en este sentido cómo dicha incorporación se podría observar para una teoría del Derecho que tome en cuenta a los derechos humanos.

El fenómeno de la creación del Derecho y en sí de derechos (con sus respectivas obligaciones) no es ajeno a las teorías del Derecho, y mucho menos al fenómeno de los derechos humanos que alcanza a realizar

⁸⁴ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2a. ed., trad. de María Dolores González, México, FCE, 2011, pp. 119-122.

exigencias concretas mediante a los tratados internacionales y positivización dentro de los órdenes jurídicos nacionales.

En este sentido es de suma relevancia determinar cómo o que estándares del proceder social son o es justificable que sean apelados como Derecho⁸⁵. Esto en dos sentidos, tanto para lo que sería el sistema normativo, tanto como lo sería para la ponderación argumentativa sobre los hechos que se presentan ante un juez.

Respecto del fenómeno de los hechos sociales a la creación de derechos humanos positivizados es fácil observar que no en balde se habla de “generaciones de derechos humanos”. Ahora, hay una objeción grande respecto al hablar de ·generaciones de derechos humanos· puesto que por alguna razón –que no pretendo explicar o ahondar en esta tesis– ha habido un malentendido considerando que el establecimiento de las generaciones implicaba una suerte de jerarquización de modo que los derechos de “primera generación” eran absolutos y centrales, de modo que los de “segunda y tercera generación” habían de ser periféricos y solamente realizables bajo la condición de no afectar las pretensiones absolutas de los derechos de “primera generación”. Me parece que es algo extraño, y hasta cierto grado incoherente, que se haya presentado esta confusión puesto que incluso desde la dogmática del derecho internacional ningún tratado de la misma materia exige primacía sobre otro. En ninguna cláusula de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se establece que ésta tenga preeminencia sobre ningún otro tratado internacional de la misma naturaleza. No obstante, sí se presentan en estos tratados; dentro de sus preámbulos, una exigencia de entenderlo como dependientes unos de los otros al grado tal de establecer que la realización de unos es condición necesaria de los otros y viceversa, esto queda claramente señalado en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que al pie de la letra dice:

“Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal

⁸⁵ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, *Op. cit.*, pp. 29-31.

del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos [...]"

Si se obvia el anterior problema por su notoria incoherencia y se consideran a las "generaciones" como lo que son, un instrumento pedagógico para su mejor difusión y clara enseñanza de su naturaleza histórica, entonces nos topamos con un instrumento maravilloso para la solución de diversos conflictos y problemas conceptuales, de hecho observando las categorías históricas de la división de éstos es que se puede entender las circunstancias del mundo que llevaron a entender como una exigencia justificable cierto derechos que no necesariamente comparten la misma naturaleza circunstancial de otros que deben ser considerados igualmente importantes. En resumidas cuentas, esta división nos permite entender que el discurso de los derechos humanos vive y nace de diversas circunstancias, lo que igualmente permite aplicarlos a las más diversas instancias de la vida social.

Es importante hacer una breve referencia sobre cómo nace la idea de la división de los derechos humanos en generaciones y qué es lo que se buscaba con ello. La noción de "generaciones" es introducida por quien en aquel entonces desempeñaba la función de director del Instituto Internacional de Derecho Humanos de Estrasburgo; Karel Vasak, inicialmente en un artículo denominado *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme 30 Ans Après* donde buscando explicar la naturaleza de las demandas de los diversos tipos de derechos Vasak señala que éstos han obtenido su naturaleza histórica en el *oponerse* al Estado (derechos civiles y políticos), *exigir* al Estado (derechos económicos, sociales y culturales) y promover la *solidaridad* (ambientales, culturales, en general difusos)⁸⁶. La obra pedagógica de Vasak continuaría con la edición de la obra *The International Dimensions of Human Rights* en 1979. Con dicho tratado –en el que participarían diversos doctos en la materia– el

⁸⁶ Vasak, Karel, "La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme 30 ans après", Le Courier de l'UNESCO, Paris, año XXX, número 11, noviembre de 1977, pp. 29-32.

jurista checo buscaba sentar las bases para la promoción y construcción de lo que sería una ciencia del conocimiento sobre los derechos humanos⁸⁷.

La labor de Karel Vasak es destacable en cuanto presenta una pista metodológica para entender la naturaleza de las diversas categorías de los derechos humanos en marcos históricos hasta comprender su configuración moderna. Si bien no es novedoso el estudio en cuanto a situaciones históricas que generaron los diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos, la aportación del jurista checo es útil –sobre todo en su segunda obra– donde supera la simple abstracción imperativa de los derechos para arraigarlos a las condiciones sociales que los exigen y determinar cómo han de exigirse, puesto que como él lo señala, no sería fácil determinar que los derechos son “auto-aplicativos”⁸⁸. Lamentablemente las aportaciones de Vasak en un aspecto filosófico terminan en lo ya mencionado, continuando su obra en las explicaciones positivistas de los diversos tratados. Sin embargo, no se le puede reprochar el no haber aspirado a más filosóficamente puesto tu carrera consistió en ser catedrático y practicante del Derecho internacional, no de la filosofía jurídica.

Si uno continua la metodología de las “generaciones de los derechos” para entender histórica y filosóficamente aquellos que se han consolidado en forma normativa en la Carta Internacional de los Derechos Humanos, incluyendo a las distintas condiciones y tratados que consolidan derechos difusos de tercera generación, entonces uno efectivamente se encuentra con cuestiones de lo más diversas e incluso contradictorias, pero, con denominadores comunes observando a la historia de cómo surge cada tipo de derechos.

De la primera generación, la denominada “de los derechos civiles y políticos” la exigencia era respecto del pueblo solicitando la protección de su persona, propiedades y sus decisiones, así como la participación en las decisiones que afectan la vida pública, las decisiones políticas por ser

⁸⁷ Vasak, Karel, *The international dimensions of human rights*, Paris, UNESCO, 1979, p. III.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 145.

relevantes respecto de sus propios intereses⁸⁹. Esto se observa desde la promulgación de la Magna Carta en que el pueblo inglés exige el respeto de su libertad –el libre albedrío que dios le había otorgado– por parte de sus gobernantes, así como un mínimo de participación sobre las decisiones gubernamentales que afectaban a la propiedad⁹⁰, pasando por las revoluciones estadounidense y francesa como versiones más desarrolladas de las mismas exigencias.

La segunda, denominada “derechos económicos, sociales y culturales” que provienen de exigencias más recientes de la vertiente crítico-socialista reclamando mayores condiciones de igualdad y condiciones de desarrollo. En esta generación queda establecido que no sólo el Estado puede quebrantar derechos humanos, que fácticamente los particulares tienen en sus manos poder suficiente para someter la condición de otros sin caer en la concepción tradicional o antigua de “esclavitud” y que un contrato no significa poder perjudicarse hasta denigrar la propia condición humana⁹¹. Se establece entonces que ante estas situaciones deplorables en las que el hombre somete al hombre, el Estado es cómplice de la atrocidad y tragedia de quienes sufren si éste no realiza acción alguna para evitarlo⁹². De modo que con las exigencias de esta “generación” se rompió con la concepción política bastante radical del Estado “no interventor” para tornarlo en “regulador”. En esta nueva etapa en la que se comprenden derechos “liberales” y “sociales” la labor del Estado se encuentra determinada en una mediación entre las exigencias de la totalidad de los derechos, donde hay aspectos de la vida de los gobernados donde se le exige un actuar negativo o de abstención, pero a la vez se le demanda asuma un rol activo para evitar posibles abusos en las relaciones existentes entre sus gobernados.

⁸⁹ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, 6a. ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2009, pp. 26-27.

⁹⁰ Pinelli, Cesare, *Forme di stato e forme di governo*, Napoles, Jovene, 2007, pp. 18-21.

⁹¹ Cfr. De Sebastián, Luis, *De la esclavitud a los derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 145-149.

⁹² *Ibid.*, pp. 151-154.

Y la tercera generación, comúnmente llamada de “derechos difusos” y que incluso algunos han llegado a denominar de “solidaridad”, donde se encuentran prerrogativas de las más diversas índoles, las ambientales, las multiculturalitas, y las responsabilidades sobre el desarrollo científico y tecnológico. Tal vez sobre esta generación serían necesarios más estudios, pues si bien se ha escrito bastante en materia de ambientalismo, es difícil encontrar posturas que puedan ser clasificables de filosofía jurídica al respecto.

En lo tocante a la tercera generación, considero que lo único indubitable respecto de ella es la cuestión de si en realidad merece la categoría de ser llamada de “derechos humanos” propiamente. No obstante, y aun cuando es posible ver a la tercera generación como un “catálogo” no consolidado, y que es cierto que probablemente estos derechos siguen en proceso de consolidación, no creo que sea irrelevante tomar en cuenta las diversas exposiciones que de ésta se derivan para observar si es que en ella habría derechos humanos propiamente o más bien, condiciones o medidas que generarían la mayor satisfacción de los derechos humanos.

La relevancia de la última generación es paradigmática para el derechos humanos si se considera que dentro de las declaraciones que de esta generación se han derivado se presenta la formulación del “derecho para las generaciones futuras” y la “necesaria competencia internacional”, de modo que ahora y justo por la generación “en proceso de consolidación” tal vez habría que hablar no de derechos humanos, sino de derechos de la humanidad, abarcando no sólo las condiciones necesarias para los presentes, sino para lo que vendrán, es decir, no de los entes concretos en un tiempo determinado, sino de los entes abstractos que no se encuentran identificados aun en el tiempo.

Sin embargo, desde una perspectiva crítica considero que en términos generales las prescripciones que se encuentran en los varios documentos respectivos no son *derechos* propiamente hablando –sólo algunos de ellos como el derecho a un medio ambiente sano– y que considerarlos en cuanto tal no ha hecho sino generar más confusiones sobre el discurso justo cuando se

están saldando las respectivas entre los derechos de primera y segunda generación.

No obstante, insisto, la tercera generación efectivamente sostiene relevancia para el discurso de los derechos humanos, pues si bien en los documentos que la integran no hay propiamente derechos humanos, si se podría decir que hay derechos accesorios a los derechos humanos que facilitan o guían a la mejor procuración o protección de los derechos de primera y segunda generación y la firma de dichos tratados es imperiosa en cuanto tal. En todo caso, su relevancia se encuentra casi a la par a la primera y segunda generación si se toma en cuenta el señalamiento de Upendra Baxi que he referido en la introducción de esta obra, y es que el futuro de los derechos humanos podría no recaer en su creación sino en su potencialidad de crear los muchos mundos realmente existentes de los derechos humanos.

Capitulando, si hemos de observar primero por el fundamento filosófico de los derechos humanos, habremos de ver una condición discursiva a la libertad humana muy similar a al libre albedrío del que la tradición cristiana ha sostenido que dios ha dotado al hombre al grado tal de permitirle no creer en él y actuar por su propia conciencia, si así se puede decir, no es difícil sostener que la tradición de los originales derechos humanos tenga una vertiente tomista que posteriormente, con el desarrollo del pensamiento laico característico de la Modernidad sería secularizada para fundamentarse, si bien se quiere, en lo que en la tradición anglosajona denomina *agency* y que se traduce en la libertad de empresa o iniciativa, donde un hombre si se le ha de considerar digno tiene la capacidad de autodeterminarse.

La segunda vertiente de esta fundamentación *liberal* se observa en los terrenos políticos y cuyos mejores ejemplos históricos son, la Carta Magna, la Declaración de Derechos de Virginia y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de las cuales se observa que más allá de las condiciones que religiosamente todas sostienen ser derechos del hombre en cuanto tal, se debe prestar atención las reclamaciones hacia los detentores del poder, exigiendo su observancia e inclusive las condiciones para que esas necesidades que deben ser cubiertas al hombre por ser tal, sean cumplidas.

Lo que correspondería a la labor de la teoría del Derecho sería observar que los hechos generadores de conflictos entre individuos o grupos y detentores de poder, se público o sea privado devienen en exigencias para el sistema jurídico de una solución que equilibre las condiciones y subsanen los daños. Esto no sería del todo extraño a las teorías jurídicas como por ejemplo la de H. L. A. Hart que asume en la regla de reconocimiento primaria el que de los hechos sociales se adopten reglas o normas⁹³. En este caso, simplemente la formulación es ampliada y distinta en cuanto a ciertas cuestiones. El hecho podría ser de acepción negativa pues no es una conformidad, sino una inconformidad que exige la aceptación de una hipotética norma aplicable que subsane el problema el cual de algún modo podría observarse como una antinomia entre una norma constitucional o internacional que apela a la “equidad” o “condiciones dignas” y una norma o disposición jurídica que la contraviene, tal norma podría incluso ser aquella no escrita, y que lamentablemente el detentador del poder considere la ausencia de norma en su beneficio, como por ejemplo podría ser que la normatividad laboral no estipule las horas de descanso y que en tal sentido el patrón no se sienta obligado a otorgarlas. En este segundo se puede observar otra consideración, que la ausencia de normatividad respectiva sea observada en beneficio de quien se encuentra subordinado al poder. Otro supuesto que cambiaría la teoría sería la apelación a principios morales y directrices políticas de beneficio al desventajado.

1.2.3 El sistema.

He de insistir en que los derechos humanos por cuanto respecta a su incorporación al sistema jurídico tornan al Derecho en un ente teleológico-funcional del sentido y los fines propios y de los mismos derechos humanos. Si por incorporación al sistema nos limitamos a la enunciación, incorporando medios y garantías ignorantes o no adecuadas a los sentidos y fines exigidos, entonces el Derecho será contrario al discurso desde su esencia.

⁹³ Hart, H. L. A., *Op. cit.*, pp. 79-83. y *Cfr.* Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, *Op. cit.*, pp. 19-20.

Pero esto no significa del todo una gran novedad para la disciplina jurídica puesto que en torno al Derecho siempre han concurrido varios factores con los que éste interactúa circularmente, tales a grandes rasgos son de carácter ético/moral y político. Factores traducidos en exigencias, aunque no siempre en términos estrictamente de derechos humanos

Los primeros; de carácter ético/moral, respecto de condiciones mínimas de convivencia para y entre los individuos. Los segundos; los políticos, respecto de la conducción del Estado con los particulares y como ordenador –o árbitro imparcial si se quiere– entre los particulares. Por supuesto existe el ámbito entrelazado de lo “éticamente político”, donde la conducción del Estado afecta o incide efectivamente en la vida civil y respecto de la cual –en teoría– se debería buscar que nos se menoscaben las condiciones de vida digna de nadie.

