

Universidad Panamericana
Facultad de Derecho
Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública,
bajo acuerdo número 985162 de fecha 17 de agosto de 1998

**Primacía y exterioridad: Análisis crítico de los
derechos humanos aplicado a los conflictos
normativos y al arraigo en México**

Tesis que para obtener el grado de

Doctor en Derecho

Sustenta el

Mtro. Octavio Orlando Rodríguez Ferreira

Director de la tesis:

Dr. Hugo Saúl Ramírez García

A Sol Angélica Ferreira, mi madre.

AGRADECIMIENTOS

Quiero aprovechar estas páginas para agradecer a muchas personas que me acompañaron en este largo proceso de más de una década para culminar mis estudios doctorales. Su apoyo, paciencia y cariño siempre me inspiraron e impulsaron a llevar mi investigación a su satisfactoria conclusión.

Primero que nada quisiera agradecer a mi madre, Sol Angélica Ferreira, a quien le debo quien soy, y quien me ha conducido y acompañado siempre, tanto en lo personal como en lo profesional. Además de brindarme su cariño y paciencia, agradezco enormemente su apoyo en la edición y revisión de este trabajo, ya fuera con sus observaciones, comentarios o sugerencias. Sin duda mi madre merece mucho crédito en estas páginas.

Así mismo, quiero dar un sentido agradecimiento a Carla, mi compañera de vida, quien estuvo conmigo desde que se empezó a gestar la idea inicial de mi investigación y hasta que la última página de esta tesis fue escrita. Carla vivió de cerca los desvelos y las angustias, me apoyó cuando necesitaba aliento, pero sobre todo me presionó para seguir avanzando cuando necesitaba un impulso. Este trabajo no hubiera sido lo que es, sin ella a mi lado.

Quiero hacer un reconocimiento especial al Dr. Hugo Ramírez, mi director de tesis, cuya guía fue fundamental para definir los alcances del trabajo y para su desarrollo. Hugo no sólo me dio el sustento académico necesario para superar los problemas que fui encontrando en el camino, y aclarar los puntos más complejos, sino que también me ayudó a aterrizar las primeras ideas y me dio el espaldarazo para comenzar con mi investigación. Quiero reconocer a Hugo, por encima de todo, por su amistad, su paciencia y su calidad humana, que me permitieron ir avanzando al ritmo que necesité, sabiendo que siempre contaba con su disponibilidad y comprensión.

Familia y amigos, mi admiración y cariño a todos ustedes, a quienes no tengo que mencionar porque saben perfectamente quienes son. Ustedes son una parte fundamental en mi vida, y el equilibrio perfecto que necesité para no perderme en este proceso.

Gracias a mis compañeros de la Universidad de San Diego, quienes se han convertido en una segunda familia para mí. Escribir una tesis doctoral teniendo un trabajo de tiempo completo no es sencillo, pero su profesionalismo y entrega me permitieron invertir un poco más de mi tiempo en esta aventura académica. Todos y cada uno de ellos merecen todo mi respeto y gratitud por su liderazgo, compromiso, amistad, camaradería y sobre todo por la alegría que hace del nuestro, mucho más que un simple trabajo. En especial, gracias a mi amigo y mentor David Shirk que siempre me impulso para concluir mi investigación.

Mi agradecimiento también a los compañeros y amigos de la Universidad Panamericana, Aguascalientes, quienes me motivaron a completar esta etapa de mi carrera profesional y académica, y que contribuyeron de varias formas a su conclusión. Me refiero en especial a Gabriel Domínguez, Manuel Magaña y Antonio de los Reyes. De la misma forma, va mi agradecimiento a la Universidad Panamericana como institución, a sus autoridades, y en especial a quienes tuvieron a bien revisar y dictaminar mi tesis y que me aportaron comentarios importantes respecto a su contenido: Dr. José Antonio Sánchez Barroso, Dr. José María Soberanes, Dr. Héctor Manuel Guzmán Ruíz, Dr. Guillermo Teutli y Dra. Clara Luz Álvarez.

Finalmente, quisiera reconocer a tantos colegas y amigos que directa o indirectamente contribuyeron a este proceso, el espacio en estas páginas no sería suficiente para nombrarles a cada uno, pero sinceramente espero poder hacerlo de manera personal, pronto en el futuro. ¡A todos muchas gracias!

ÍNDICE

GLOSARIO.....	I
INTRODUCCIÓN: DE OBJETOS, NÚCLEOS Y DEMOLICIONES	1
i. Coordenadas investigativas: Elementos básicos de la investigación	5
ii. Mapa de ruta	12
1. LA CONSTRUCCIÓN DEL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO FILOSÓFICA	33
1.1. Definiendo los derechos humanos.....	33
1.1.1. <i>Derechos naturales, derechos humanos y derechos fundamentales</i>	35
1.2. Acerca de los orígenes y evolución de los derechos humanos	37
1.3. Los derechos humanos en el derecho natural.....	39
1.3.1. <i>Derecho natural clásico</i>	39
1.3.1.1. Orígenes del iusnaturalismo clásico	40
1.3.1.2. Iusnaturalismo aristotélico	41
1.3.1.3. Iusnaturalismo medieval	43
1.3.1.4. La praxis del iusnaturalismo clásico.....	45
1.3.2. <i>Derecho natural moderno</i>	47
1.3.2.1. Orígenes del iusnaturalismo moderno	47
1.3.2.2. Escuela del derecho natural.....	50
1.3.2.3. Iusnaturalismo revolucionario moderno.....	51
1.4. Los derechos humanos en el constitucionalismo moderno	52
1.4.1. <i>Constitucionalismo liberal</i>	53
1.4.2. <i>Constitucionalismo social</i>	57
1.4.3. <i>Constitucionalismo de bienestar</i>	61
2. EL FIN DE LA ERA DEL ESTADO: CONSOLIDACIÓN PROGRESIVA Y TRIUNFO DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	63
2.1. La protección internacional de los derechos humanos.....	64
2.1.1. <i>El sistema universal de protección a los derechos humanos</i>	65
2.1.1.1. La Carta de las Naciones Unidas.....	66
2.1.1.2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos	67
2.1.1.3. La Carta Internacional de los Derechos Humanos.....	68
2.1.2. <i>Los sistemas regionales de protección a los derechos humanos</i>	70
2.1.2.1. Sistema europeo	71
2.1.2.2. Sistema interamericano	73
2.1.2.3. Sistema africano	76
2.1.3. <i>Otros sistemas de protección de derechos humanos</i>	77
2.2. Progresividad de los derechos humanos	78
2.3. El Estado en la era universalista.....	81
2.3.1. <i>Salomon y la transferencia de la soberanía</i>	81
2.3.2. <i>Domingo y el derecho global</i>	83
2.3.3. <i>Trimble y la domesticación del derecho internacional</i>	84
2.4. Los derechos humanos como asunto de los Estados	90
3. EL BLOQUE DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: JERARQUÍAS NORMATIVAS Y DERECHOS HUMANOS DESPUÉS DE LA C.T. 293/11	93
3.1. Esquizofrenia judicial: Derechos humanos y la limitación a su ejercicio en México.....	94
3.1.1. <i>Ad contradictio: La sentencia 293/11 y su jurisprudencia</i>	96
3.1.2. <i>Las circunstancias no han cambiado: La C.T. 293/11 y su jurisprudencia</i>	100
3.2. La batalla en dos frentes: El bloque de supremacía constitucional	102
3.3. Genio y figura: jerarquías normativas y supremacía constitucional	108
3.3.1. <i>La jurisprudencia insatisfactoria y la no tan nueva jerarquía normativa</i>	110
3.3.2. <i>Lex super omnia: La supremacía constitucional confirmada</i>	113
3.4. ¿En pro de la persona o en pro del Estado?: Restricción de derechos y anulación del principio <i>pro personae</i>	115
3.4.1. <i>A favor de la persona: Umbral de restricción de derechos</i>	117
3.4.2. <i>A favor del Estado: Imposibilidad de un análisis jurisdiccional crítico</i>	119