En la relación circular donde los derechos humanos concurren en tanto en lo estrictamente ético como en lo ético-político, las exigencias que de éstos caracteres se hagan son razones para la creación del Derecho. Recordando que tanto el Derecho como los derechos humanos viven una dinámica constante de metamorfosis, el Derecho, por cuanto respecta a sus operadores, mantiene la exigencia constante de vigilar la dinámica de los derechos humanos mediante las exigencias *justiciables* de su sociedad, esto con el fin de no dejar al sistema jurídico retrasado u obsoleto respecto de la dialéctica de los derechos humanos.

Una vez establecido que los derechos humanos como estándares de justificación racional son un punto de partida que establece condiciones éticas traducibles a enunciados deónticos, lo importante para el Derecho como sistema normativo será articular de modo coherente los enunciados normativos con carácter imperativamente deóntico arraigado en los valores morales que determinan la cualidad ética de los derechos humanos como enunciados imperativos procurando concordancia en cuanto al principio de equidad que habría de vivir tanto en el Derecho como en el discurso de los derechos humanos. De este modo, en un sentido de lógica deóntica, ante una operación en la que “X” tiene derecho a la libre empresa (*agency*) y por otro lado varios

“Y” tienen derecho a un ambiente saludable, acorde a los principios de equidad e igualdad habrá por lo menos dos operadores jurídicos con la obligación de salvaguardar; mediante las facultades que conlleva su investidura, los principios ya mencionados enraizados en el discurso de los derechos humanos. De este modo, tanto el legislador tiene la obligación de limitar el derecho de libre empresa mediante su facultad de productor normativa, como el juez tiene la obligación de impedir mediante sentencia que la empresa de “X” afecte o continúe afectando el ambiente de los varios “Y”. De modo que éstas obligaciones se encontrarían como elementos deónticos inminentes dentro de todas las normas que prescriban la actuación de legisladores, juzgadores y administradores o gobernantes.

CAPÍTULO 2. LOS DERECHOS (SUBJETIVOS) Y LOS DERECHOS HUMANOS.

Como ya he establecido, hay una diferencia esencial entre un derecho subjetivo (genérico) y uno humano, la cual reside en lo que trasciende al sistema normativo; esto es, no porque el derecho humano sea incorporado al Derecho positivo significa esto que ese derecho entra a la simple dinámica de derechos subjetivos que ya preveía el sistema, éste inmediatamente retoma una dinámica especial que continúa diferenciándolo de los derechos subjetivos, por ello si se le quiere distinguir del resto se le puede llamar “derecho fundamental” (o perteneciente al catálogo “derechos fundamentales”, para no incurrir en confusiones respecto de lo que se podría malinterpretar como un derecho que funda a los demás). Al respecto el afamado jurista alemán, Robert Alexy, señala:

“Cuando se trata de un catálogo de derechos fundamentales [entendidos como derechos humanos incorporados al Derecho de un Estado], el problema jurídico de los mismos es, por lo pronto, un problema de interpretación de formulaciones de derecho positivo dotadas de autoridad. En este punto no se diferencia de los problemas de interpretación con los que se enfrenta la jurisprudencia en general. Desde luego, si se echa una mirada a los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, se percibe que la polémica acerca de los derechos humanos y civiles adquiere ciertamente un nuevo carácter en virtud de su positivización como [D]erecho de vigencia inmediata, pero no por eso se pierde en agudeza y profundidad”⁹⁴.

⁹⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 21.

Por ello, en este capítulo ilustraré cuales son las circunstancias y conjeturas que me llevan a sostener que los derechos humanos exigen algo más del sistema normativo que su simple positivización, como se podría esperar de una norma que otorgue un derecho subjetivo cualquiera, así como considero también importante establecer las distinciones entre los derechos en los diversos niveles en que se podrían desarrollar, pues sostener que todo lo que puede ser conceptualizado como “derecho humano” es exigible ante el Derecho también ha generado productos o consecuencias nocivas para el fin de que el Derecho incorpore o acepte respecto de su dogmática posturas que hagan efectiva la tarea jurídica de la defensa y promoción del discurso de los derechos humanos.

2.1 Del origen político a la consolidación jurídica.

Como lo sostuve en el capítulo anterior la segunda fase en el pensamiento fundacional de los derechos humanos es la política, puesto que una vez que se han delimitado las necesidades que conllevan al supuesto de que algo es esencial para el desarrollo de la persona humana (el ámbito moral), el siguiente paso es determinar las condiciones que en el estado de cosas –en el que se desarrolla la persona humana– han de existir y las directrices que han de observarse para la consecución de la satisfacción de las necesidades determinadas anteriormente.

Como todo pensamiento, la realidad debe dar cuenta de su facticidad para dejar de ser un mero ideal. Respecto del estado de cosas, la manutención de las condiciones para la realización de los derechos humanos ha de ser llevada a cabo por aquel que tiene el poder no sólo sobre los recursos materiales y económicos, sino sobre la conducta de los otros, esto es el Estado y sus instituciones que gobiernan a la sociedad. No en balde –aunque desde mi perspectiva, de un modo algo simplista– muchos autores han sostenido que el fundamento de los derechos humanos se encuentra en gran medida en el *disenso* o *conflicto* político⁹⁵ respecto de quienes exigen de quien detenta el

⁹⁵ Cfr. Baxi, Upendra, *Op. cit.*, pp. XV.

poder (la clase política) el reconocimiento, respeto, y más importante aún, satisfacción de condiciones que sostienen esenciales para el desarrollo satisfactorio de sus vidas. En este sentido, si bien el fundamento es algo más complejo, si es verdadero que la historia de los derechos humanos –en cuanto elementos política y jurídicamente reconocidos– ha sido construida en torno al conflicto, lucha o disenso; que su realidad fáctica proviene en gran medida de hechos históricos que se podrían calificar de lamentables.

Para entender mejor el panorama en el que estamos situados hoy en día es menester hacer hincapié en que la formulación del concepto “derechos” y aun más, de “derechos humanos” respecto del Derecho es inminentemente moderna puesto que como algunos estudiosos de los Derechos antiguos han sostenido en Roma no existía un concepto equiparable a la noción contemporánea de “derecho”; no al menos para el sistema jurídico, respecto del cual si se buscara algún concepto análogo habría que referirse al *ius* que no refería tanto a la “titularidad” de las personas sino a “lo que es correcto o debido hacer”⁹⁶.

En el Derecho medieval encontramos un fenómeno distinto. Siguiendo el bosquejo trazado por Paolo Grossi, se podría decir que en el Medioevo coexistían dos Derechos, el primero consistente en los mandatos del Rey o señor feudal a sus súbditos, y el segundo, de naturaleza consuetudinaria, que consistiría en las instituciones practicadas por los gobernados en el ámbito en que las órdenes del soberano no interferían en el desarrollo de la vida social⁹⁷, tales costumbres serían similares a los que se podría llamar hoy como las ramas *procesal* y *civil-mercantil*⁹⁸ del Derecho puesto que consistían en prácticas como la resolución de conflictos y la práctica de figuras como el matrimonio o el intercambio de bienes. Como es posible observar necesariamente el concepto de derechos vivía en el segundo ámbito de la vida

⁹⁶ Cfr. Bix, Brian H., *Op. cit.*, p. 159. y Correas, Óscar, *Op. cit.*, pp. 28-29.

⁹⁷ Grossi, Paolo, *Op. cit.*, pp. 24-27.

⁹⁸ Habría que destacar que en algunos sistemas jurídicos contemporáneos la rama *mercantil* del Derecho sigue siendo una subespecie de la materia *civil*, como por ejemplo el sistema italiano.

jurídica y es justo su condición incierta de no pertenecer propiamente a un órgano estatal regulador –en el sentido de que no son ni decretados, ni reconocidos– lo que lo diferenciaría hoy de nuestro concepto jurídico de “derechos”. El propio jurista italiano nos explica cuál fue el cambio que se dio a finales de esta época que da un giro al concepto de derechos para tornarlos esquemáticamente en algo similar a su postura moderno. Grossi señala que ante la pérdida de poder que estaban viviendo los soberanos a lo largo de Europa a causa de la apertura de los feudos y el creciente poder económico y desarrollo que los gobernados comenzaron a generar (lo cual hacía cada vez más difícil la subordinación pues la sociedad comenzaba a dejar de ser dependiente de los señores feudales) la solución que se encontró para contrarrestar tal oleada emancipadora fue hacer que el Derecho monárquico se entrometiera en la vida consuetudinaria de los súbditos, regulando aspectos que antes no había sido necesario regular y cobrando impuestos por la realización de actividades que se realizaban libremente⁹⁹, en este mismo sentido se regulan los “derechos subjetivos” como mecanismos operacionales. Si bien es discutible la percepción que de la historia realiza Grossi y puede causarnos una sensación de repugnancia que así hayan nacido los “derecho jurídicos”, lo cierto es que tal visión es plausible, y que es perfectamente concordante con lo que seguiría en la historia, pues si bien se pierden los feudos, las monarquías continúan y efectivamente buscan regular toda la vida social.

Lo anterior sirve como preámbulo para introducir el tema respecto de los tiempos contemporáneos, donde el estudio por parte de la filosofía jurídica del fenómeno de los derechos ha cobrado cada vez más relevancia puesto que las discusiones acerca de éstos ejemplifican un problema básico para el análisis conceptual del Derecho ya que se centran en la manera en que los argumentos abstractos pueden mezclarse con posiciones concretas acerca de la políticas públicas. En este sentido es imperioso hacer distinciones sobre las distintas dimensiones en que se desarrolla la palabra “derechos” y así poder distinguir el ámbito de lo jurídico en lo tocante a dicho término.

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 30-34.

El primer aspecto a distinguir es entre derechos morales y derechos con exigibilidad jurídica. Las primeras posturas modernas escépticas respecto de los derechos humanos como derechos morales como exigibles jurídicamente se ven bien ilustradas en la opinión –que previamente he mencionado– de Jeremy Bentham para quien ello eran “un sinsentido sobre zancos” pues como señala Brian Bix, para Bentham “[l]a idea era que nuestros derechos jurídicos tienen un correlato claro en el mundo, tanto en textos jurídicos como en la voluntad de los oficiales para implementarlos a través de distintas técnicas para hacerlo; no hay tal correlato en el caso de los derechos morales”¹⁰⁰.

En defensa, y a la vez corrección, de las postura de Bentham habría que señalar que –como ya lo he hecho en esta obra– el discurso de los derechos humanos; al menos en su vertiente moderna, continuaba en construcción, observando a la historia del discurso de los mismos éstos se encontraban en su formulación política de modo que aun no había nada realmente bien fundamentado para sostener que el Derecho observase el bosquejo de una ética principialista sostenedora de los valores respecto de los que la sociedad exigía un respeto por parte del Estado. Ante dicho impedimento se podría entender –como aun hoy los sostiene la dogmática jurídica, aunque en una forma distinta– la postura de Bentham, ¿qué era eso de los derechos morales?, bajo tal pretensión cualquiera podría exigir lo que desease como derecho jurídico sin importar lo egoísta de la pretensión, o lo absurdo. Esto no es ajeno al discurso “vulgar” moderno de los derechos humanos. Hoy se ha escuchado acerca de derechos de “cuarta” y hasta “quinta generación” donde por ejemplo en países altamente desarrollados, como los escandinavos o Japón, un derecho (humano) es tener cierta cantidad mínima de memoria RAM para almacenar información. Imaginemos que esto se exija en países del tercer mundo, o peor, en países cuya pobreza es tal que pareciera que se les excluye de la distinción de los “mundos”, países como Malawi, o Surinam en nuestro continente. El absurdo queda evidenciado y sólo podría subsanarse si esos países cuyo PIB le permite dichos lujos se encargaran de otorgar a todas las personas del mundo, no las memorias RAM que por sí solas serían inútiles,

¹⁰⁰ Bix, Brian H., *Op. cit.*, p. 160.

sino las condiciones para su funcionamiento, lo cual en un inicio implicaría instalar gratuitamente plantas eléctricas en todo lugar del mundo donde éstas no existan o no subsanen la necesidad de energía eléctrica.

El anterior ejemplo lleva a otra distinción útil. Los derechos humanos *per se* no se manifiestan con condiciones materiales sino en condiciones materiales. La distinción es sutil, pero permite aclarar confusiones sobre constantes demandas que se hacen bajo el apelativo de “derechos humanos”. Por ejemplo, decir que cierta cantidad de memoria RAM es un “derecho humano” ya quedo demostrado es irrazonable, pero no lo es del todo como exigencia de introducción como un “derecho subjetivo” dentro del sistema normativo si las condiciones del mundo lo hacen necesario para la realización del derecho primordial, un ejemplo en México lo ha proporcionado claramente el derecho a la información, donde las condiciones han hecho exigible que para la mejor efectividad de la realización de tal derecho la información pública gubernamental se encuentre publicada en la *web*, de modo que el derecho a la información podría ser satisfecho con la asistencia de los ciudadanos a las sedes de los distintos organismos gubernamentales, no obstante esto tiene distintos obstáculos fácticos que aunque son superables podrían ser motivo de ineficiencia en el ejercicio y obligación correspondientes de cumplir con el imperativo del derecho en cuestión; de modo que la obligación gubernamental de publicar la información relevante en la *web* es un mero “derecho subjetivo” operacional.