4. EL ESTADO EN LA ERA DE LOS DERECHOS HUMANOS: SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL ORDEN UNIVERSALISTA	125
4.1. La relación entre derecho internacional y derecho interno	126
4.1.1. Aproximación teórica al conflicto entre el derecho internacional y derecho interno.....	127
4.1.1.1. Protomonismo	129
4.1.1.2. Monismo	130
4.1.1.3. Dualismo	134
4.1.1.4. Post dualismo, dualismo alterno, pluralismo o teorías de la coordinación	135
4.1.2. Mecanismos de coexistencia entre el derecho internacional y el derecho interno.	137
4.1.2.1. El derecho interno en el marco del derecho internacional.	137
4.1.2.2. El derecho internacional aplicado en el orden jurídico nacional	139
4.2. La supremacía constitucional y el orden universalista	144
4.2.1. <i>La supremacía constitucional tradicional</i>	145
4.2.2. <i>Narrativas contemporáneas de la supremacía constitucional</i>	147
4.3. Supremacía constitucional y derecho internacional: ¿El fracaso de los derechos humanos?	150
5. EL LÍMITE DE LOS LÍMITES: CONFLICTIVISMO Y RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	155
5.1. Conflictivismo: de la colisión y conflicto entre derechos	155
5.2. De la limitación y restricción a los derechos	164
5.2.1. <i>Del absolutismo de los derechos</i>	165
5.2.2. <i>De los límites externos y los límites internos de los derechos</i>	167
5.2.3. <i>De los alcances de la restricción de derechos</i>	170
5.3. La interpretación como límite a la restricción de derechos humanos.....	173
5.3.1. <i>Ponderación</i>	173
5.3.2. <i>Principio de proporcionalidad</i>	175
5.3.3. <i>¿El límite de los límites?: El contenido esencial de los derechos</i>	177
5.4. El principio pro personae como herramienta hermenéutica	179
5.4.1.1. Los riesgos del principio pro personae	184
6. LA CRÍTICA DE LOS CRÍTICOS I: DERECHOS HUMANOS DESDE LA IZQUIERDA.....	189
6.1. Crítica y derechos.....	192
6.1.1. <i>Marx y la crítica a los derechos</i>	192
6.1.2. <i>Teoría crítica y postmarxismo</i>	196
6.1.3. <i>Los Critical Legal Studies</i>	198
6.2. El ascenso y caída de las izquierdas jurídicas en los Estados Unidos	200
6.2.1. <i>Ascenso y caída de la ‘intelligentsia’ liberal de izquierda</i>	200
6.2.2. <i>Ascenso y caída de los ‘Crits’</i>	202
6.3. Kennedy y la pérdida de fe en los derechos	204
6.3.1. <i>Universalidad y objetividad de los derechos en el pensamiento jurídico</i>	205
6.3.2. <i>Derechos exteriores, interiores y constitucionales</i>	207
6.3.3. <i>Pérdida de la fe en los derechos</i>	208
6.3.4. <i>¿Por qué la crítica?</i>	215
7. LA CRÍTICA DE LOS CRÍTICOS II: EL FIN DE LOS DERECHOS HUMANOS	219
7.1. Los Brit Crits	220
7.2. Douzinas: Imperio y fin de los derechos humanos	223
7.2.1. <i>Los derechos humanos al fin de la historia</i>	224
7.2.2. <i>El imperio de los derechos humanos</i>	224
7.3. La piel de la cebolla: naturaleza y ontología de los derechos humanos	226
7.3.1. <i>Naturaleza y derechos humanos</i>	231
7.3.2. <i>Ontología de los derechos humanos</i>	236
7.4. El fin de los derechos humanos.....	241
7.4.1. <i>Las paradojas de los derechos humanos</i>	242
7.4.2. <i>La pobreza de los derechos humanos</i>	243
7.5. Tesis para un análisis alternativo	245
7.6. Douzinas bajo el ojo crítico	251

8. DEL NÚCLEO A LA PERIFERIA: LA EXTERIORIDAD DE LOS DERECHOS COMO ALTERNATIVA CRÍTICA	257
8.1. Afuera y adentro: La exterioridad de los derechos humanos.....	261
8.1.1. Los derechos en su exterioridad.....	261
8.1.2. Derechos en estado interior	264
8.2. <i>Nucleus, cortex</i> y <i>periphéria</i> : planteamiento crítico de los derechos humanos	268
8.2.1. <i>Nucleus</i> y <i>cortex</i> : estructura de los derechos humanos	268
8.2.1.1. Principios nucleares y normas en el cortex	269
8.2.2. <i>Periphéria</i> : Exterioridad del derecho y derechos salvajes	271
8.2.2.1. Los derechos salvajes	272
8.2.2.2. La búsqueda del ethos crítico	274
8.2.2.3. La exterioridad por la vía deconstructiva	281
8.3. Salvaje utopía.....	287
9. EXTERIORIDAD Y PRIMACÍA: UNA HERRAMIENTA CRÍTICA COMO LÍMITE A LOS LÍMITES DE DERECHOS HUMANOS.....	291
9.1. De vuelta al Estado	292
9.1.1. Experiencia de los derechos humanos ‘on the ground’	294
9.2. Hacia una interpretación alternativa de las jerarquías normativas y de la supremacía constitucional	296
9.2.1. Abandonando las jerarquías	296
9.2.2. Interpretación restrictiva y el ‘valor’ de la norma.....	299
9.2.3. La supremacía relativa	302
9.2.4. Herramientas prácticas alternativas a la jerarquía normativa	304
9.2.5. Más allá del principio <i>pro personae</i>	306
9.3. Los criterios de primacía y de exterioridad de los derechos humanos.....	309
9.3.1. Del principio <i>pro personae</i> al criterio de primacía relativa.....	310
9.3.2. El criterio de exterioridad o la búsqueda del derecho salvaje.....	312
9.4. In fine: Entre la primacía y la exterioridad.....	314
9.4.1. ¿Hacia una ‘metodología’ del principio de exterioridad?.....	316
9.4.2. La deconstrucción como alternativa analítica.....	317
10. PRIMACÍA RELATIVA Y EXTERIORIDAD APLICADAS: EL CASO DEL ARRAIGO EN MÉXICO	323
10.1. Las dimensiones normativas del arraigo.....	323
10.1.1. Conociendo la norma: ¿Qué es el arraigo?.....	324
10.1.2. El arraigo y el núcleo de los derechos.....	327
10.2. Vigilar y castigar: Deconstruyendo el arraigo.....	330
10.2.1. La batalla interior contra el enemigo sin rostro: Violencia, delincuencia e incapacidad institucional.....	331
10.2.2. La necesidad del combate y las reglas de la estrategia: La genealogía del arraigo	334
10.2.3. La pura esencia exenta de la realidad: Lo que es y lo que no dice.....	340
10.2.4. El ceremonial de la pena en las sombras: Legitimación del abuso	343
10.2.5. La economía de los derechos suspendidos: El arraigo al desnudo.....	345
10.3. La imagen del derecho salvaje frente al arraigo.....	348
10.3.1. Desvelando el derecho salvaje	348
10.3.2. Traduciendo el derecho salvaje	351
10.3.2.1. Marco general de garantías mínimas durante la privación de la libertad.....	351
10.3.2.2. Parámetros para una privación de la libertad no arbitraria	353
10.3.2.3. Medios de defensa adecuados y tutela judicial.....	355
10.3.2.4. Irrestricada presunción de inocencia	358
10.3.2.5. Integridad multidimensional.....	359
10.4. La aplicación de los criterios de primacía y exterioridad frente al arraigo.....	360
10.5. ¿Y al final?: la capitulación de los derechos humanos	364
CONCLUSIÓN	365
i. Problemática central	366
ii. Recapitulación	368
iii. Conclusiones	371
BIBLIOGRAFÍA	387

GLOSARIO

ACHPR	Comisión de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (por sus siglas en inglés)
AI	Amnesty International
<i>Arr.</i>	Arraigo
C.T.	Contradicción de tesis
CAT	U.N. Comitee Against Torture
CCPR	Committee on Civil and Political Rights
CDH	U.N. Comission on Human Rights
CEDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
CFPP	Código Federal de Procedimientos Penales
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CLC	British Critical Legal Conference
CLS	Crticial Legal Studies
CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales
COE	Consejo de Europa (por sus siglas en inglés)
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
<i>dh</i>	Derecho humano (singular)
<i>Dh</i>	Derechos humanos
<i>Di</i>	Derecho internacional
<i>Dn</i>	Derecho nacional (derecho interno)

DOF	Diario Oficial de la Federación
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ECHR	European Court of Human Rights
ECJ	European Court of Justice
ECJ	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (por sus siglas en inglés)
HR Committee	U.N. Human Rights Committee
ICC	International Criminal Court
ICJ	International Court of Justice
LFCDO	Ley Federal contra la Delincuencia Organizada
MP	Ministerio Público
OAU	Organización de la Unidad Africana (por sus siglas en inglés)
OC	Opinión consultiva
OCS Justicia	Observatorio Ciudadano del Sistema de Justicia:
OEA	Organización de los Estados Americanos
OHCHR	Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (por sus siglas en inglés)
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PCIJ	Permanent Court of International Justice
<i>ppp</i>	Principio pro personae
<i>Sc</i>	Supremacía constitucional
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SJPA	Sistema de justicia penal acusatorio
SLB	Street-level bureaucracy

SPT	U.N. Subcommittee on Prevention of Torture
TCC	Tribunal Colegiado de Circuito (singular y plural)
TCC.I.7o.C.	Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito
TCC.XI.1o.A.T	Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UE	Unión Europea
V.	Varios

INTRODUCCIÓN: DE OBJETOS, NÚCLEOS Y DEMOLICIONES

El siglo XX ha sido una de las épocas más atroces en la historia humana, no sólo por el estallamiento de dos guerras mundiales y múltiples conflictos bélicos regionales, sino por la extendida violación a los derechos humanos [en adelante *Dh*], en todos los países y en todos los contextos. Sin embargo, el siglo XX fue, también, aquel en el que se logró construir el andamiaje jurídico institucional más grande en toda la historia de la humanidad, para ‘evitar’ dichas atrocidades y lograr la ‘paz mundial’.

El desarrollo progresivo de los *Dh*, desde su primera concepción como derechos naturales, su incorporación al marco jurídico en las constituciones burguesas, y hasta su reivindicación en el derecho internacional [en adelante *Di*], nos muestra una doctrina basada en normas que deben ser obedecidas en todo momento y que deben ser respetadas y garantizadas a todo individuo, por el simple hecho de serlo. Esta larga tradición histórico filosófica, en efecto, fue uno de los principales elementos en la configuración de las relaciones internacionales y del *Di* en la posguerra, y, en general, en la conformación del nuevo orden universalista, tras la caída del muro de Berlín, y el consecuente fin del mundo bipolar.

Sin embargo, el transcurso de la segunda mitad del siglo XX nos enseñó que, por más instituciones e instrumentos internacionales, los *Dh* se siguen violando de manera extendida, en muchos casos amplia y sistemáticamente, pero, en general, en un contexto local y de baja intensidad, mayormente en la interacción diaria entre las autoridades y la población civil en su interacción cotidiana.

Así, entramos al siglo XXI con múltiples dudas y mensajes mezclados, con un régimen internacional más extenso y cada vez más burocratizado, pero también, frente a un renacimiento

del Estado omnipotente, que se reivindica ante nuevas amenazas como el terrorismo, el calentamiento global o la ciber inseguridad.

Los *Dh*, entonces, se encuentran ante una nueva encrucijada en su historia, pues nunca antes había existido un acuerdo casi ‘universal’ sobre las ideas iushumanistas, y obviamente nunca había existido un andamiaje institucional y jurídico tan grande para su defensa. Sin embargo, al final, los Estados y sus políticas siguen siendo los sujetos más relevantes en la doctrina de los *Dh*. En efecto, las políticas estatales resultan de un impacto fundamental en la práctica de los *Dh*, pero, además, su discurso se ha convertido en un asunto político interno e internacional. Y aún bajo su estandarte, los Estados buscan perpetuar un papel soberano tradicional, y buscan defender, por encima de todo, una idea anticuada de supremacía constitucional [en adelante *Sc*], ambas, propias de un mundo previo a la conformación del orden universalista, pero no necesariamente sustentables en el mundo contemporáneo. De tal forma, a pesar de haber sido concebidos como herramientas contra el poder, los *Dh* han sido arrogados por el discurso político de los Estados, a través de su manipulación constitucional, privándoles de su fuerza crítica y convirtiéndoles en una herramienta, una estratagema y una justificación del poder de los Estados.

El caso concreto de México, si bien no es único, es una muestra perfecta de la situación anteriormente descrita. Desde su consolidación como nación independiente y hasta la fecha, México ha sido un ávido participante en la consolidación del orden universalista, apoyando la creación de diversos organismos y firmando, proactivamente, copiosos instrumentos internacionales, entre ellos, los documentos más importantes en materia de *Dh*. Dentro de su orden jurídico, el país ha hecho suyo el lenguaje iushumanista, y en la actualidad ninguna decisión, ninguna política pública está exenta de ser analizada y discutida bajo este contexto. Así, México es un ejemplo de protagonismo en la vanguardia institucional y jurídica, trazada por y para los *Dh*.

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

Como muestra de ello, la sentencia C.T. 293/11 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sugiere que los *Dh* contenidos en tratados internacionales, tienen la misma fuerza normativa que los contenidos en la Constitución, pero que, cuando en la misma haya una restricción expresa al ejercicio de dichos derechos, la norma restrictiva deberá ser obedecida. Lo anterior demuestra que, como siempre, la visión tradicional de la *Sc* es un tema incuestionable en el Derecho mexicano.

Cabe preguntarse, entonces, si es necesario alejarse de la visión tradicionalista de la *Sc*, y si, realmente, debe sacrificarse tal postura en el contexto del orden universalista. En caso opuesto, tendríamos que hablar, entonces, de un fracaso del derecho y la política internacionales y de su estandarte—los *Dh*—, ante la imposibilidad de hacer enteramente operativos los principios que enarbolan. ¿Es acaso la pérdida de la *Sc* el precio que debe pagarse para la consolidación del orden universalista de los *Dh*? o bien ¿quizá el alcance de los *Dh* está acotado y es el Estado, en ejercicio de su supremacía normativa, el encargado de establecer sus límites?

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

Esta investigación pretende abordar estas interrogantes bajo una perspectiva crítica, es decir, alejándose de una visión tradicional de los *Dh* trazada por los distintos proyectos jurídicos dominantes, a través del tamiz de un proceso que cuestione los objetos epistemológicos tradicionales y que permita aplicar un análisis alternativo de objetos de la tradición jurídica como son los *Dh* y la *Sc*, conceptos cuyo significado es considerado incuestionable, aún en los albores del siglo XXI.