Todo lo anterior sirve para esclarecer más cuestiones. El Derecho para preservar sus fines ha de mantener ciertos rasgos que de perder lo atrofiarían para la efectiva defensa de éstos. Entre ellos se encuentra el mantener la clausula operativa de la “legalidad”, lo que significa guiarse por lo que se ha determinado que entra al sistema, no inmediatamente sobre lo que un grupo o sociedad podría solicitar como justiciable por el sistema jurídico. Es necesario resaltar la importancia del principio de “legalidad” no sólo para el discurso jurídico, sino también por su relevancia “teleológica”¹⁰¹ respecto del discurso de

¹⁰¹ Cfr. Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, trad. de Marisa Iglesias Vila y Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 186-190.

los derechos humanos pues éste ha funcionado en su desarrollo como límite a la arbitrariedad que no sólo puede ser ejercida por la autoridad, sino mediante la autoridad. Por ejemplo el politólogo Jack Donnelly sostiene que para la mejor defensa de los derechos humanos es necesario que el Derecho acepte demandas basadas meramente en exigencias morales por parte de los gobernados, más allá de si tales demandas están fundamentadas en un catálogo reconocido por el sistema en un catálogo de derechos humanos¹⁰². Es comprensible la “buena intención” de Donnelly al realizar tal observación crítica, sin embargo es claro que ignora que el Derecho nunca se ha tratado de las exigencias de “buenas intenciones o deseos”, ello es tocante a la ética y a la política que pueden hacer exigencias al sistema jurídico al cual le corresponderá hacer efectivas las posibilidades reales de un catálogo de demandas categorizadas sobre hechos comprobables; así por ejemplo el Derecho no puede garantizar la felicidad o el amor, pero sí puede tomar medidas para remover los obstáculos que impidan a las personas ser felices o sentirse amadas. Además, haciendo hincapié en “la arbitrariedad ejercida mediante la autoridad” hay que señalar que los mismos derechos humanos exigen una cláusula funcional teleológica del discurso de los mismos, pues no importa cuán democrático pueda ser estructuralmente un gobierno, nada impide que el sistema sea manipulado por una fracción de la población en detrimento de los intereses de otros sectores, o así mismo que la sociedad decida en contra de su propio bienestar (aunque suene paradójico).

Otra cuestión para criticar a Donnelly es lo tocante a su ignorancia de la historia y los supuestos tanto de la Teoría del Estado como del Constitucionalismo en los cuales los supuestos de la admisión de demandas políticas legítimas por parte de la sociedad para ser previstos han sido muy desarrollados y se siguen desarrollando supuestos por los estudiosos. Ahora, si la crítica de Donnelly es referente a sistemas jurídicos que se niegan reconocer ciertos derechos y por ende incorporarlos a su sistema jurídico; bueno, la historia ha dejado bien en claro el supuesto a seguir que en lo absoluto es estrictamente “legal”; esto es la lucha por los “derechos”, desde la

¹⁰² Donnelly, Jack, *Derechos humanos universales*, 2a. ed., trad. de Ana Isabel Stellino, México, Gernika, 1998, pp. 32-33

desobediencia civil hasta una revolución, lo cual por cierto en teoría política de los derechos humanos donde se justificaría el derrocar un estado que no cumple con el requisito de respetar los derechos de una sociedad¹⁰³.

2.2 ¿Qué exigen los derechos?

En el apartado anterior queda implícito que los derechos humanos de algún modo se separan de la burda categoría de derechos morales; no obstante están fundamentados en principios morales. Se podría decir que el catálogo más o menos definido de derechos humanos conforme al discurso que los sostiene es correspondiente a una serie de prerrogativas que han pasado una suerte de pruebas para determinarlos como tales. En otros términos se podría decir que el mismo discurso de los derechos humanos ha establecido parámetros de varios tipos (históricos, políticos, éticos, económicos, sociales, etc.) para determinar, por así decirlo, su “regla de reconocimiento”, aunque en este caso, tratándose de creaturas de cierta naturaleza moral determinada, tal vez también sería más afortunado hablar – como notoriamente lo ha hecho Ronald Dworkin– de *pedigree*; aunque en este nivel; no tratándose de Derecho estrictamente hablando, el concepto que se utilice es irrelevante.

Habiéndose señalado todo lo anterior, esencialmente los derechos humanos exigen ser observados primero como razones autónomas a los sistemas jurídicos que se deben incorporar a éstos, es decir como las razones que se tendrían para considerar que tal es un derecho independientemente del sistema jurídico en que uno se encuentre. Y, posteriormente como razones para la acción que trascienden su estructura normativa o enunciación deóntica al apelar a un objeto o fin que trasciende al sistema normativo jurídico. Un ejemplo del segundo requisito serían exigencias de lógica mínima que implica tener un derecho. Por ejemplo, si se dice que se tiene derecho a la educación básica, no será necesario realizar un gran esfuerzo mental para determinar que la formulación de tal derecho lleva implícita la condición de que para ello es

¹⁰³ Cfr. Lafer, Celso, *Op. cit.*, pp. 257-266.

necesario como mínimo que hay un profesor suficientemente capacitado que preste el servicio dentro de mi poblado, y no sería justificable decir que este derecho se garantiza porque hay un profesor en el poblado contiguo, no al menos si no se proporcionan los medios adecuados para que las personas de una comunidad se desplacen a la otra sin mayores complicaciones.

De no comprender esto se caería en un error como el de Luigi Ferrajoli que asimila a los derechos humanos con los derechos fundamentales¹⁰⁴ – entendidos los últimos como derechos humanos positivizados o incorporados al sistema jurídico– y de ese punto en adelante los desnaturaliza para hablar de algo que de un modo u otro siempre ha existido en el mundo del Derecho y que se podría comprobar en todo sistema jurídico; esto es, que todo gobierno, por más despótico o benevolente que pudiese ser, ha establecido o incorporado mediante sus sistema jurídico prerrogativas que en dogmática jurídica se traducen como derechos subjetivos. Aun cuando en un conjunto de normas no se observe ninguna disposición que refiera a derechos subjetivos en un sistema jurídico despótico a su máxima potencia, bastaría observar a aquellos ámbitos de la vida en que esas normas no irrumpen para afirmar que el sistema jurídico por formulación *negativa* efectivamente ha establecido algunos derechos subjetivos. No obstante, Ferrajoli contradice lo anterior sosteniendo una postura fuertemente normativista y al considerar que la *libertad negativa* no es en modo alguno un derecho subjetivo, sino la ausencia de Derecho, de modo que un derecho implícito –ya sea porque es condición necesaria para la realización de otro derecho o porque dicho derecho hasta este punto de la vida cotidiana no había sido violado o encontrado problemáticas en su realización, de modo que nunca se había encontrado la necesidad de *normativizarlo*– pero no positivizado no tendría posibilidad de ser exigido o defendible ante ningún órgano del Estado.¹⁰⁵

Otro problema que podría ser observable de sostener una visión como la de Ferrajoli sería dar parámetros para caer en el error de que se pueda llegar a

¹⁰⁴ Cfr. Ferrajoli, Luigi (*Ed.*), El fundamento de los derechos fundamentales, 4a. ed., trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, pp. 19-21.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, pp. 304-309.

considerar que todo aquello que presente la forma de un derecho subjetivo sea un derecho humano, o aun peor que todo lo que haya sido legislado bajo la excusa de “derechos humanos” sea “bueno”, cuando en realidad podría ser un instrumento de control social o de beneficios a los intereses de una determinada clase social y consecuente perjuicio de otra.

2.2.1 La sociedad y los derechos

Hay una cuestión poco tratada; o al menos de la cual he encontrado poco escrito al respecto. ¿Esto es, qué exigen los derechos humanos respecto de la sociedad que opera en el Estado de Derecho? Es decir, si una exigencia del discurso de los derechos humanos es ser incorporados al Derecho, y que aun incorporados a éste se siga observando en el sistema jurídico una teoría ética que los sostenga sustancialmente, ¿lo único en el Derecho que sostiene sustancialmente a los derechos humanos es exigir a su sociedad el respeto de los derechos de los otros? Esto no sería distintivo de lo que el Derecho moderno ya exigía sin siquiera apelar a los derechos humanos, y no obstante se supone que nos encontramos en un nuevo discurso del Derecho. Sin dar más rodeos el punto al que quiero llegar es que la teoría ética que sostiene a los derechos humanos es la “ética de la alteridad”¹⁰⁶, la cual supone una obligación moral no sólo de respeto a los individuos de la sociedad presente u observable (como se sostiene respecto de las cuestiones relativas al multiculturalismo), sino a la posibilidad de otras sociedades. Esto se consolida en el discurso con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sosteniendo la defensa de los derechos culturales; y se amplía en las convenciones de la tercera generación (de ahí su relevancia), particularmente los ambientales que argumentan el objeto de su creación no solo en el derecho de las generaciones presentes, sino también en el de las futuras.

Lo anterior significaría un cambio de paradigma para el Derecho, que comúnmente operaba bajo la lógica de procurar el “bien común” presente e

¹⁰⁶ Cfr. Douzinas, Costas, *El fin de los derechos humanos*, trad. de Ricardo Sanín Restrepo, Oscar Guardiola-Rivera y Omar Alonso Medina, Bogotá, Legis, p. 422.

interpretar las normas únicamente respecto de su condición presente, en este sentido, también de los presentes. Pero la exigencia de la ética de la alteridad cambia la cuestión teleológica en el Derecho puesto que éste ya no ha de buscar la preservación y el orden pacífico de la sociedad vigente y existente en su territorio. Ahora el Derecho ha de buscar sentar las condiciones para que, tanto aquellas personas existentes que puedan llegar a ser sujetos de su jurisdicción (por ejemplo los refugiados) como aquellos no existentes pero que lo serán puedan gozar del disfrute de los derechos humanos.

Es decir, el Derecho ha de operar y ser interpretado extirpando el egoísmo su sociedad definida en el tiempo, puesto que el discurso de los derechos humanos no apela al hedonismo de las personas que viven un presente, sino a la defensa de la vida adecuada de la humanidad¹⁰⁷. Por ejemplo, no es difícil imaginar una empresa que opere en perfecta armonía con los derechos liberales y los sociales, donde se respeta la propiedad en razonables términos del patrón y éste a su vez procura satisfactoriamente los derechos de sus trabajadores, y no obstante el funcionamiento de la empresa genera contaminación ambiental a un grado tal que posiblemente no afecte relevantemente la salud de las sociedad presente, pero que deje consecuencias irreparables a futuro en el ambiente de modo que la vida futura no pueda desarrollarse bajo las condiciones que incluso en el presente se consideran dignas de modo que en el futuro no habría condiciones para la existencia de derechos humanos.

En conclusión los derechos, son los derechos de la sociedad abstracta, no de la sociedad concreta y ello a su vez complementa el principio de universalidad de los derechos humanos. Costas Douzinas explica la relación que se ejemplifica en el sujeto con el otro en la ética de la alteridad de la siguiente manera: “[El rostro del otro] se conecta conmigo en una relación ética en la cual *«yo estoy sujeto, obligado, en deuda con la otra persona, con anterioridad a cualesquiera contratos o acuerdos acerca de quién deba qué a alguien más»*”.¹⁰⁸

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 423.

2.3 Los derechos y el Derecho

En el capítulo anterior se he dicho que es necesario tener siempre presente una noción de los principios a los que apelamos con los derechos humanos a fin de que poder determinar lo que se valora con los derechos humanos de modo que los enunciados normativos sustantivos no terminen siendo meramente analíticos¹⁰⁹, sin embargo, no podemos caer en el error de buscar catalogarlos todos suponiendo una exhaustividad, tanto como no se pueden pretender catalogar todos los métodos argumentativos para resolver los casos¹¹⁰, puesto que una de las características de los principios es no ser limitables ni gramaticalmente ni por cuanto respecta a su repertorio¹¹¹. En el primer caso ello es así pues los principios apelan a algo que va siempre un poco más allá del sentido de su formulación lingüística, no sólo por sí mismos, sino porque se conjugan con otros principios, de modo que al buscar enunciarlos normativamente los desnaturalizaríamos en su práctica. En el segundo caso porque los principios se encuentran respecto del hecho en cuestión, es decir, obedecen más a las circunstancias que a los que las normas prevean de los hechos, en este sentido los principios siempre entran en la dinámica de la práctica jurídica cuando son invocados a lo que son casos complejos. No obstante, si se puede acudir a la fórmula contraria, podemos establecer lo que se rechaza como base para la invocación de principios, y en este sentido se acota la incertidumbre.

Existe otro gran problema respecto de la incorporación de los derechos humanos al sistema jurídico, que paradójicamente es eso. ¿Cómo se incorporan los derechos humanos al Derecho para hacerlos efectivos o procurar su efectividad sustancial? Ciertamente no hay una respuesta certera, de hecho, de hecho encuentro que muchos teóricos esquivan esta cuestión haciendo teorías de los derechos fundamentales donde siguiendo cierto

¹⁰⁹ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, *Op. cit.*, p. 13.

¹¹⁰ *Cfr.* Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 9a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2009, p. 135.

¹¹¹ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, Madrid, Trotta, 2009, p. 152.

cánones más o menos bien definidos del constitucionalismo los ubican en la parte dogmática de la constitución y continúan con una exposición de las posibilidades normativas o interpretativo-argumentativas de los enunciados normativos. Los que se guían por la primera vía, y se inclinan por hacer una racionalidad de lo que ya implicaba ser racional en la normatividad de la legislación, considero están destinados a fracasar respecto del fin de procurar la máxima sustancialidad de la eficacia jurídica de los derechos humanos; el ejemplo de esto ya lo he realizado en un apartado anterior con el parámetro ejemplificativo.

Suponiendo no contar aún con los elementos suficientes para dar una postura propia bien definida, me inclino a considerar en términos generales como bastante apropiadas a las posturas que se guían por la segunda vía, pues no pretenden hacer una racionalidad sobre la legislación misma, sino de lo que implica que un determinado derecho sea puesto en juego ante un caso concreto, es decir admiten la posibilidad de que la cuestión última es práctica y que la manera más adecuada no es realizar más razonamientos sobre la normatividad (que no pudo otorgar una respuesta adecuada) sino utilizar los preceptos de las normas como parámetros para la interpretación mediante principios que exigen la de optimización sobre la resolución de las posturas que entran en conflicto¹¹².

Con todo, queda pendiente la cuestión de la positivización y legislación secundaria de los derechos humanos, la cual también es necesario que sea realizada del modo más óptimo por varias razones, por ejemplo, para el ejercicio normal de los derechos en la vida pública, es decir, el objetivo principal es que realización del orden jurídico sea lo más armónica posible, de modo que los derechos como razones para la acción sean ejercitados sin mayor dificultades; otra razón va necesariamente ligada, pues no se debe abusar de la aparato judicial, no por precisamente porque esto represente el gobierno de los jueces en la constante determinación del Derecho, sino porque la saturación del aparato judicial significa de algún modo no otorgar la serenidad necesaria a cada caso para su mejor resolución; es decir, hay que

¹¹² Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. cit., pp. 86-87.

procurar que no se sature el aparato judicial al hacer una optima sistematización e institucionalización de los derecho humanos que evite que sea necesario constantemente acudir a los tribunales para que éstos sean ejecutables.