Así, mi aproximación crítica propondrá un bosquejo, un tanto diferente, de los *Dh* y una propuesta para su análisis alternativo, considerando mecanismos para su concreción empírica, con una fuerte orientación hacia las experiencias de los derechos *on the ground*.

Tras el dismantelamiento analítico de doctrinas, normas y políticas, al final, propongo quedarnos con una imagen de los *Dh* como arma para la resistencia y la defensa radical de los bienes de la persona en contra del poder público. Esto, combinando las tradiciones del pasado y las ‘reminiscencias de un futuro posible’, frente a la degradación de la persona, y postulando un orden ideal que, sin embargo, será difícilmente alcanzable.

i. Coordinadas investigativas: Elementos básicos de la investigación

Mi objetivo en esta investigación es, primeramente, plantear como concepto principal de los *Dh* y su posición dentro del marco jurídico internacional, enfocándome, sobre todo, en la consolidación del discurso de los *Dh* en el orden universalista de la postguerra. Para lograrlo esbozaré un análisis histórico filosófico que me permita plantear, de manera integral, el concepto principal de los *Dh*, dentro de los proyectos jurídicos predominantes a lo largo de la historia.

Posteriormente, buscaré circunscribir el debate acerca de la jerarquía normativa entre el orden jurídico internacional y el *Dn*, antes y después de la irrupción del discurso de los *Dh* en el orden universalista contemporáneo, planteando las visiones centrales de las narrativas y los discursos jurídicos dominantes, y la consolidación del orden del *Di* de los *Dh*. Ahondaré en la consolidación del discurso de los *Dh* hasta su posicionamiento como núcleo del *Di* y como *ethos* de las relaciones internacionales, de la política y las políticas, en el contexto del acuerdo generalizado del orden universalista de la postguerra.

En este orden de ideas, pretendo ubicar el anterior argumento en una discusión más profunda que evidencie que, a pesar de haber logrado un papel preponderante en la vida social y política—aún con mayor intensidad a partir de su irrupción y consolidación en el *Di*—, el discurso de los *Dh*, dentro del nuevo orden universalista, se ha convertido en un ‘*mainstream*’¹ ideológico, parte y sustento de un ‘*establishment*’² que amalgama una trayectoria histórico filosófica con una reivindicación político jurídica, y que ha construido un andamiaje institucional y normativo para generar mecanismos de auto protección.

¹ Según el *Cambridge English Dictionary*, se entiende como *mainstream*, la dirección principal o tendencia de un sistema de teorías, desarrollos, etc.

² Según el *Cambridge English Dictionary*, se entiende como *establishment*, las personas e instituciones que controlan el poder o son dominantes en una sociedad y se adhieren a las tradiciones.

En este contexto, inserto la crítica a la posición de México frente a los *Dh* en general, y principalmente frente a aquellos de fuente internacional; y, sobre todo, respecto a la posición tomada frente a la restricción al goce y ejercicio de aquellos derechos. Ya planteada y desarrollada la lectura crítica del concepto de *Dh*, extenderé dicha lectura crítica a un análisis de la limitación constitucional al ejercicio de *Dh* en el contexto del caso de estudio seleccionado, la resolución C.T. 293/11 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A través del análisis crítico que desarrollaré, podré demostrar que la limitación al ejercicio de *Dh* por mandato constitucional refrendada por la Suprema Corte, evidencia la arrogación y la manipulación política del discurso iushumanista, pero que, al final, esta situación puede ser confrontada y combatida con la adopción de una visión crítica alternativa.

De la misma forma, el análisis de la C.T. 293/11 me permitirá explorar a fondo el tema de los conflictos normativos entre el *Dn* y *Di*, en general, y en materia de *Dh*. Como resultado, expondré cómo México abordó el problema, y lo ‘resolvió’ desde dos aristas: por un lado, considerando las normas desde el punto de vista de sus fuentes, y entonces aplicando la jerarquía normativa y el principio tradicionalista de *Sc*; y, por otro, permitiendo la limitación al goce y ejercicio de *Dh*, a través de una estrategia formalista y normativista, dando preferencia a las normas restrictivas por el simple hecho de estar insertas en la Constitución, haciendo, consecuentemente, imposible un análisis jurisdiccional crítico.

Para abordar la primera arista del problema anteriormente descrito, analizo el papel de los Estados y los *Dh* en relación—y contraposición—al concepto dependiente de *Sc*. Me enfocaré, entonces, en la figura de la *Sc* como límite a las disposiciones de la normativa internacional en materia de *Dh*, en el contexto del orden universalista. Aquí, demostraré la necesidad de adoptar nuevas lecturas o narrativas ante la constante transgresión de los *Dh* dentro del *establishment*

epistemológico del orden universalista, lo que confirmará mi hipótesis de que los *Dh* constituyen, actualmente, un discurso erosionado, anquilosado y arrogado por intereses políticos y económicos.

Posteriormente, abordaré la segunda arista del problema, la permisibilidad no acotada de la restricción al ejercicio de los *Dh*, y la incapacidad de hacer un análisis crítico en el foro local. Aquí, después de un análisis teórico extenso en materia de colisión y limitación de normas, trataré de establecer la posibilidad de limitar o restringir derechos fundamentales, así como su razón y justificaciones. En este sentido, también analizaré los límites a estas restricciones desde un punto de vista teórico y práctico, y, por consiguiente, analizaré los mecanismos disponibles para combatirlas, enfocándome en el principio *pro personae* [en adelante *ppp*], como la mejor herramienta para atacarlas, y en general para asediar las estructuras anquilosadas de la tradición jurídica; pero, también, exponiendo los riesgos que corre el principio de ser, a su vez, traído por el *mainstream* jurídico, con todas las consecuencias negativas que ello puede traer consigo.

Habiendo analizado el problema central de mi investigación, comenzaré a desarrollar un marco teórico que me permita dar respuestas al mismo. De tal forma, propondré una lectura crítica de los *Dh* bajo la línea teórica de los estudios críticos del derecho [en adelante referidos como CLS por su acrónimo en inglés], como una alternativa para el replanteamiento del concepto general y del discurso iushumanista, ante su constante erosión y arrogación, con el objetivo—quizá simplemente utópico—de permitirles recuperar un papel más efectivo ante los problemas del mundo contemporáneo.

En este contexto, planteo el argumento crítico de la pérdida de la naturaleza revolucionaria de los *Dh*, y evidencio una ideología erosionada que, no obstante haber generado cambios significativos, es incapaz ya de resolver los problemas más grandes nacidos en el seno de las democracias liberales actuales, en donde más allá del Estado, es ese nuevo orden universalista—

conformado por valores occidentales y conducido predominantemente por las relaciones de tipo económico—el que termina por matizar sus alcances. Con ello, planteo una narrativa alterna de los *Dh* denunciando su propensión a la intervención político ideológica del conjunto de directrices e instituciones que conforman el estado democrático liberal del siglo XX, y su proyección en el nuevo siglo.

Tras generar un marco teórico sólido, me enfocaré en desarrollar la idea alternativa de los *Dh* y de su interpretación, que es la parte medular de mi investigación. Con ello, planteo el concepto de los ‘derechos salvajes’, como la dimensión más radical de los derechos más fundamentales; siempre utópicos, pero con la posibilidad de aportar criterios para la solución empírica de problemas concretos.

Tras haber propuesto mi concepto de los derechos salvajes, trataré de buscar y proponer avenidas para su concreción empírica, lo que me llevará a desarrollar mis propuestas de los criterios de primacía relativa y de exterioridad, como la aplicación preferente de derechos y/o de su interpretación, cuando éstos atiendan a la búsqueda de la exterioridad del derecho, o el derecho salvaje, y cuando tengan una mayor posibilidad de concreción empírica.