Considero que al respecto el problema consta simplemente en tener un panorama bien establecido de la relación tripartita entre el objeto del derecho, el sujeto del derecho, y el obligado respecto del derecho. Robert Alexy realiza un posible esquema en el que los dos primeros factores son dos normas en diversos niveles respectivamente, en el primero como norma universal con sujeto indeterminado como “todos tienen derecho a la educación”, el segundo nivel genera una norma con un sujetos determinados o individuales como “fulano tiene derecho frente al Estado a que éste le brinde educación” y de éste último enunciado se ha fijado una posición que puede ser fijada mediante el último enunciado que fijó la obligación¹¹³. A partir de la determinación analítica de la norma y la posición Alexy deduce que se puede hablar de derechos subjetivos en tres niveles distintos: a) las razones para los derechos subjetivos, b) derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y c) la impunidad jurídica de los derechos subjetivos; donde los primeros son enunciados sobre el fin de los derechos, es decir, normas que establecen un enunciado como “la educación es necesaria para la educación del hombre” de los cuales necesariamente se sigue que “fulano puede reclamar educación a través de un amparo” y de la deducción de las dos premisas establecidas se sigue el derecho subjetivo en amplio sentido “fulano tiene derecho a la educación”¹¹⁴.

Considero que la formulación de Alexy es útil hasta cierto punto estrictamente funcional o mecánico, pero carece de la posibilidad de integración de otras condiciones que son exigidas desde el discurso de los derechos humanos, tales como la consideración al sujeto indeterminado por la ética de la alteridad, además no prevé la posibilidad de que respecto de un sujeto haya más de un sujeto obligado. Y de hecho si se piensa en la lógica de

¹¹³ *Ibíd.*, pp. 177-178.

¹¹⁴ *Ibíd.*, pp. 180-181.

los derechos humanos siempre hay por lo menos dos sujetos obligados necesariamente, directa o indirectamente, el Estado y un sujeto civil tercero; sobre todo cuando se piensa en la posible violación sistemática de los derechos humanos. Por ejemplo en el supuesto de una relación laboral donde varios X tienen derecho a una jornada laboral digna, y uno varios patrones Y no cumple tal prescripción posiblemente porque como usualmente sucede no hay una ley secundaria que señale de cuantas horas máximas consta la jornada laboral digna, mientras el Estado no tome una medida para evitar esto es culpable, incluso más que los patrones de la violación del derecho humano. Ahora un ejemplo sobre el derecho del sujeto indeterminado; un empresario K tiene la obligación de respetar la norma de no contaminar el aire tomando todas las medidas necesarias para evitar la contaminación del agua, pero como es usual en las medidas ambientales, son violadas rotundamente muchas veces so excusa mal fundada en la libertad individual; hay dos sujetos responsables de la violación sistemática de varios derechos de varios Y indeterminados presentes y futuros; el Estado que de nuevo es más culpable que el particular por no haber hecho uso de su facultad/obligación de impedirlo, y el particular porque aunque desconociera la norma como bien sabido esto no exime de inobservancia.

2.4 Entre Derechos

Otro de los problemas que se observan sobre los derechos es que sus pretensiones pueden fácilmente entrar en conflicto generando inmediatamente antinomias en el sistema jurídico o en los mismos tratados internacionales correspondientes a los derechos humanos que al ser firmados y ratificados son Derecho positivo *ipso facto*. Este inconveniente ha llevado a las más bastas posturas teóricas y polémicas, no obstante, como ya lo he señalado en el apartado anterior es menester desacreditarlas para señalar la correcta dinámica conceptual en que conviven los derechos.

Algunas posturas fuertemente enraizadas en una postura política radical han subsanado el problema asumiendo que los únicos que se pueden llamar “derechos humanos” son aquellos de “primera generación” y que la “segunda

generación” –y “tercera generación”– no puede ser llamada *derechos* bajo el argumento de que los gobiernos carecen de los medios para satisfacerlos a todos los ciudadanos o que más bien son pretensiones disfrazadas de una ideología política que buscan encausar la actuación de los Estados rompiendo con el principio de Derecho internacional del respeto a la soberanía¹¹⁵. Considero que respecto de estas posturas no vale la pena perder el tiempo realizando un argumento que las contradiga puesto que las actitudes que estas asumen evidentemente muestran lo renuente de su propia ideología.

También han existido posturas a la inversa. De hecho la crítica del bloque soviético a la Declaración Universal de Derechos Humanos contribuye a la creación de los tratados referentes a la “segunda generación”. Éstos, si bien no niegan totalmente los derechos de la “primera generación” sí niegan una buena parte de su catálogo –los de corte liberal– por considerarlos pretensiones encausadas a la preservación de la clase burguesa, en el mismo sentido también rechazan la individualidad de los derechos, sosteniendo que en todo caso los derechos sólo pueden ser considerados sociales¹¹⁶. No obstante, aun cuando en 1976 entra en vigor el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como complemento a la declaración ante las exigencias socialistas hay quienes aun sostienen la negación de los derechos humanos de “primera generación” o de corte liberal, tanto como persisten los que sostienen la negación de los derechos de “segunda generación”.

Por ejemplo la crítica concreta de los comunitaristas contemporáneos a la corriente liberal sostiene que el invocar derechos conlleva una actitud competitiva del libre mercado, y que tales derechos no tienen vínculo específico con la comunidad, que no tienen deberes respectivos unos a otros. De acuerdo a esta postura la visión individualista es la de proteger al individuo de adversarios potenciales, cuando desde su perspectiva, una comunidad genuina no existen adversarios, solo intereses comunes¹¹⁷. No hay duda de que esta

¹¹⁵ Cfr. Waldron, Jeremy, *Liberal Rights*, Nueva York, Cambridge University Press, 1993, p. 7-9. y Peces-Barba, Gregorio, *Op. cit.*, pp. 60-63.

¹¹⁶ Cfr. De Sebastián, Luis, *Op. cit.*, pp. 152-154. y Douzinas, Costas, *Op. cit.*, pp. 192-200.

¹¹⁷ Cfr. Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 157-158.

crítica nos encontramos no con un problema de argumentos o razones concretas para desafiar el concepto de los derechos, esta crítica se sostiene desde su particular forma de ver al mundo.

Desde mi perspectiva queda clara sólo una cosa respecto de estos discursos de las posturas negacionistas, y es que simplemente se niegan siquiera a procurar un punto de vista más imparcial respecto de las cosas, asumen su propio discurso como verdad absoluta y rehúyen a tomar en cuenta en serio otro tipo de consideraciones.

Lo paradójico al respecto es que el discurso de los derechos humanos es tan constructivo que está abierto a aceptar y proteger el derecho de estas posturas de expresarse en su contra. Y es que si se deja de lado el posible sentido ideológico con el que se pueden clasificar a las diversas disposiciones de los diversos derechos humanos lo que queda detrás es una ética constructivista donde no conceptualmente no hay contradicción entre posturas, sino que siempre hay ánimo de alcanzar el justo medio para la satisfacción del derecho humanos y la supresión del abuso de los derechos humanos. Para esto se mantiene esencialmente neutro o ambiguo si se quiere, no hay lugar en su ontología para rechazar posiciones legítimas de las diversas posturas políticas, por ejemplo, permite poder hablar de derechos individuales y colectivos a la vez, pues se enfoca a la humanidad y así a todo lo que ello engloba, desde la persona humana en los singular a la comunidad y las culturas en lo plural, buscando el justo equilibrio entre pretensiones, permite que una persona pueda legítimamente perseguir sus propios fines sin que esto necesariamente signifique ir en contra de la comunidad a la que pertenece, incluso el discurso promueve que la propia superación sea en beneficio de su comunidad. ¿No beneficia a la comunidad tener mejores y más capacitados profesionistas realizando las labores que eligieron y no las que les impusieron? ¿No beneficia al individuo que las condiciones de la distribución de la riqueza sean tales que nadie se vea en la necesidad de atentar contra sus propiedades? Por supuesto la realidad es cruel cuando se plantean esos escenarios utópicos, pero el problema no está en el discurso de los derechos humanos, sino por el contrario en el poco compromiso de una sociedad para

con ellos¹¹⁸, de gente que no tiene remordimiento en enriquecerse de la desgracia de otros, gente que considera que sus creencias son tan ciertas que han de ser impuestas a los demás, etc. Con los derechos humanos se busca tener bases para la acción y evitar estas penosas situaciones, en todo caso el discurso de los derechos humanos es más allá de los hechos un discurso pedagógico de verdadera comunidad humanitaria y de respeto a la individualidad de la otredad.

¹¹⁸ En un sentido similar Jürgen Habermas que los derechos subjetivos como elementos del orden público presuponen la colaboración de sujetos que se reconocen como sujetos de derechos. (Cfr. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, 6a. ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2010, pp. 154-155.)

CAPÍTULO 3.

ESTADO, CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS.

Posiblemente sobre lo que significa el término “Estado” no haya que decir mucho que sea relevante a los objetivos de esta tesis. Es bien sabido que en la teoría del Estado hay una polémica eterna sobre a qué se le puede llamar con tal nombre, y en tal sentido hay divergencia entre teorías de la continuidad y de la discontinuidad, institucionalistas contra comunitaristas, etc. No obstante las polémicas citadas, para esta tesis el término “Estado” se referirá a su concepción moderna con los elementos mínimos sobre los que existe un relativamente generalizado acuerdo; a saber, territorio, organización político-social con un gobierno, territorio y población determinados, que además supone la existencia de un sistema jurídico.

Respecto a los sistemas jurídicos uno de los fenómenos más relevantes que han surgido a partir de la exigencia de la codificación y búsqueda de racionalización de éstos es la fuerte tendencia que ha seguido la dogmática en la búsqueda, explicación y funcionamiento de una piedra vassar en la que se pudiese sustentar claramente todo el sistema de normas jurídicas en una sociedad. A este fenómeno se le ha llamado *constitución*.

Aun cuando en no pareciera nada relevante haber mencionado lo anterior, puesto que hoy prácticamente todos los sistemas jurídicos occidentales tienen un catálogo bien definido y codificado en el que se encuentran las normas más relevantes que se sustentan tanto su Derecho como su Estado, tal vez convendría hacer algunas reflexiones sobre la noción de “constitución” pues ésta no ha sido siempre parte del Derecho, e incluso aun hoy, si bien la dogmática jurídica le ha dado características generales de corte teórico al concepto, ello no significa que las constituciones de los diferentes sistemas jurídicos de hecho presenten estructuras similares, al grado tal que si a un británico le solicitamos que nos explique sustancialmente aquello implica su constitución seguramente nos daría una respuesta que en puntos bien definidos diferiría de la respuesta que nosotros mexicanos daríamos respecto

de nuestra constitución, sin embargo podríamos ir más allá y preguntarle a un español sobre su constitución y aun cuando indudablemente habrá diferencias nos encontraremos más familiarizados con su respuesta. Esto es algo de lo que busco tratar en el presente capítulo pues considero que las estructuras que presente este peculiar instrumento jurídico verdaderamente juegan un rol esencial en lo que será la práctica de los derechos humanos *in situ*, y no sólo eso, sino en cuanto a que incluso determina al Estado.

Más allá de las diferencias que puedan existir entre constituciones hay algo que queda claro, la constitución de un Estado juega un rol vital en el desarrollo de los derechos humanos por lo que respecta a la vida de su población. La razón de esto es casi evidente pues la constitución como instrumento jurídico se involucra en los más variados escenarios de la vida de una sociedad, y especialmente por cuanto respecta a los intereses de esta tesis, con el escenario político.

La constitución es un documento con dos características esenciales que determinan su naturaleza, y desde esos dos puntos de vista es posible estudiarla; me refiero al hecho de que en la constitución se mezclan tanto lo jurídico como lo político. Es en este sentido que dicho documento juega un rol fundamental para lo que el Derecho pueda hacer por el discurso de los derechos humanos los cuales; como ya se ha visto, para su efectiva realización requieren de especial atención de las medidas políticas en una sociedad, no sólo de las que directamente son implementadas por los gobiernos, sino también del ámbito de participación política que una población tiene.

3.1 El Estado de Derecho que exigen los derechos humanos.

Uno de los conceptos modernos de los que se ha apoyado tanto la teoría política como la teoría jurídica para sostener sus respectivos dogmas es el Estado de Derecho que precisamente nace a la par del discurso moderno propio de los derechos humanos bajo el famoso principio *rule of law not of men*. Gustavo Zagrebelsky apunta al respecto que:

“[...] la expresión «Estado de [D]erecho» es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. Contiene, sin embargo, una noción genérica y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o una fórmula mágica [...] El Estado de [D]erecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y [D]erecho [...]”¹¹⁹.

A pesar de la favorable condición y los valores compartidos que el Estado de Derecho presenta, éste no siempre ha constituido un binomio exitoso respecto de los derechos humanos; ha sido inevitablemente una historia de prueba y error con avances y retrocesos donde el primero ha tenido constantemente que ceder ante las exigencias de los primeros, y junto con las cesión de posición del Estado, también de todo el Derecho que rige en ese Estado. Pero ¿En qué han fallado las formulaciones para coordinar estos elementos? ¿Qué habríamos de observar para coordinar conforme a nuestras necesidades estos elementos?

El punto crucial en la historia del Estado de Derecho que permite realmente vislumbrar la posible conjunción entre el Estado, el Derecho y los derechos humanos es el proceso revolucionario que a fines del siglo XVIII que determinó la crisis del Estado absoluto y la afirmación del Estado constitucional de Derecho¹²⁰. Las nociones de democracia, legalidad y el respeto de los derechos inalienables del hombre han quedado como parámetros mínimos que un Estado ha de observar si quiere ser denominado “de Derecho”. Sin embargo a poco más de tres siglos de experiencia parece que algo ha faltado, que al Estado de Derecho hay que agregarle más condiciones para que no sea de un Derecho cualquiera, sino de un Derecho que obedezca las necesidades de su

¹¹⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *Op. cit.*, p. 21.