Finalmente, pretendo proponer un complemento analítico que me permita aplicar la narrativa alterna de los *Dh* a un caso concreto de limitación constitucional de *Dh*. Aquí analizaré el caso del arraigo en México [en adelante *Arr.*], y con ello plantearé la crítica alternativa aplicada, que demostrará mi hipótesis de un régimen de *Dh* erosionado y arrogado, donde ni el andamiaje institucional del *Di* es capaz de evitar la manipulación política por parte de los Estados.

En esta línea de ideas, estructuraré este trabajo de la siguiente forma:

- a) Iniciaré planteando la construcción histórico filosófica de los *Dh* y su encumbramiento como *ethos* máximo del estado moderno;
- b) Proseguiré analizando la consolidación del discurso de los *Dh* en el *Di*, en la conformación del orden universalista de la postguerra;
- c) Analizaré de manera crítica, la permisibilidad de la limitación constitucional al ejercicio de *Dh* a raíz de la C.T. 293/11, y plantearé las dos aristas del problema respecto de la solución de conflictos normativos en materia de *Dh* en México, posterior a ella.
- d) Me enfocaré, entonces, en la primera arista del problema de las jerarquías normativas, y me centraré en el análisis de las narrativas de la *Sc*, desde su planteamiento tradicional, hasta sus interpretaciones contemporáneas;
- e) Continuaré la idea anterior con un análisis teórico profundo respecto a la segunda arista del problema, enfocándome en los conflictos normativos y en la limitación de derechos, y analizaré los mecanismos para su solución, haciendo especial énfasis en el *ppp*.
- f) Una vez planteadas dichas bases, a lo largo de dos capítulos, procederé a desarrollar una lectura crítica de los *Dh* a través de los CLS.
- g) Lo anterior me permitirá realizar, enseguida, la propuesta alternativa crítica de los *Dh*, planteando las ideas de exterioridad de los derechos y de los derechos salvajes.
- h) Ante la necesidad de que una idea alternativa de los *Dh* sea de posible concreción empírica, plantearé mecanismos para que esta idea pueda ser llevada a la práctica a través de los criterios de primacía y exterioridad.

- i) Finalmente, desarrollaré un análisis crítico del *Arr.*, como limitación constitucional de *Dh*, tratando de demostrar, finalmente, las hipótesis sobre la erosión de los *Dh*, y sobre la posible concreción empírica de los derechos salvajes mediante los criterios de exterioridad y primacía.

Con base en lo anterior, pretendo demostrar cinco hipótesis centrales:

1. Que los *Dh* son un concepto poroso y abierto al uso político. Su arrogación por los discursos de poder evidencia su pobreza en el contexto universalista contemporáneo; y aunque el *Di* puede ser un mecanismo viable para evitar abusos del poder público y para generar propuestas alternativas, ha resultado insuficiente para combatir transgresiones generalizadas de *Dh*.
2. Que es necesario regresar la arena de batalla a los Estados, pues son ellos los principales responsables de la violación de *Dh*, pero también los principales responsables de su defensa. Para ello, es fundamental concentrarse en los focos micro políticos y en las experiencias ‘*on the ground*’, para lograr un redimensionamiento inductivo de los *Dh*. Por consiguiente, se deben abandonar los enfoques tradicionalistas hacia la resolución de conflictos normativos, como es el de la *Sc*, para encontrar planteamientos alternativos en la solución de las violaciones a los *Dh* en la praxis.
3. Que para evitar la esclerotización del discurso de los *Dh*, es necesario el replanteamiento de su concepto e interpretación para, así, recuperar su sentido crítico, radical y utópico. Después de un redimensionamiento del discurso del Derecho y de los derechos en general, la idea de los derechos salvajes aporta una visión crítica alternativa que puede ayudarnos a

replantear la visión de los *Dh* y su práctica e interpretación. Bajo la concepción de los estadios interior y exterior de los derechos, y la distinción entre el núcleo y el cortex de todo *dh* positivo, la idea de los derechos salvajes, de la mano de los criterios de primacía relativa y exterioridad, nos permiten abordar estos derechos en general, y su interpretación desde una óptica no tradicional, redimensionando por completo su papel en el discurso jurídico actual, y aportando herramientas críticas para la solución de problemas empíricos.

4. Que después de un análisis crítico del *Arr.*, es evidente que su práctica vulnera directamente los núcleos de derechos como el de libertad personal, el de integridad multidimensional y el de seguridad jurídica. Para tratar de resistir lo anterior, en aplicación del criterio de exterioridad podemos encontrar una raíz común a los derechos vulnerados, y la fusión de sus causas, sus principios y sus elementos en un *proto* derecho que constituye la imagen desvelada de un derecho salvaje, el cual implica una defensa y una resistencia radical ante la posibilidad de afectación de derechos concretos de una persona y, en este sentido, busca preservar una situación de salvedad general frente al ejercicio de la privación de la libertad por parte del poder público que se extiende, en el caso del *Arr.*, al confinamiento que vulnera principios nucleares de *Dh*, aún y cuando se encuentre, en efecto, amparado y regulado por la ley.
5. Que más allá de las profundas incongruencias en el entorno político y jurídico del *Arr.*, su práctica transgrede el núcleo de derechos establecidos en la misma Constitución y en tratados internacionales obligatorios. Por todo ello, resulta pertinente y relevante solucionar el conflicto que genera el *Arr.*, como norma restrictiva que afecta principios nucleares de *Dh*, mediante la aplicación de los criterios de primacía relativa y de exterioridad, que nos permitan desvelar la imagen del derecho salvaje, y, como

consecuencia, lograr una interpretación y criterio normativo que genere una solución empírica concreta, logrando la abolición del *Arr.*

ii. Mapa de ruta

A lo largo de las siguientes páginas, el lector partirá desde una primera concepción histórico filosófica de los *Dh*, pasando por su consolidación en el *Di*, analizando las consecuencias, de la formación de un nuevo orden universalista. Lo anterior, evidenciará la necesidad de realizar una lectura crítica de los *Dh*, la cual me dará los insumos necesarios para plantear una idea alternativa crítica de los mismos, y, además, para idear los mecanismos para su aplicación empírica. Habiendo logrado todo lo anterior, al final, abordaré el contexto de restricción constitucional de los *Dh* y, en concreto, la figura del *Arr.*, proponiendo la idea alternativa crítica desarrollada, para concluir con la revisión del contexto de restricción a *Dh* en México, y proponer la abolición del *Arr.*

A continuación presentaré brevemente los puntos medulares que analiza mi investigación en cada uno de sus capítulos.

ii.i El discurso de los derechos humanos desde una aproximación histórico-filosófica

Desde el pensamiento clásico y en su derivación jurídica en el derecho natural, se concibieron derechos individuales pertenecientes a todos los hombres por el simple hecho de serlo. Aquellos ‘derechos naturales’, revestidos de un aura metafísica y concebidos en clave filosófica, evolucionaron hasta verse transformados en normas positivas, inmersas en ordenamientos jurídicos creados por los movimientos revolucionarios constitucionalistas inspirados en el

pensamiento moderno. Una vez convertidos en normas positivas—bajo el nombre de derechos fundamentales, derechos del hombre o del ciudadano—, se desarrollaron, en la historia constitucional, las prerrogativas inherentes a la naturaleza del ser humano. Es decir, los derechos fundamentales se convirtieron en la concretización positiva de los derechos naturales.

En el primer capítulo exploro el anterior argumento, partiendo de una definición básica de los *Dh*, como aquel conjunto de derechos que son inherentes al ser humano. En este sentido examino algunas de las complicaciones al tratar de definir los *Dh*, partiendo de la pluralidad tanto de significados como de significantes. No obstante, me distancio de las discusiones filosóficas sobre la definición y significado de los *Dh*, y acojo una concepción adoptada y generalmente aceptada por la comunidad internacional, a saber, que se trata de derechos inherentes a todos, sin distinción de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición.

Habiendo sintetizado la problemática de la definición de los *Dh*, el capítulo reflexiona brevemente sobre las dificultades en cuanto a su nomenclatura, y las distinciones entre términos usualmente considerados como sinónimos, pero que al final guardan diferencias importantes, como son los derechos naturales, los *Dh* y los derechos fundamentales. Aquí, opto también por alejarme de los distintos y copiosos debates sobre el particular, por considerar, de la misma forma, que no podría aportar nada nuevo o distinto a lo que ya se ha discutido, además de que no tendría un propósito concreto. Por ello, elijo hacer un muy breve recuento de los respectivos debates y me distancio de ellos para, más bien, tratar de entender los modos de interacción de los derechos con la praxis en el fenómeno histórico.

De tal forma, el capítulo narra brevemente el nacimiento de la idea iushumanista en el derecho natural, recorriendo las distintas ideas del derecho natural clásico, de los filósofos griegos, pasando por los pensadores estoicos y su afianzamiento en el pensamiento jurídico romano.

Posteriormente me adentro en la concepción medieval de los derechos naturales principalmente en Tomás de Aquino, y la idea central de una ley superior a la autoridad estatal, y al servicio del individuo. También dentro del mismo espacio histórico, el capítulo acude a la doctrina práctica del derecho natural clásico, a través de las enseñanzas de los juristas del Siglo de Oro español, principalmente Vitoria, y la aplicación que de sus enseñanzas hicieron Bartolomé de Las Casas y Alonso de la Veracruz en las colonias españolas en América, partiendo de una narrativa de los derechos naturales como derechos del pobre y el oprimido.

Continuando con el recorrido histórico, reflexiono sobre la concepción del derecho natural moderno, el cual rompe con la idea de la fundamentación trascendental y colectivista del derecho natural clásico, para formular una narrativa de derechos profanos, anclados en la razón y en el individuo. Aquí abordo de manera breve a Grocio, como fundador de la llamada Escuela de Derecho Natural y, al mismo tiempo, como padre del *Di* moderno.

Traslado mi análisis, posteriormente, al iusnaturalismo revolucionario moderno que inspiró la inclusión de los derechos fundamentales en las primeras constituciones burguesas. Con breves menciones de las revoluciones en Francia y en Estados Unidos, profundizo en los derechos incluidos en el constitucionalismo liberal, como la primera idea formal de unos derechos de todos los ‘hombres’, los cuales no requieren una actuación positiva del Estado, sino que dependen enteramente de que éste no los entorpezca.

Siguiendo con la aventura constitucionalista, exploro la formulación de los derechos sociales en movimientos que buscan nuevos esquemas económicos y políticos, donde diferentes

sectores de una única sociedad puedan participar de una manera más igualitaria. Este apartado incluye menciones a las principales revoluciones que dieron origen al constitucionalismo social, y a documentos fundamentales como la Constitución Mexicana de 1917, la Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en 1918 y la Constitución de Weimar en Alemania en 1919.

El recorrido constitucionalista concluye con el llamado constitucionalismo de bienestar y el surgimiento de una llamada cuarta generación de derechos, a partir del abrupto avance de las tecnologías durante la segunda mitad del siglo XX.

ii.ii El Estado y la consolidación progresiva y triunfo de los derechos humanos

En un contexto de consolidación de los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos de los Estados, así como en la doctrina jurídica dominante, estos derechos invaden las relaciones internacionales y el *Di* a partir la segunda mitad del siglo XX, para dar forma a lo que ahora conocemos propiamente como *Di* de los *Dh*, al mismo tiempo de que va tomando forma el orden universalista de la postguerra, representado por las democracias liberales y la economía de libre mercado. Este momento histórico se convierte, así, en el tiempo de los *Dh*, el momento histórico en el que penetran y se consolidan en el pensamiento jurídico mundial como el logro máximo de la modernidad epistemológica y como el *ethos* del orden universalista.

El segundo capítulo analiza el proceso histórico político de consolidación de la doctrina de los *Dh*, de la mano de la expansión del *Di*. Partiendo de la creación de la Organización de las Naciones Unidas [en adelante ONU], hago un recorrido por las principales instituciones e instrumentos creados en el seno de esta organización internacional. Muevo la discusión a la serie de sistemas regionales de protección a los *Dh* en América, Europa y África y expongo otros

sistemas que directa o indirectamente, han adoptado también el tema de los *Dh* en su práctica, como es el caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

En este punto analizo la teoría de la progresividad expansiva de los *Dh*, es decir, su tendencia a la consolidación y a la protección de menos a más, siempre avanzando hacia la ampliación de la protección y nunca hacia su disminución.

Aquí me enfoco en analizar el concepto que he planteado de la era universalista, es decir, el nuevo contexto de la comunidad internacional que incluye a los Estados, a individuos y otros sujetos jurídicos, y en donde el *Di* tiende a regular todo por encima de las relaciones internacionales y de sus sujetos, bajo el estandarte de los *Dh*. En este apartado analizo el papel del Estado en este nuevo entorno, y las diferentes posturas sobre su papel y *statu* en dicho contexto, para concluir, en un último apartado, que, a pesar de una aparente pérdida de soberanía de los Estados en el concierto internacional, los *Dh* son asunto de los Estados, y que, al final, la implementación, cumplimiento y respeto de los mismos, tanto en la teoría como en la práctica, corresponden, en última instancia, al Estado mismo.

ii.iii El bloque de supremacía constitucional, las jerarquías normativas y los derechos humanos después de la C.T. 293/11

La Corte puso punto final—¿final?—a un debate de décadas sobre el conflicto jerárquico entre los ordenamientos internacionales y la Constitución en la C.T. 293/11. La Corte refrendó la *Sc* al construir una ficción jurídica en la que plantea que los *Dh* se desprenden de su fuente para ampliar un catálogo de derechos preexistente en la Constitución, formando un bloque de supremacía

constitucional, en el que los derechos contenidos no se relacionan entre sí en criterios jerárquicos, por lo que la discusión sobre jerarquía entre fuentes no sería aplicable.

El tercer capítulo de este trabajo explora, en un primer momento, las consecuencias de la sentencia C.T. 293/11. El capítulo explica la situación que dio origen a dicha sentencia, a saber, la contradicción entre dos tipos de criterios que interpretaban la Constitución en relación con el artículo 133 constitucional—sin reforma en su contenido material desde la promulgación de la Constitución en 1917—, en un momento histórico previo a las reformas en materia de *Dh* de 2011.

El capítulo profundiza en dicha contradicción de criterios, que establecían, por un lado, la posibilidad de invocar los *Dh* de origen internacional en el juicio de amparo, al analizar las violaciones a las garantías individuales, y la utilidad orientadora de los mismos; y por otro, que los tratados internacionales de *Dh* debían ubicarse al nivel de la Constitución, y que los tribunales mexicanos estaban obligados a ejercer el control de convencionalidad en sede interna. Con base en lo anterior, el capítulo critica la resolución de la Suprema Corte que considera que las normas de *Dh* contenidas en tratados internacionales tienen la misma fuerza normativa que las contenidas en la Constitución, es decir, que deben someterse a otras disposiciones de carácter constitucional, aunque éstas impongan limitantes a su goce y ejercicio, y que cuando en la misma Constitución se disponga una restricción expresa al ejercicio de dichos derechos, se deberá estar a lo que indica el texto fundamental, por lo que, en un caso concreto, prevalecería la restricción sobre el derecho.