¹²⁰ Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa, 2006, p. 1.

pueblo, que satisfaga sus exigencias de justicia, que establezca condiciones de equidad, que sea un instrumento siempre en condiciones de evolucionar con la sociedad y no de imponérsele para estancarla.

De este modo en la formulación del Estado de Derecho han cambiado varios conceptos, siempre bajo el fin de hacerlos más adecuados a las exigencias de mejora de condiciones que la sociedad demanda. La democracia ha dejado de ser la mera emisión de votos para tornarse en la actualización constante en el tiempo de las condiciones de equidad en el desarrollo y participación de la vida pública; hoy no basta que el gobernante haya sido elegido conforme a los procesos formales que la ley establece, cualquier persona a cargo del gobierno puede pasar de ser democrático a tirano en cuestión de segundos, y es que hoy la democracia ha sido materializada, ciertos requisitos han de ser cumplidos día con día para decir que se vive en un Estado democrático. A su vez los derechos se han tornado en la piedra basal de la condición democrática, su condición unitaria significa que o se respetan todos los derechos o no se respeta ninguno pues se respeta la condición de equidad que estos exigen, por ende con no respetar un derecho en su condición universal se rompe ipso facto con la condición de los derechos humanos y el Estado se torna en un Estado que privilegia a una clase en detrimento de la otra. A su vez nos encontramos con un severo problema, el seguimiento irrestricto de la ley –por más racional que sea, y con independencia de haber sido creada mediante el complejo sistema democrático– puede devenir en un acto tan injusto que invite a la inmediata subordinación civil exigiendo un cambio puesto que el gobierno ha actuado ilegítimamente contra los intereses cuasi-divinos de su sociedad.

Lo que observo es que, si bien todos los conceptos han sido modificados en su sustancia a lo largo de la historia, hay una que hoy especialmente vive una metamorfosis peculiar. La “legalidad”, que se ha transformado con el concepto mismo de Derecho, aunado a los de democracia y equidad. El Derecho que a finales del siglo XIX se había al fin tornado heterónimo a cualquier factor externo a él vuelve a sustentarse en cuestiones trascendentes. No obstante esto no necesariamente ha significado el renacimiento del Estado de Derecho natural basado en valores y conceptos absolutos como la

“naturaleza del hombre”, el respeto incondicional a “los valores de la libertad y la propiedad”, y mucho menos a los valores de una cierta confesión religiosa. Sin embargo, el Derecho en estas nuevas condiciones ha significado ser sujeto de constante valoración al grado tal que un funcionario público al causar un hecho “injusto” no puede más excusarse en haber aplicado la ley.

A varios de los fenómenos antes mencionados se les ha denominado *constitucionalismo*, lo cual se ha traducido en una concepción muy singular del concepto de *constitución*. Ya no es el apego irrestricto al texto que se encuentra en el libro que representa la norma máxima del cual se generan el resto de las normas del sistema jurídico. Ahora la constitución trasciende a su texto y se guía por los principios que las sostienen haciendo que el significado de “con apego a la constitución” y por ende “legalidad” signifiquen guiarse por los valores mínimos en los que podría concordar un hipotético poder constituyente que tomase en cuenta las exigencias y necesidades de todos los integrantes de su sociedad.

3.2 La constitución necesaria para el Estado de Derecho.

La cuestión de la *constitución* se ha tornado en una cosa que –como ya ha quedado ilustrado– es muy compleja hoy en día, como la historia permite observar, en los tiempos modernos las conceptualizaciones y todas las implicaciones que esto conlleva han cambiado radicalmente en lo que se podría llamar un corto lapso de tiempo corto. Hoy en día impera una especial atención de la dogmática sobre el *constitucionalismo* como si éste fuese la principal respuesta a todos los problemas que el Derecho ha de afrontar, no obstante las posturas de los *constitucionalistas* –posiblemente hoy más que nunca– difieren mucho una de otra, ello aun cuando sostienen pertenecer a una misma corriente y sustentarse en los mismos principios. Yo personalmente considero que este problema se debe un poco a que los constitucionalistas se han olvidado en cierta medida de la filosofía jurídica y se han enfocado con peculiar entusiasmo a la filosofía política, lo cual por cierto no está mal, simplemente no debería olvidarse el otro aspecto.

Ante la problemática referida surge el inevitable punto de preguntarse ¿qué postura es la mejor, cuál satisface mejor las exigencias de *nuestro* tiempos? Respecto de cuestiones del genero, una lección que he tenido la suerte de obtener de la lectura de, y las pláticas con algunos cuantos filósofos, es que cuando las cosas actuales se tornan turbias o complejas siempre es una buena solución volver la mirada a los originales creadores de nuestro pensamiento para retomar las bases y seguir hasta la construcción contemporánea para contratar dónde podrían encontrarse las claves de un esclarecimiento no sólo del estado de cosas actuales, sino de la posible solución a los problemas que observamos.

Como referencia he encontrado de enorme utilidad la obra del renombrado historiador jurídico Maurizio Fioravanti; uno de los pocos investigadores en plantarse a la constitución desde los griegos, y que con acertada metodología, antes de adentrarse en la cuestión de la constitución presenta el contexto que precede a ésta. Así, el autor italiano nos sitúa en la etapa de decadencia de la originaria democracia ateniense como la situación que antecede al perfeccionamiento de la constitución. Esta etapa de la historia helénica fue sumamente bélica y existía en Atenas un gran temor a la *stásis*, es decir, a la condición del conflicto social y político animado por un creciente espíritu de fracción por una lucha de poderes entre pobres y ricos; en resumidas cuentas, había un fundado temor a la ingobernabilidad que podría degenerar en una guerra civil. En búsqueda de salvar la unidad de la *polis* se recurre al razonamiento de la *eunomía*, lo que significa, procurar una forma de gobierno adecuada a la finalidad de la resolver pacíficamente los conflictos para obtener una convivencia ordenada y duradera¹²¹.

Aproximadamente un siglo después de la vida de esa etapa tensa de la península helénica (siglo IV a.C.) Platón y Aristóteles consideran necesario preguntarse si el ideal político democrático (ante el conflicto y la decadencia) representaba un ideal para recuperar y valorar de nuevo, o si se debía

¹²¹ Fioravanti, Maurizio, *Constitución*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2011, p. 16.

reconocer que era el germen de esa misma decadencia¹²². Platón crítica a la democracia por considerarla un régimen sin *politeía* –entendida como la traducción que se ha dado al término “constitución” y que era una expresión referida a la forma de gobierno adecuada al presente para reforzar la unidad de la *polis*– puesto que arecía de una verdadera y estable forma de unidad, por ende inestable y promovedora de la tiranía a través de la demagogia¹²³. Como señala Fioravanti, en el fondo de las exigencias de Platón “[...] aparece el temor del conflicto, la aspiración a la estabilidad, a la adquisición de un criterio seguro de distinción entre «permanencia de la ley y transitoriedad de la política»”, de modo que el maestro griego apela a la “ciencia regia” como una forma de gobierno capaz de dar respuestas adecuadas a las cuestiones para las que la ley a causa de su rigidez y abstracción resulta muda, siempre considerando que dicho gobierno para tal objetivo a de ser de origen compositivo y plural, no fundarse en una *politeía* de los vencedores¹²⁴.

Como es posible observar, ya desde Platón se vienen tomando cuestiones sostenidas por el constitucionalismo contemporáneo solicitando que el instrumento que base el actuar social no se permita caer en los posibles pecados de la demagogia que puede degenerar en la decisión de la sociedad contra sus propios intereses; hoy a este fenómeno se le ha denominado “argumento contra-mayoritario” y se ha comenzado a establecer como un requerimiento esencial del Estado de Derecho constitucional que haga una defensa bien articulada de los derechos humanos¹²⁵.

Pero la cuestión no se detiene en Platón, una vez que se invoca el nombre Aristóteles es necesario prestar atención a sus valiosas observaciones. Fioravanti nos señala que en sus propuestas el maestro estagirita es el primero en extirpar el mal originario que había corrompido la unidad de la polis puesto que Aristóteles es el primero observar que el problema se encontraba en la

¹²² *Ibíd.*, p. 18.

¹²³ *Ibíd.*, p. 19-20.

¹²⁴ *Ibíd.*, pp. 21-22.

¹²⁵ Cfr. Vázquez, Rodolfo en Vázquez, Rodolfo (Ed.), *Normas, razones y derechos*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 237-241.

mercantilización de la vida pública como origen de la división entre pobres y ricos¹²⁶ degenerando las formas de gobierno más nobles a un medio de la mercantilización de los intereses. Se había vuelto necesario revalorizar y relanzar el significado propiamente político, e incluso ético, de la convivencia civil, razón por la cual la obra aristotélica recurre continuamente al ámbito de la virtud en la ciudadanía activa.

En este sentido el error de la democracia ateniense fue el de romper el equilibrio al apelar a una igualdad absoluta que enfermó al sistema social de demagogia y terminó por expresar una *politeía* parcial e inestable. Por ello la propuesta de Aristóteles consistía, además de en la reconstrucción de un perfil ético de la vida política, en indicar una forma de gobierno, una constitución, dentro de la cual fuese posible una respuesta estable y duradera, de modo que insiste en retomar el principio de la “constitución de los padres” e indica a la legislación de Solón como un buen referente¹²⁷.

Para Aristóteles, Solón representaba la figura del anti-tirano y su constitución era el referente por excelencia, puesto que sus prescripciones presentaban la justa medida entre pobres y ricos; por ejemplo, a favor de los primeros promovía la liberación de las deudas más opresivas, pero a favor de los segundos negó la distribución general de las tierras como solución a la crisis¹²⁸, en esta tesitura la norma de Solón fue nombrada la *constitución media* y se tornaba en el modelo de una *polítia*, que equivaldría a la particular forma de constitución que es capaz de promover y realizar el justo equilibrio entre dos extremos. Sobre estas bases toma forma la constitución de los antiguos para establecer el sentido de las directrices políticas mediante la interpretación y la argumentación sobre el punto de equilibrio¹²⁹.

Polibio cambia el acento y realiza observaciones no sobre las consecuencias de los actos de poder, sino sobre cómo las formas de ejercer el

¹²⁶ Fioravanti, Maurizio, *Ibíd.*

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 23.

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ *Ibíd.*, pp. 24-25.

poder generaba diversos resultados, en este sentido el *historiador* afirmaba que toda forma de gobierno simple fundada en un solo centro de poder era inestable¹³⁰, siendo observable que es Polibio el original fundador de la teoría de la división del poder mediante su teoría de que era necesaria la contraposición de poderes para que la constitución fuera duradera y no degenerara en el gobierno del interés de uno o unos cuantos.

Las ideas de los griegos son retomadas en la antigua Roma por Cicerón quien particularmente retoma el pensamiento de Aristóteles y denuncia la decadencia de la República romana afirmando que era necesario superar el problema de los extremos en lucha, de romper la cerrazón de la oligarquía, pero también de la superación de los excesos populares y “ultrademocráticos”¹³¹. De este modo Fioravanti explica que el análogo del término constitución en Cicerón es la *res publica*; uniendo a la sociedad con las decisiones de la vida pública, de modo si la *res publica* había de ser sólida debía basarse en la unión, extirpando la concepción que se pudiese concebir de que ésta tenía un origen unilateral y violento, para determinar que en la realidad se presentaba bajo un esquema pacífico y consensuado, implicando lo último la presencia de un empeño colectivo duradero en el tiempo, no episódico¹³², es decir, de compromiso social.

En resumen, la constitución de los antiguos –como propone observar al concepto Fioravanti– no era concebida como una norma de formalismos como en los tiempos modernos llegó a concebirse la constitución. Ésta en cambio se entendía como los principios a guardar para determinar el correcto ejercicio de las directrices políticas, en este sentido, la constitución también se tornaba en un gran proyecto de conciliación social y política, que contenía para tal fin un proyecto de disciplina social y política. Por último, se le entendía como formada

¹³⁰ *Ibíd.*, 25-26.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 27-28.

¹³² *Ibíd.*

en un sentido compositivo por vía de la progresión y la adquisición de elementos razonables¹³³.

Es curioso observar como las mismas situaciones se repiten en la historia y hasta este punto considero es posible encontrar elementos comunes a las posibles respuestas para un constitucionalismo basado en razones que satisfagan conflictos similares a los que se encontraron en otros tiempos.

3.2.1 La constitución como eje del Estado.

No es novedad que la constitución desde su concepción moderna como pacto político es el eje de acción del Estado, y que; en teoría, nada de lo que éste realice en sus en sus distintas instancias de gobierno puede contrariarla. No obstante, aun cuando la gran mayoría de las constituciones occidentales reconocen, incorporan y sostienen defender a los derechos humanos los hechos observables permiten una alta crítica de los actos de gobierno respecto de los dictámenes de estos pactos fundamentales, aun cuando los actos de gobierno se rijan bajo estricta legalidad respecto de las prescripciones normativas que se encuentran en su *carta magna*.

Pareciera haber dos cuestiones básicas que desde el *Iluminismo* se han manejado respecto de los ejes acción que el Estado de ha de manejar como principio para con sus gobernados; estos son la defensa y promoción de la libertad, y la igualdad¹³⁴; sendos principios indubitablemente parte del discurso de los derechos humanos. Lamentablemente en los tratados internacionales referentes a derechos humanos hay pocas o nulas referencias a cómo un Estado ha de actuar para articular estos principios que como la experiencia los ha demostrado pueden desbalancearse a favor de uno y en detrimento de otro generando condiciones de vida deplorables para varios miembros de una nación, de modo que ante tal hecho ningún Estado podría decirse

¹³³ *Ibíd.* p. 29-30.

¹³⁴ *Cfr.* Shwarzschild, Maimon en Patterson, Dennis (Ed.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, 2a. ed., Massachusetts, Wiley-Blackwell, 2010, pp. 160-162. y Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional*, México, FCE-UNAM, 2006, pp. 140-141

completamente acorde al cumplimiento de los derechos humanos, no en cuanto éstos suponen ser universales e indivisibles.

Ante los problemas que he mencionado el constitucionalismo parece haber (accidentalmente) regresado a los planos propuestos por los antiguos, no obstante, las sociedades y problemas de hoy son más complejos, no por los problemas en sí; que parecen ser los mismos, sino por los factores que se integran a los problemas. Hoy tenemos sociedades multiculturales, multiétnicas, feministas, comunidad LGBT, etc., y todos reclaman derechos e igualdad ante la ley. El conflicto ha dejado de ser solamente entre ricos y pobres, de modo que algo ha tendido que cambiar.

Los principios de libertad e igualdad continúan en todas las constituciones que se autoproclaman democráticas, y no hay duda de que al menos la mayoría de las personas aceptan estos principios, no obstante los problemas continúan. El problema es que en la práctica común de la política esos principios están sometidos a concretizaciones ideológicas sobre hechos muy concretos que se utilizan como medios demagógicos para atraer a los votantes; e insisto, bajo la mirada de una particular ideología, lo cual por supuesto comúnmente degenera en leyes que concretan posturas de unos en detrimento de otros, generando más conflictos. Y es que, como la experiencia común demuestra, los conflictos entre posturas ideológicas en el terreno de la política –real, no teórica– no se solucionan con un debate, en todo caso parecieran derivar en más conflicto y mayor división social. Parte del problema es que la mayoría de los votantes no son ni politólogos, ni filósofos, ni en sí especialistas en un conocimiento que les permitiera mantener una postura más crítica, y aun cuando la educación ayuda, no es la solución total, no podemos pretender que todos tengan estudios de nivel universitario en ciencias sociales, de modo que los votantes en general se guían por argumentos más o menos racionales que no están exentos de ser demagógicos, hay que recordar que la retórica es un arte muy bien desarrollado.

Así, como señala Ronald Dworkin, el terreno común necesario para mantener la convivencia y el debate sólo puede encontrarse en los principios en escalas menos concretas, y sostiene que es posible encontrar principios

comunes de suficiente substancia para hacer un debate político posible y constructivo¹³⁵. No asistiré más específicamente hacia las bases de los principios que Dworkin propone puesto que van dirigidos hacia la política de su país; y aunque sería posible adaptarlos a condiciones globales, me parece no sería el camino propio pues realmente lo que él busca es conciliar las particulares posturas del liberalismo del partido demócrata y las igualmente peculiares posturas del conservadurismo republicano en los Estados Unidos, y en la política mundial entran en juego varias otras posturas. No obstante, si considero que la dinámica por el propuesta para evaluar las posibles condiciones convergentes en la política de su país serían un ejercicio que otros académicos deberían realizar de sus propios países y que ello sería de extrema utilidad para formar una democracia más sustantiva y mejores bases para asegurar un mínimo de condiciones a los derecho humanos en cada país.

Pero lo que Dworkin señala no es del todo novedoso, no al menos en los terrenos de filosofía de filosofía jurídica constitucional moderna. El constitucionalismo moderno original, el de corte liberal que nace con las revoluciones estadounidense y francesa –y habría que agregar, de los originales y diversos movimientos sociopolíticos británicos en los que en gran medida se inspiraron– lo primero que buscaron hacer fue plantear y establecer mecanismos formales en sus constituciones para garantizar los principios o valores de igualdad y libertad, mecanismos que incluyeron teorías, las famosas teorías contractualistas.

Los mecanismos establecidos fueron bien conocidos. En realidad eran – y son– condiciones derivadas de principios programáticos o necesarios para garantizar los principios motores. Aunque se pueda considerar a la democracia un principio en sí, en realidad no era más que un valor al cual apelar para instaurar un mecanismo requerido para garantizar los primordiales, de modo que se encontrasen todos igualmente representados en la determinación de las leyes que establecerían la protección de sus libertades (donde se incluía la propiedad privada), así como la erradicación del posible autoritarismo de quien

¹³⁵ Dworkin, Ronald, *Is democracy possible here?*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2006, pp. 6-7.

tuviese a su cargo funciones gubernamentales. Lo mismo sucedió con la separación de las funciones estatales buscando evitar la concentración del poder y que éste se corrompiera, instaurando así, además el mecanismo de pesos y contrapesos. Bajo este esquema quedaba claro que la ley instituía el mecanismo supremo rector del Estado, convirtiéndose su respeto a su vez en un principio, pues era perfecta al contener ya en sí a la libertad, la igualdad y sus respectivos medios de preservación en su texto. Por su puesto, dentro de los medios la ley misma señalaba las condiciones de su aplicación en las propias condiciones de igualdad y libertas; ella era igual ante y para todos, y ella no podía interferir en la libertad de los particulares a menos que en ejercicio de sus libertades interfirieran con la libertad de otros.

Por supuesto el constitucionalismo liberal dejó de prever varias circunstancias, y es que, en realidad no le interesaban. Por un lado fue producto de las revoluciones burguesas, es decir, de quienes comenzaban a tener riquezas y buscaban preservarlas, de modo que, como ciudadano o persona con intereses no se preveía a quienes no tenían riquezas o propiedades, es decir intereses materiales, por ende no tenían razón de participar en la creación de leyes, siendo que la igualdad que buscaban era la igualdad entre iguales, todos los pobres eran iguales entre sí tanto como todos los ricos eran iguales entre sí.

Las revoluciones industriales terminaron por colmar el libre mercado que había logrado definitivamente dos cosas, por un lado ricos más ricos y pobres una más pobres, marcando bien definidamente los estratos sociales; y por otro lado sociedades con pocos ricos que oprimían a muchos pobres. Indudablemente estas fueron las condiciones, junto con la crítica marxista del materialismo histórico, generó diversos movimientos sociales que irían ampliando los conceptos de libertad e igualdad en la teoría política de las constituciones. Es a partir desde este momento que el constitucionalismo y en sí los científicos sociales observarían a las condiciones materiales de igualdad y libertad para encontrar horriblemente que en los hechos estos eran falsos. La iniciativa privada bajo el esquema de libre mercado era de hecho capaz de esclavizar y ello bastaba decir para afirmar que no había garantía de la libertad

ni de la igualdad, puesto que donde hay esclavitud no se puede decir que haya ninguna de las anteriores.

Las nuevas demandas rompen con el principio de Estado no interventor que se respaldaba en la anterior “libertad” para pasar a las demandas que llevaban al denominado Estado social de Derecho que significa que el gobierno es responsable de velar por el desarrollo de la sociedad en los aspectos sociales, económicos y culturales. Esto haría que igualdad se ampliase a equidad¹³⁶, no pudiendo garantizar que todos sean ricos, si se puede apostar por la igualdad de oportunidades y que libertad no se fuese un concepto que se encontrase solamente en el ámbito “público”, sino que se exigiese en el ámbito privado.

Pero aún después de las revoluciones sociales –o en curso de ellas– los retos siguen. Hoy la teoría constitucional empieza a colocar a la constitución por encima del texto de ésta, lo que ha obligado a los jueces a ser los últimos garantes del Derecho¹³⁷ y sin duda en muchos lugares esto ha dado mejores resultados que cuando éste se encontraba en manos de los legisladores o del ejecutivo. No obstante una de las primeras cuestiones que aun habría que resolver –y que se está buscando resolver en la teoría– es lograr que los principios establecidos en la constitución se emancipen de los discursos demagógicos, puesto que hasta que un caso no llega a la Corte, los derechos se siguen violando, y en este sentido no sería de utilidad controlar la demagogia que genera diarrea legislativa.

Hoy, donde no se puede confiar en la ética de los gobernantes, se elige confiar en la ética de la constitución como el ente no humano que admite las justas pretensiones de los diversos integrantes de una sociedad para preservar la unidad de ésta mediante la búsqueda de soluciones constructivas. No obstante, considero que el problema es que todavía se piensa primero en la constitución y luego en los derechos humanos, y no en los derechos humanos; y no los fundamentales, con la constitución. Es decir, todavía observo que el

¹³⁶ Shwarzschild, Maimon, *Op. cit.*, pp. 165-166.

¹³⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *Op. cit.*, p. 150

razonamiento es cerrado respecto de a los derechos fundamentales que se encuentran en la constitución, en cuyo caso tales derecho funcionan en base a ella y no viceversa, que la constitución funcione con base a los derechos humanos, es decir, los principios políticos en función de los principios éticos.

3.2.2 La constitución como elemento legitimador del Estado.

Hasta este punto he utilizado poco el término “legítimo” puesto que su significación es complicada y utilizada al hablar de cuestiones “jurídicas” puede llevar a muchas confusiones; en gran medida por ello el positivismo rígido la desterró de su ciencia ya la legitimidad necesariamente prevé valoración. En todo caso se podría decir que en el positivismo descriptivo la legitimidad terminaba donde la constitución se instituía, generando una reduccionismo del término a la legalidad, donde quien detentará el poder se encontraba legitimado siempre y cuando éste hubiese accedido a él conforme a lo previsto en las normas, y una decisión pública; ya fuese un acto administrativo o una sentencia, era legítima en la medida en que era legal. Esto por supuesto llevó a una fácil manipulación del sistema que la división de poderes no pudo, ni ha podido, evitar, incluso generando algo pero que el arbitrio de uno, el arbitrio de varios. Pero a falta de otras opciones capaces de solucionar los problemas de legitimación y limitación del poder la difusión universal de la constitución nada demuestra sobre su actual eficiencia.¹³⁸

En este sentido la constitución, como lo proponen las corrientes contemporáneas del constitucionalismo, ha de ser velada por encima del texto, pero aun más, por encima de sí misma¹³⁹, y los criterios de legitimidad se han de mezclar con los de legalidad desde ella misma en la materia en se vele por el respeto de los derechos humanos, de modo que una acción pudiese ser legal en cuanto respeta a la normatividad, pero constitucionalmente ilegal en cuanto rompe con los derechos humanos. Para esto hasta ahora, la única

¹³⁸ Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, Madrid, Trotta, 2006, p. 72.

¹³⁹ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia y derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 103-105.

solución que se ha encontrado es dejar en manos de los jueces tal determinación, pero no habría de ser necesariamente así si los estándares de la profesionalidad jurídica se alzarán un poco. Es solamente una idea.

3.3 Las cláusulas constitucionales.

Para que la constitución se encuentre en función de los derechos humanos es necesario que prevea las exigencias éticas (morales) mínimas que éstos plantean. Donde se establezca que nada, ni siquiera la democracia puede superar esas barreras. Un principio útil, aunque aun no consolidado en el constitucionalismo en general, es el argumento contra-mayoritario, donde ninguna decisión pueda ser realizada si en ésta existe siquiera la posibilidad de violar la dignidad o la autonomía de un miembro de su sociedad.¹⁴⁰

Otra sería respecto de las políticas económicas como justo medio. Esta es más una propuesta propia, pero la considero plausible y como medida obligatoria si se ha de tomar en serio el discurso de los derechos humanos. Si se exige materialidad de los derechos en los hechos, las políticas económicas deben velar siempre por una distribución hacia quienes menos tienen, o los desventajados. Esto sería poner una cláusula restrictiva a un liberalismo desenfrenado. Otra propuesta que se me ocurre para romper con las posibles “manipulaciones”, es una cláusula gubernamental que podría someter a constante revisión los actos de las instancias administrativas del gobierno, de modo que ante la falta de atención a los derechos humanos, activa o inactivamente, se pueda exigir la dimisión del titular de esa instancia gubernamental, así fuese el presidente; esto sería acorde a la actualización del “fundamento del Derecho” mediante el cual se podría determinar el “ilegalidad” en el ejercicio de la función, sé que requería aun pensarse en los mecanismos de control del ejercicio de dicha cláusula, pero es factible si se piensa en la complejidad de elementos o hechos que conlleva hoy en día el ejercicio gubernamental, por ejemplo la constante vigilancia que existe de distintos organismos, tanto nacionales como internacionales, de las distintas

¹⁴⁰ Cfr. Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad*, Op. cit., pp. 211-214.

fases gubernativas en un Estado, otorgan elementos para poder someter a estimación el si se ha actuado conforme a derechos humanos; y de hecho esto sucede, pero esto no se siguen hechos punitivos ante tales omisiones, cuando en cambio si sucede en grado similar con las cuestiones económicas y el manejo de recursos públicos.

3.4 La reforma constitucional.

La cuestión de la reforma constitucional es sin duda compleja, no obstante la realidad de ésta es que de algún modo ya venía funcionando mucho más acorde a una teoría flexible del Derecho de lo que el positivismo planteaba, cómo un poder extra-legal como el constituyente generaba un poder jurídico; y más allá, la cuestión de cómo un poder ajeno al constituyente pudiese modificar el texto del documento constitucional siempre fue altamente controvertible. Sin embargo la concepción axiológica que se ha venido manteniendo desde hace ya varios años de la constitución ha permitido aceptar que el documento tiene un valor inherente a sí mismo y que es conveniente velar porque se mantenga en ese sentido, de modo que cuando algo no corresponda con el valor de la constitución, el texto sea reformado¹⁴¹. Aunque queda en la mesa el problema de determinar si el poder de reformar que por definición se encuentra formalmente limitado a la constitución, también se encuentra materialmente determinado a las mismas¹⁴². Bajo la concepción axiológica considero que sí es posible, y que en ese sentido los derechos humanos funcionan como un criterio justificador, puesto que la concepción del fundamento del Derecho que he previsto en la teoría prevería que toda reforma que se realizase fuese acorde a los mejores beneficios, tanto como para integrar derechos como para mejorar los mecanismos de su protección¹⁴³.

¹⁴¹ Salazar, Pedro, *La democracia constitucional*, México, FCE, 2006, pp. 92 -93.

¹⁴² *Ibíd.*, pp. 96-97.

¹⁴³ *Cfr.* De Cabo, Martín, *La reforma constitucional*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 71-73.