En atención a ello, planteo que la Suprema Corte confirmó su posición tradicional al respecto de la *Sc*, ya que interpretó que las normas de *Dh*, independientemente de su fuente, no se relacionan entre sí en términos jerárquicos y, entonces, con independencia de la jerarquía normativa, las normas internacionales de *Dh*—y no el instrumento que las contiene—son las que

se integran al catálogo constitucional de derechos, quedando desvinculadas de su fuente original— y por consiguiente de su jerarquía normativa—, fusionándose en un bloque de *Sc*.

El capítulo concluye describiendo cómo la estructuración del bloque de *Sc* genera una problemática que se convierte en el punto central de esta investigación, una problemática con relación a los conflictos normativos en materia de *Dh*, la cual se presenta con una doble arista. La primera, que a pesar de reconocer *statu* constitucional a los *Dh* internacionales, y de reconocer la protección más amplia de la persona, la resolución vuelve a someter el análisis de las normas internacionales a criterios de jerarquía normativa, confirmando la hegemonía de la Constitución y reafirmando el principio de *Sc*. La segunda, que la misma resolución, al despojar a los derechos de su fuente, los somete a un segundo nivel de análisis de validez material que no es necesariamente claro, apelando a una mera dimensión formal, anulando, por consiguiente, la capacidad de resistencia a la restricción propia de los *Dh* y además limitando la operatividad crítica del *ppp*.

ii.iv Supremacía constitucional y la consolidación del orden universalista

Ante la consolidación de los *Dh* en el ámbito internacional y la conformación del orden universalista, se ha generado un nuevo contexto de interacción global. Sin embargo, continúa la pugna histórica entre la jerarquía normativa del *Di* y del *Dn*, un debate que busca determinar aquellos derechos y obligaciones que un Estado debe respetar y garantizar a lo interno por virtud del *Di*, a la par de armonizar sus ordenamientos internos.

En el capítulo cuarto, mi análisis explora de manera teórica la primera de las aristas de la problemática descrita anteriormente, y examina las relaciones entre el *Di* y el *Dn*, y el debate sobre la supremacía de uno u otro orden jurídico. Aquí, analizo a fondo las dos grandes tradiciones

teóricas que tratan de explicar esta relación entre órdenes normativos: la tradición monista, que plantea una visión unitaria del derecho y afirma la supremacía de uno u otro orden jurídico dependiendo si se trata del monismo nacionalista o el internacionalista; y la tradición dualista, que plantea una división estricta entre dichos órdenes jurídicos, y les concibe como sistemas totalmente independientes el uno del otro.

Después de recorrer los postulados de ambas tradiciones teóricas, indago cómo se da, en la práctica actual, la coexistencia de ambos órdenes jurídicos, tanto en las jurisdicciones internas como en la internacional.

Después de este recorrido, planteo el concepto tradicional de la *Sc* y lo ubico dentro del orden universalista. Exponiendo su concepción originaria como cualidad o estado de ser supremo o superior en rango o autoridad, describo como este principio, desde su inclusión en el constitucionalismo, ha evolucionado a la par de la conformación del orden universalista. Con ello, abro la puerta al análisis de las narrativas contemporáneas de la *Sc*, en un contexto donde el Estado se encuentra cada vez más limitado en sus potestades y en constante escrutinio, y en donde, paralelamente, las organizaciones internacionales cuentan cada vez con más atribuciones y en donde el individuo se ha vuelto un elemento central.

Me pregunto entonces ¿cuál es el papel que debe jugar el Estado en el nuevo orden universalista? Y ¿qué peso específico tiene la soberanía estatal ante el avance ‘universal’ de los *Dh*? Termino el capítulo dejando en duda el pleno involucramiento de los Estados en la protección de los *Dh*, a pesar de que las ideas iushumanistas se han convertido en un elemento fundamental en los discursos políticos. Por consiguiente, concluyo que la figura de los *Dh*, como discurso jurídico, es permeable a influencias de muchos tipos, y que el Estado, aún, es el elemento más importante en la práctica de los *Dh*. Por ello, afirmo que los *Dh* fueron arrojados por los discursos

políticos y que han sido despojados de su fuerza crítica y su objetivo inicial. Ante ello, planteo la necesidad de una alternativa crítica para devolverles su naturaleza revolucionaria.

ii.v Conflictivismo y restricción de los derechos humanos

Las diferentes formas de concebir el ‘derecho’ o los ‘derechos’ trae, como consecuencia, diferentes concepciones sobre los conflictos entre los derechos mismos. Sin embargo, la noción general y dominante entre las diferentes escuelas de filosofía del derecho es que es posible y que, de hecho, existen conflictos entre derechos, y entre derechos y otros bienes, y por ello es fundamental saber los límites claros de su ejercicio, así como su posibilidad de ser restringidos. En este sentido, el tema central es analizar la posibilidad de limitación y restricción de derechos fundamentales y, consecuentemente, sus razones y justificaciones. Desarrollado lo anterior, es menester analizar la posibilidad de contar con mecanismos para combatir limitaciones a derechos, y su efectividad.

El capítulo quinto se enfoca en la segunda arista del problema fundamental de mi investigación planteado anteriormente, a saber, la permisibilidad de las restricciones al ejercicio de los *Dh*, mediante disposiciones cuyo único requisito es estar contempladas en la Constitución, y de cómo esto genera una incapacidad de realizar un análisis crítico en el foro local. En este orden de ideas, inicio estudiando de la temática general de la restricción de *Dh*, empezando por entender las posturas teóricas respecto a los conflictos entre derechos, y entre derechos y otros bienes jurídicos, para dar lugar, después, al análisis del tema de la restricción de derechos.

Retomo a autores—como Cianciardo y Toller—que consideran que no existen los conflictos entre derechos, sino conflictos entre normas, pues los derechos se interrelacionan de manera armónica. Posteriormente, me enfoco en la postura más robusta dentro de las distintas

escuelas jurídicas, la cual afirma la susceptibilidad de los derechos de entrar en conflicto entre ellos y con otros bienes públicos, y, por consiguiente, la posibilidad de ser limitados o restringidos por ellos, lo cual es respaldado por gran parte de los juristas contemporáneos más influyentes como Raz, Dworkin, Rawls y muchos otros. Entre ellos, Alexy establece que los derechos fundamentales, en tanto constitucionales, son susceptibles de ser restringidos sólo por normas del mismo rango; y en tanto que las normas sólo pueden restringir derechos fundamentales únicamente si son constitucionales, cualquier limitación proveniente de norma diversa se entendería como una intervención, por lo que sólo se considerarían restricciones válidas, aquellas que fueran constitucionales.

Por ello, considero que resulta pertinente determinar si, aún, podemos decir que los *Dh* o fundamentales son absolutos. En Gewirth exploro esta diatriba, pues el autor concibe ciertos derechos absolutos cuando sirven al principio válido de moralidad en su igual aplicación a las personas, pero esto en función a un principio de universalismo concreto, por lo que algunos derechos serían, en efecto, universales, pero debido a que deben tener especificaciones, pueden incluso ser anulados.