Los problemas materiales, al contrario de los formales, no pueden solucionarse en el plano normativo¹⁴⁴, no obstante, no es descabellado pensar en que, cuando el hecho material insiste en repetir sus consecuencias no deseadas se prevea un proceso de reforma para dar paso a una norma más completa en cuanto a los términos que requiere para su efectividad material. En realidad, este es un presupuesto de coherencia de los derechos humanos y del propio constitucionalismo que se tome en serio el otorgar o reconocer derechos. El Derecho de hoy ya no exige mero formalismo, no basta enunciar la norma para decir que el Estado cumple respecto de los derechos de su sociedad, el Derecho de hoy requiere concreción material, que sus prescripciones no enunciados de buenas intenciones, sino enunciados de acciones. En cuyo caso la mejor manera de prever formalismo –del que no nos podemos escapar– para la modificación material de la constitución es un colegio de expertos de notoria carrera y conocimientos en la materia, además de reputación honorable. Este recurso en muchas jurisdicciones es el llamado tribunal constitucional, aunque nada nos dice que el experto en la materia necesariamente habría de ser abogado, dando mayor apertura de visión.

3.5 Jurisdicción y derechos humanos.

Este último apartado no pretende ser en sí sobre un tema en lo particular. A decir verdad funciona como una suerte de *cul-de-sac* a toda la dinámica de esta obra para incorporar aunque sea ligeramente dos cuestiones que consideré eran indispensables tratar si es que había de hablar de Derecho y derechos humanos, aunque ahondaré demasiado en ellos, pues esto hubiese hecho mi investigación –por lo que a tiempo refiere– demasiado extensa –incluso ameritando estos temas una investigación extensa propia– de modo que por cuanto respecta a estos apartados me limitaré a hacer unas acotaciones que considero habría que tener en cuenta si se ha de hablar de la efectiva realización jurídica de los derechos humanos en un Estado de Derecho que afirme el respeto y la protección de éstos.

¹⁴⁴ Grimm, Dieter, *Op. cit.*, p. 74.

No obstante el nombre de este apartado tiene una razón sólida de ser pues considero que lo que haría específicamente jurídico a un estudio sobre la efectividad de los derechos humanos es necesariamente el plano de la jurisdicción. Mientras muchas disciplinas como la sociología, la política, la economía o las relaciones internacionales persiguen el plano de la defensa de los derechos humanos desde las organizaciones internacionales, la actividad de las organizaciones no gubernamentales, las políticas de redistribución mundial de las riquezas, etc., al Derecho le deben de preocupar específicamente las cuestiones que entran en el esquema de los sistemas jurídicos, tanto nacionales como internacionales, es decir, las jurisdicciones en las que se ha de actuar.

Ignoraré –como en medida de lo posible lo he hecho hasta ahora– adentrarme en la cuestión del Derecho internacional puesto que sería entrar a toda una lógica de pensamiento distinta al del Derecho nacional, puesto que hay que especificar que el Derecho internacional tiene su propia filosofía y en la misma medida sus propias relaciones lógicas. No es que por esto ignore la importancia del Derecho internacional respecto del discurso de los derechos humanos, incluso admito que tal vez uno de los defectos de esta tesis se encuentra en no ahondar en la materia, que sin duda ha sido la catapulta de los derechos humanos y que igualmente no cabe duda que necesita más atención de los filósofos del Derecho para poder dar cuenta de los problemas de los derechos humanos en este nivel, que filosóficamente posiblemente son mayores que en los sistemas jurídicos estatales.

3.5.1 La defensa de los derechos.

Niklas Luhman decía que “[...] el [D]erecho no adquiere realidad por alguna idealidad estable [...], sino finalmente por aquellas operaciones que producen y reproducen el sentido específico del [D]erecho¹⁴⁵, y más razón no podría tener.

¹⁴⁵ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, trad. de Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 2002, p. 97.

Las cuestiones sobre derechos humanos no se pueden encerrar en aquello que se encuentra en la teoría, ni en la constitución, ni siquiera incluso en los tratados internacionales. Los derechos se violan *in situ*, y muchas veces se violan por medio del Derecho. De modo que su defensa, desde las normas, pasando por los jueces y llegando a los litigantes –por cuanto requiere a los operadores jurídicos que son el sujeto primordial a quienes se dirige esta obra – requieren de una formación más completa y crítica, que los obligue a conocer de teoría política, cuestiones de economía y en cierto, ser los primeros sociólogos de su materia para observar que no está funcionando en ella, porqué los hechos son necios en permitir que hayan miles de personas con hambre y a la vez exista una pequeña comunidad que podría saciar ese problema con al menos tortillas y frijoles sin mayor problema, más importante sin el menor detrimento a su integridad personal, todo dentro de su propia jurisdicción. ¿Hasta dónde puede una persona exigir su derecho a acumular una riqueza que una vida no le alcanzaría para explotar? ¿En cuántas casas necesita vivir una persona?

Me temo que los sistemas, por más fuerte que sean sus teorías, siempre será posible viciarlos para satisfacer los intereses de quienes están dispuestos a inmortalizar su capital. Pero esto será cada vez más difícil en la medida en que formemos no sólo abogados, sino profesionistas con una educación crítica, no solamente técnicos de su materia. Y esto, es la verdadera defensa de los derechos y creo que el Derecho podría aportar mucho “poniendo la vara más alta”, no permitiendo que todos hagan lo que quieran sin importar no sólo su capacidad para hacerlo, sino su calidad humana.

3.5.2 Hermenéutica y argumentación.

El aspecto de la interpretación y la argumentación jurídica es posiblemente uno de los temas más complejos de la dogmática jurídica hoy en día. Atribuyo esta dificultad a que aun cuando estos temas han sido tratados por lo menos desde los antiguos griegos, hoy, a relativamente poco tiempo de haber superado el positivismo normativista o descriptivo –si no es que se puede decir que en realidad lo comenzamos a superar– pareciera que nos

encontramos de nuevo en ciernes al respecto, no porque no podamos estudiar los precedentes métodos de interpretación o argumentación jurídica, sino porque en el tiempo que estos temas se abandonaron o rezagaron, el mundo y sus circunstancias cambiaron tremendamente, con lo que los métodos de interpretación y argumentación históricos se tornaron en tan sólo una pista de por dónde retomar el camino para la construcción de métodos adecuados al respecto para el Derecho del mundo contemporáneo, del cual ahora los derechos humanos globales se tornaron en una complejidad, aunque también en otra pista a seguir.

En esta lógica, al aceptar en la teoría del Derecho que nuestro objeto de estudio contiene principios de contenidos morales y directrices políticas indudablemente imprime una especial relevancia a la materias hermenéutica y argumentativa del Derecho, puesto que, aun cuando pudiésemos buscar colmar el catálogo de principios y directrices con sus respectivas intercepciones y excepciones, esto no sería exhaustivo de la certidumbre respecto de su aplicación¹⁴⁶ ya que, como he acentuado antes, los principios y directrices observan los factores y hechos circunstanciales que son ajenos al sistema jurídico, de modo que lo más que pueda realizar éste es aceptar que existen y estar dispuesto a resolverlos, no buscar preverlos todos y negarse resolver los que no se encuentren en el catálogo por no considerarlos materia jurídica o de justiciabilidad.

Tampoco sería apropiado atacar con el mismo método el otro objeto a tratar. Gustavo Zagrebelsky ya ha advertido claramente sobre la existencia de este error en la historia de la dogmática jurídica y lo que implica la forma correcta de abordar el tema:

“[...] sobre la interpretación dictadas por el legislador en cualquier tiempo y ordenamiento, al no haber logrado su objetivo, se señalan como ejemplos del fracaso de la pretensión de todo derecho «positivo» de establecer él mismo las condiciones de su alcance, es decir, de crearse en sí

¹⁴⁶ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Op. cit., pp. 22-25.

mismo. La interpretación no depende de la voluntad del legislador que pretenda regularla, sino al revés, y ello también por la razón de que también esa voluntad debe ser interpretada”¹⁴⁷.

Como señala Manuel Atienza, las teorías de la argumentación constan esencialmente en suministrar a los órganos aplicadores del Derecho criterios para facilitar la aplicación de una norma a un caso¹⁴⁸, y aunque no pretendo adentrarme en las diversas teorías de la argumentación, creo que respecto de la exigencia sobre que ésta sea realizada correctamente he proporcionado buenos rastros a los que tanto un juez como un abogado litigante, y no sólo ellos; sino cualquier operador jurídico en su respectivo rol, podrían encontrar medios para una buena argumentación como solución a los problemas de “indeterminación” o “conflicto” de la normas

El error más grave; queda claro, consistiría en asumir una postura normativista o descriptiva del Derecho. Posteriormente en considerar al sistema jurídico como cerrado en su propia normatividad y los significados que se encierran en él, puesto que como es lógico suponer, y ha quedado entendido, no todo está previsto, y hay exigencias de justicia que no son previsibles, y muchas veces los criterios para resolver se encuentran en una necesidad que el operador jurídico no encontraría en el mismo sistema. Esto podría ser muy posible sobre todo en los sistemas políticos muy inclinados a una ideología, y por ende nieguen derechos identificados en una u otra corriente, en cuyo caso el operador jurídico debe hacerse del recurso de principios que implícitamente establezcan la necesidad de resolver de un modo para garantizar derechos de la corriente que sí acepta su sistema. Por ejemplo, en algún sistema muy tendido al liberalismo podría ser que el derecho a la jornada laboral limitada no se garantice, sin embargo, sí se rechaza la esclavitud o la explotación de la persona, incluso en esa constitución ha de ser un derecho fundamental, y queda claro que la esclavitud o explotación de la persona es un hecho, no la ausencia de un contrato que someta la voluntad de una persona a

¹⁴⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *Op. cit.* p. 135.

¹⁴⁸ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, México, UNAM, 2005, p.3

otra, pues las condiciones pudieron haberlo constreñido. Otro en observar un verdadero “conflicto” de derecho y no una indeterminación de la armonización entre derechos, de modo que se establezca la justa medida entre el derecho una parte y el de otra. También, imposible de ignorar, el recordar que no se trata de los derechos de la humanidad y no solamente del derecho de las partes presentes, de modo que en el tomar en cuenta la justa medida considere las consecuencias de una posible decisión que tiene consecuencias en los posibles derechos del tercero ausente existente o que puede existir, este caso es complicado, pero se me ocurre un ejemplo: si hubiese un mina sobre la que una compañía o el mismo gobierno tuviese una facultad de explotación y de sus ganancias pudiese distribuir riquezas, pero al hacerlo contaminaría una fuente de agua; aunque fuese paulatinamente de modo que no tendría repercusión inmediata sobre los presentes, en este caso el juez o gobierno según se trate el caso, deberá impedir la explotación hasta que no se encuentre una solución que satisfaga los derechos de todos.

Conclusiones.

Así, llego al final de esta obra producto de mi pensamiento presentando conclusiones, algunas muy “encerradas” respecto de la exposición que he realizado, otras “abiertas” en cuanto a que fueron reflexiones “fuera” del esquema de lo que he planteado, pero que sin duda fueron reflexiones producidas gracias a esta tesis, pues me ha obligado a leer y pensar sobre ciertas cuestiones que no pudieron ser expuestas a profundidad en el presente texto:

- 1) Los derechos humanos son ante todo una expresión discursiva que en su fundamento formal se encuentran delimitados por la lengua, de modo que cuando se pregunta por el fundamento formal –no importando si es para la filosofía, la política o el Derecho– éste se puede traducir a su enunciación en formas lingüísticas. No obstante, las palabras, y por ende los discursos, expresan sentidos que es lo que se busca calificar lingüísticamente con las palabras no solo a los objetos, sino a los conceptos de tipo trascendental como bueno, malo, debido, indebido, justo o injusto. Concorde a lo anterior, si se busca el fundamento último de los derechos humanos no es posible encontrar elementos estrictamente fácticos que sostengan el discurso en un modo *científico*, de modo que lo que propongo es observar a las construcciones filosóficas de carácter ético que se puedan sostener en verdades intersubjetivas. Si esto es posible para todo el mundo no lo sé, habría que hacer un estudio al respecto. Pero al menos el proceso al que hemos llegado en el mundo occidental –observable históricamente– hace presumible pensar que esto es así, aunque sea en mínimos irreductibles. No en vano la existencia de las distintas declaraciones y tratados internacionales en la materia signadas y ratificadas mayormente por Estados occidentales prevén más o menos una suerte de estándares mínimos en materia ético-política al grado tal que podría considerarse al conjunto de prescripciones de los tratados en la materia una especie de constitución –dogmática– mundial o internacional.

- 2)** No obstante la postura anterior plantea la posibilidad de encontrar una condición de fundamento para la incorporación y defensa de los derechos en los diversos sistemas jurídicos, considero que la labor en la materia; especialmente por cuanto respecta al ámbito internacional, aun es bastante imperfecta. Tal vez sería necesaria una gran reunión de estudiosos éticos, políticos y jurídicos de todas las posibles perspectivas ideológicas y nacionales para realizar una teoría de los derechos humanos que más o menos pudiese dejar en claro directrices para su realización, una teoría que pase desde el fundamento hasta las posibles interpretaciones e interacciones entre derechos.

Lo anterior es importante si queremos tomarnos a los derechos humanos en serio. Puesto que aun cuando en esta tesis he buscado directrices de lo que considero interpretaciones y aplicación correcta de los derechos humanos, así como lo han hecho tanto estudiosos del más alto nivel, todas estas posturas contienen un defecto insuperable no solo para mí sino para cualquiera, esto es, estamos observando todo desde nuestra peculiar perspectiva que incluye tanto el país en el que nos encontramos, nuestros sincretismos culturales, así como la limitación de lenguas en las que podemos leer. Durante mi carrera de licenciatura tuve la suerte de haber podido cursar una materia de Derecho musulmán que me dejó una gran lección, no se trata de estar en lo correcto o en lo incorrecto, se trata de entender el mundo del otro y ello es una brecha que los derechos humanos no han podido cerrar. En este sentido el jurista hindú Upendra Baxi ha denunciado la gran hipocresía que se ha encontrado detrás del discurso occidental de los derechos humanos, donde se ha sostenido que éstos son el gran regalo de occidente a la humanidad y bajo tal parámetro han sido utilizados por las potencias mundiales como discurso piadoso de una dominación que ningún pueblo solicitó¹⁴⁹.

- 3)** Aun cuando desconozco bastante de su teoría, y de lo poco que conozco con mucho no estoy de acuerdo, Joseph Raz respecto de su

¹⁴⁹ Baxi, Upendra, *The future of human rights*, *Op. cit.*, pp. XIV-XV.

“tesis social” señala algo que es muy cierto y que considero todo futuro iusfilósofo debe tener en cuenta cuando haga una teoría del Derecho. El básicamente dice que el “concepto del Derecho” es mutable, éste hoy no es coincidente con el que tuvieron nuestros antecesores y lo más seguro es que seguramente el de nuestros sucesores será diferente al nuestro¹⁵⁰. En el mismo sentido esto necesariamente debe ser también referente a las culturas, ¿cómo explicar desde el punto de vista occidente un sistema jurídico basado en el Corán por ejemplo? Necesariamente tenemos que abrir las posibilidades y romper ciertos dogmas, sólo ello haría posible el principio verdaderamente universal de los derechos humanos.

En esta tesitura, como una de las conclusiones, sostengo que se ha de perder la obsesión por explicar todo el Derecho de todas las épocas y todas las culturas como si fueran una misma cosa. Esta necesidad se ha incrementado en los tiempos recientes en que la evolución de la tecnología y los diversos estados del mundo han generado que el caso cambie con extrema velocidad. Esto no significa que neguemos que el Derecho deba tener cierta esteticidad, sino estar abiertos a la posibilidad de que el mundo cambia tan rápido que el Derecho necesita ajustarse a estas exigencias. Considero que es en especial una labor de los filósofos del Derecho mantener a los juristas al tanto de estos cambios, y como contraparte, es obligación moral de los abogados mantenerse al tanto de las observaciones de los iusfilósofos, cosa que lamentablemente en México se ha dejado de hacer desde hace muchos decenios.

- 4) Hay una cuestión polémica que me cuesta aceptar del todo pero que es plausible. Pareciera ser una conclusión enraizada en el trasfondo político del discurso de los derechos humanos, y que de tomarlo en serio para la teoría jurídica, pareciera que exigiría de ésta considerar en el sistema jurídico la posibilidad de autodestrucción (pacífica) para dar paso a generar un poder constituyente nuevo. Es polémico porque en las teorías de sistemas que han influenciado gran parte de la teoría de la

¹⁵⁰ Cfr. Bix, Brian H., *Op. cit.*, pp. 64-65.

Modernidad no se acepta la posibilidad de que un sistema se autodestruya pues su naturaleza lógica es preservarse y expandirse. No obstante, si el mismo sistema jurídico que se ha mantenido con respecto al discurso de los derechos humanos desde el fundamento que se actualiza (o supuesto fundante actualizado) –que he mencionado en el capítulo– encuentra en sí una imposibilidad total de seguir respondiendo por los derechos humanos, éste siendo coherente debe prever la posibilidad de extinguirse para dar paso a un nuevo sistema jurídico. Aunque nada nos dice que el posible nuevo sistema jurídico vaya a ser creado para el respeto y promoción de los presupuestos del discurso de los derechos humanos, y a la vez en ello existe una antinomia.

- 5) Es necesario romper la dinámica que ha imperado de realizar estudios iusfilosóficos en torno a la dinámica de los “derechos fundamentales” en el sistema jurídico, y enfocarlo desde la perspectiva de los “derechos humanos incorporados al sistema”. La razón que observo es que los estudios que abundan con la primer dinámica si bien se sostienen en una teoría que acepta presupuestos de una teoría con elementos similares a los que propongo, dichos estudios devienen en el desnaturalizar a los derechos respecto de su misma naturaleza operativa en todo ordenamiento jurídico, en todo caso el único ámbito en que los derechos fundamentales descubren los presupuestos de su procedencia como derechos humanos es en el ámbito judicial ante los comúnmente llamados “casos difíciles” en el llamado “conflicto de derechos”.
- 6) Como he señalado el discurso de los derechos humanos vulgarizado ha llevado a interpretaciones incorrectas respecto de lo que las condiciones del Estado exigen, ello ha degenerado mucho a los gobiernos –aun los de izquierda– a inclinarse hacia un liberalismo mal entendido en el que se ha permitido que el libre mercado suple las “exigencias” que no deberían quedar al arbitrio de los particulares, degenerando en condiciones mediocres para la efectiva realización de los derechos humanos de todos. A diferencia de lo que se cree –conforme al discurso vulgarizado– el discurso de los derechos humanos implica disciplina, no

en el sentido fascista, pero sí en cuanto a que mejores ciudadanos, profesionales, servidores públicos, etc., realizando sus obligaciones efectivamente, es el paso fundamental que nos permitirá como sociedad acercarnos a vivir en el mundo de los derechos humanos. Como lo sostengo en el desarrollo de las páginas anteriores, la correlación entre derechos y obligaciones que implican los derechos humanos no se limita a ese binomio simple del que se excluye de responsabilidad al terceros, en el derecho humano de uno toda la sociedad tiene obligaciones en distintos niveles y viceversa, por ejemplo, donde yo (y todos) tengo el derecho al acceso a la justicia no sólo se sigue que el Estado deba proporcionarme el libre acceso presentar demandas ante los tribunales, sino que si el derecho ha de ser ejercido efectivamente todas las personas que trabajan en la función judicial tienen la obligación de ser lo más aptos y preparados posible para que mi derecho aspire a ser completo y no se reduzca al ridículo de que en realidad mi derecho al acceso a la justicia se tradujo a que tuve total libertad de presentar unos papeles en un tribunal. En este sentido queda claro que hay un obligado permanente en vigilar y procurar que todos sean aptos para con el cumplimiento de sus obligaciones.

- 7) La positivización de los derechos humanos, ya sea en los medios internacionales como en los nacionales, tienen un valor mayormente simbólico; y en todo caso, como lo he sostenido en parte de esta teoría, como una guía para la acción, ya sea legislativa, gubernativa o judicial, pero también para las personas. Los derechos humanos se violan *in situ*, y solamente las personas y las acciones locales pueden mejorar la condición de los derechos humanos, de modo que más allá de todo instrumento conceptual o institucional que se pueda crear al respecto, la razón de que en alguna medida la situación de los derechos humanos mejore no recaen en sí en los instrumentos mencionados, sino en el compromiso social que se tenga con éstos¹⁵¹.

¹⁵¹ Douzinas, Costas, *Op. cit.*, pp. 175-176.

- 8) En otro aspecto, el discurso de los derechos humanos vive en la politicidad; entre los intereses de unos y otros¹⁵², ello es inevitable puesto que forman parte del ágora; pero hasta que no se establezcan parámetros mínimos a no transgredir, el discurso de los derechos humanos desde el Derecho es parcialmente útil. Si no se toma una postura mínima sobre los límites que no se puedan transgredir el discurso de los derechos humanos como materia jurídica seguirán siendo instrumentos demagogia, y lo único que los hará reales es la violencia “legalizada”¹⁵³ en el *constitucionalismo*.
- 9) Una obligación implícita que los derechos humanos imponen no exclusivamente a los Estados sino a los académicos es adentrarse mucho más en los estudios económicos del Derecho y la sociología jurídico-económica con el fin de solventar, mediante directrices políticas y tributarias la fuerte división de las clases socioeconómicas. Es importante distinguir que el discurso de los derechos humanos no significa implementar un Estado marxista malentendido en el que toda la población se confunda en una clase socioeconómica mediante una autoridad que fácilmente podría ser denominada “dictadora”, no obstante, sí exige establecer condiciones de equidad que hagan posible el diálogo entre clases y se permitan oportunidades de acceso a mejores condiciones a quienes se encuentran desfavorecidos, de modo que se rompan puedan romper las barreras que impiden a unos alcanzar los beneficios que otros tienen. Por ejemplo, en nuestro país el problema entre clases va más allá del capital, sino en las posibilidades reales de superación; mientras que las clases altas pueden garantizar una buena educación a sus hijos, las clases menos favorecidas mediante el Estado (en varias zonas de la República) no pueden siquiera garantizar que sus hijos aprendan a leer, bajo este panorama, ¿Cómo se puede esperar que un día alguien de las clases menos favorecidas acceda al nivel de vida de las clases privilegiadas si no es por medio de la lotería?. Este es

¹⁵² Correas, Óscar, *Op. cit.* pp. 150-151.

¹⁵³ *Ibíd.*

sólo un ejemplo, pues se pueden encontrar otros casos en otros ámbitos como lo podría ser la salud o la recreación. El hecho es que se debe buscar siempre romper los lastres que impiden a unos muchos su condición desfavorecida.

- 10)** El gran reto que los sistemas jurídicos de todo el mundo han de afrontar en faz de los derechos humanos es articular en sí; desde el punto de vista interno, la ética de la alteridad. No solamente me refiero a los derechos de la “generación por venir”, sino a aquellos que no siempre son vistos.

Los derechos humanos de los más “débiles” son por los que menos se ha velado. Los derechos de los refugiados, los “ilegales”, en general los excluidos, aquellos que no sólo no tienen “propiedad”¹⁵⁴, sino que no se les permite tenerla, que están presentes en la sociedad sin estar presentes para las instituciones.

¹⁵⁴ Cfr. Douzinas, Costas, *Op. cit.* pp. 432-436.

BIBLIOGRAFÍA.

- ADORNO, Theodor W., *Epistemología y ciencias sociales*, trad. de Vicente Gómez, Valencia, Frónesis Cátedra, 1975.
- ALEXY, Robert, *Teoría del los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.
- ATIENZA, Manuel y Rodolfo VIGO, *Argumentación constitucional*, México, Porrúa, 2011.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, México, UNAM, 2005.
- AUSTIN, John, *The province of jurisprudence determined*, Nueva York, Cambridge University Press, 2001.
- BARRANCO, María del Carmen, *Teoría del derecho y derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2009.
- BAXI, Upendra, *The future of human rights*, 2a. ed., Nueva Delhi, Oxford University Press, 2006.
- BEUCHOT, Mauricio, *Derechos humanos*, México, Fontamara, 2009.
- BEUCHOT, Mauricio, *Historia y filosofía de los derechos humanos*, 6a. ed., México, Siglo XXI, 2008.
- BIX, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, trad. de Enrique Trujano Rodríguez y Pedro A. Villarreal Lizárraga, México, UNAM, 2009.
- BIX, Brian H., *Filosofía del derecho*, trad. de Imer B. Flores, Rodrigo Ortiz Totoricagüena y Juan Vega Gómez, México, UNAM, 2010.
- BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, Torres-Editor, 1980.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, 3a. ed., trad. de José Guerrero R., Bogotá, Temis, 2007.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991.
- DE CABO MARTÍN, Carlos, *La reforma constitucional*, Madrid, Trotta, 2003.
- CAPELLA, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2008.
- CIARAMELLI, Fabio, *Instituciones y normas*, trad. de Juan Ramón Capella, Madrid, Trotta, 2009.

- CORREAS, Óscar, *Acerca de los derechos humanos*, México, Coyoacán, 2003.
- CRUZ PARCERO, Juan A. *El lenguaje de los derechos*. Ed. Trotta. Madrid, 2007.
- DONNELLY, Jack, *Derechos humanos universales*, 2a. ed., trad. de Ana Isabel Stellino, México, Gernika, 1998.
- DOUZINAS, Costas, *El fin de los derechos humanos*, Bogotá, Legis-Universidad de Antioquia, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *Is democracy possible here?*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2006.
- DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, trad. de Marisa Iglesias Vila y Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1978.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, Madrid, Trotta, 2009.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, 8a. ed., México, Fontamara, 2011.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, Madrid, Trotta, 2006.
- GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi (Ed.), *El fundamento de los derechos fundamentales*, 4a. ed., trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.
- FIORAVANTI, Mauricio, *Constitución*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2011.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, 6a. ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2009.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, 6a. ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2010.
- HART, H. L. A., *The concept of law*, 2a. ed., Nueva York, Clarendon Press Oxford, 1994.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan or, the matter, form and power of a commonwealth, ecclesiastical and civil*, Londres, John Bohn, 1839.

- HÖFFE, Otfried, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, trad. Jorge M. Seña, México, Fontamara, 2004.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 1a. ed., trad. de Gregorio Robles Morchón y Félix F. Sánchez, Madrid, Trotta, 2011.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982.
- LAFER, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos*, trad. de Stella Mastrangelo, México, FCE, 1994.
- LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, trad. de Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 2002.
- MACINTYRE, Alasdair, *Whose justice? which rationality?*, Londres, Duckworth, 1988.
- MUGUERZA, Javier *et al.* *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.
- NINO, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de la "ciencia" jurídica*, México, Fontamara, 1993.
- NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2007.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2003.
- PALOMBELLA, Gianluigi, *La autoridad de los derechos*, trad. de José Calvo González y Cristina Monereo Atienza, Madrid, Trotta, 2006.
- PATTERSON, Dennis (Ed.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, 2a. ed., Massachusetts, Wiley-Blackwell, 2010-
- PECES-BARBA, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.
- PINELLI, Cesare, *Forme di stato e forme di governo*, Napoles, Jovene, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid, Trotta, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2009.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios y derechos*, Madrid, Dykinson, 1998.
- RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, FCE, 2010.

- RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 2011.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, México, Coyoacán, 2007.
- ROLLA, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa, 2006
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2009.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional*, México, FCE-UNAM, 2006.
- SALDAÑA, Javier (Coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos*, México, UNAM, 1997.
- SANDEL, Michael J, *Justice: What's the right thing to do?*, Nueva York, Ferrar, Straus and Giroux, 2010.
- DE SEBASTIÁN, Luis, *De la esclavitud a los derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 2000
- SERRANO GÓMEZ, Enrique, *Política congelada*, México, Fontamara, 2011.
- SHAPIRO, Scott, *Legality*, Massachusetts, Harvard University Press, 2011.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Sociología jurídica crítica*. Eds. Trotta-Ilsa. Bogotá, 2009.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, México, Fontamara, 2011.
- VASAK, Karel, *The international dimensions of human rights*, Paris, UNESCO, 1979.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2010.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (Ed.), *Normas, razones y derechos*, Madrid, Trotta, 2011.
- WALDRON, Jeremy, *Liberal Rights*, Nueva York, Cambridge University Press, 1993.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 9a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2009.

Artículos.

VASAK, Karel, “*La Déclaration Universelle des Droits de l’Homme 30 ans après*”, Le Courrier de l’UNESCO, Paris, año XXX, número 11, noviembre de 1977.

Tratados Internacionales.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (entró en vigor en 1976).

Declaración de Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano (Declaración de Estocolmo de 1972 y Declaración de Río de 1992).