El capítulo prosigue analizando cómo, en la práctica, los conflictos normativos son solucionados a través de varias herramientas hermenéuticas: la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, etc. De entre ellas, quizá la más importante es aquella nacida en el seno del sistema interamericano, conocida como *ppp*, que, en términos generales, se entiende como la aplicación de la norma más beneficiosa a la persona o, bien, la preferencia de la norma menos restrictiva. Me propongo demostrar cómo este principio se ha vuelto una herramienta fundamental para atacar las estructuras tradicionales del derecho, y cómo se ha convertido en un arma importante de reivindicación de derechos, no sólo de personas, sino de comunidades y grupos

marginados y desprotegidos. Sin embargo, advierto que el *ppp*, como toda institución jurídica, también, enfrenta problemas. Por un lado, el de concebirle desde un formalismo estricto de aplicación de fórmulas pre establecidas, por el cual se busque, simplemente, favorecer a una parte sobre otra, pues, con ello, se puede extrapolar los alcances de su protección para el beneficio de personas jurídicas y ya no sólo de personas humanas o comunidades marginales. Por otro lado, advierto la posibilidad de que el principio pueda ser supeditado a meros tecnicismos jurídicos, restringiendo, así, su operatividad.

ii.vi Derechos humanos desde la izquierda

La consolidación de los *Dh* y su ‘triumfo’, representa, también, el triunfo de un modelo democrático liberal, promovido por las potencias occidentales. Esto ha constituido, a la vez, la consolidación y el dominio de un discurso pragmático, que conlleva a la pérdida de un elemento medular de los *Dh*, la utopía. La pérdida de su naturaleza revolucionaria nos muestra a unos *Dh* erosionados, que son incapaces de resolver, a profundidad, los más graves problemas actuales, debido a su propensión a la intervención político ideológica. Consecuentemente, es fundamental una narrativa alterna que sirva como mecanismo para replantear sus alcances, pero no así para su abandono o total aniquilación. Es por ello, que existe la necesidad de una reinterpretación teórico crítica para plantear una narrativa alterna, que permita recuperar la naturaleza revolucionaria de los *Dh* en el contexto de su consolidada institucionalización nacional e internacional, para vislumbrar, quizá, una nueva etapa en su larga historia.

En el sexto capítulo, comienzo por describir a los actuales *Dh* como una ideología erosionada que ha perdido la fuerza y la inclinación que le dio origen, y, en un esfuerzo por ir

trazando una noción alternativa de los *Dh*, busco alejarlos del “*establishment*” actual, producto de la modernidad epistemológica, y de su desarrollo a través de los proyectos jurídicos dominantes. Para afrontar de una manera alternativa los problemas del mundo contemporáneo, considero que es necesario desacralizar los *Dh* para buscar su replanteamiento.

Inicio mi aventura crítica con Marx, y su concepción de los derechos del ‘hombre’, como sistema que promueve intereses del individuo del capitalismo, el hombre universal, vacío y abstracto, y su sistema de derechos, preponderantemente individualistas, que separan al humano del otro humano y de la comunidad.

Continúo la línea crítica con el pensamiento post marxista, una corriente teórica heterogénea que conjunta una serie de pensamientos y pensadores que no necesariamente siguieron, de manera ortodoxa, el pensamiento de Marx. Autores como Gramsci aportan elementos fundamentales, como el de liberar al derecho de residuos trascendentalistas y de absolutos. Menciono brevemente otros autores que introdujeron tradiciones críticas diversas, como la filosofía nietzscheana o el pensamiento psicoanalista, y que desarrollaron nuevas concepciones del yo y del otro, que influyeron profundamente en la concepción del humano en los *Dh*. Aquí expongo brevemente a algunos autores neo marxistas como Habermas y la escuela de Frankfurt, que iniciaron una crítica de los *Dh* liberales y de su elaboración discursiva.

El capítulo conecta esta línea crítica con los CLS estadounidenses o *crits*, y principalmente con Duncan Kennedy—uno de los iniciadores y principales exponentes del movimiento en los Estados Unidos. Con Kennedy analizo una crítica que plantea la “pérdida de fe” en el discurso de los derechos ‘jurídicos’ como reglas abiertas a una labor estratégica, dirigida a explotarlas o a generar vacíos, conflictos o ambigüedades en casos particulares, que las hace determinables por intereses ideológicos. Subrayo en el mismo Kennedy que esta pérdida de fe no significa “darse por

vencido”, sino que el discurso de los derechos (*rights rhetoric*) es necesario para la subsistencia social, y que este discurso de los derechos “funciona”, sin que esto implique un argumento en su favor, es decir, sin reconocer el carácter absoluto de los derechos y del discurso del Derecho.

En Kennedy subrayo otro elemento esencial en mi búsqueda de una narrativa crítica de los *Dh*, este es, el papel ambiguo que juegan los derechos en el discurso jurídico, como normas en sí, y como la razón y/o fundamento de las mismas. Así, llego a la idea de los derechos exteriores, aquellos fundamentos de derecho que, una vez positivizados, se convierten en derechos interiores, adquiriendo, por lo tanto, una doble existencia, como normas naturales e independientes de los ordenamientos jurídicos, a la vez de ser positivos como parte de un régimen jurídico específico.

ii.vii El fin de los derechos humanos

Los CLS británicos o *Brit Critics* es un movimiento intelectual que busca una pluralidad de enfoques teóricos acerca del Derecho y la política radical que, teóricamente, rompe con muchas de las posiciones de los *Critics* estadounidenses, y que mantiene una posición profundamente crítica del Derecho. Los *Brit Critics* se definen a sí mismos en contra de la ortodoxia jurisprudencial, pero, al mismo tiempo, en contra de la tradición crítica estadounidense, lo que les lleva a una permanente búsqueda de la determinación de coherencia intelectual interna. Al agotarse los recursos morales de la modernidad jurídica, los *Brit Critics*, reintroducen el pensamiento jurídico a la academia, con la obligación política e intelectual de imaginar un nuevo tipo de derechos, con la justicia como parte fundamental, pero siempre utópicos.

El capítulo séptimo, la base central de mi lectura crítica, se ancla en el trabajo de Costas Douzinas, quizá uno de los exponentes más importantes de los *Brit Critics*. Partiendo de *The*

Paradoxes of Human Rights, hago recuento de las paradojas que el autor griego plantea ante el ‘*mainstreaming*’ de los *Dh* y el ascenso del cosmopolitismo, coincidiendo con el fenómeno definido por la sociología como ‘globalización’, por la economía como ‘neoliberalismo’ y por la filosofía política como ‘governabilidad post democrática’.

Douzinas nos ubica en la época de los *Dh* y de su triunfo, y, sin embargo, señala que ésta es también la época del genocidio, las masacres, y la limpieza étnica, mucho más presentes que en otras épocas menos “iluminadas”. Esto, para el autor griego, constituye la gran paradoja de los *Dh*. Douzinas considera que, a pesar de haber aceptado una visión “humanitarista” común, aún no hemos zanjado los conflictos ideológicos, religiosos y étnicos, lo que apuntaría a que, o bien los *Dh* no tienen un significado común, o que, simplemente, describen fenómenos totalmente diferentes.

En Douzinas exploro una visión alternativa, explicando que el término *Dh*, con su inmenso capital simbólico, ha sido arrogado por un gran número de discursos, prácticas e instituciones relativamente independientes. Douzinas concluye que no puede existir una teoría global de los *Dh* y, por lo tanto, se requieren distintos acercamientos teóricos y multidisciplinarios, por lo que elabora un planteamiento multicapa—*multi-layer*—, que parte del axioma de que el fin de los *Dh* es resistir la dominación y la opresión, pero que ellos pierden su fin cuando se convierten en ideología política o en la idolatría del capitalismo neoliberal. Circundando este axioma, el autor plantea que los *Dh* han mutado de una relativa defensa contra el poder, a una modalidad de su operación.

Otro tema importante que aborda este capítulo es la certeza de Douzinas hacia la aplicación de los *Dh* a nivel local, en donde los instrumentos y organismos internacionales son de una irrelevancia gigantesca.

El capítulo, posteriormente, examina la idea de Douzinas de que los derechos naturales, y su fundamento en el iusnaturalismo, eran radicalmente anti historicistas, y de que había en ellos algo objetivo, una objetividad distinta a la que plantea el modernismo, en donde el derecho no era estático ni ‘cierto’, ni reflejaba una naturaleza inerte. En este sentido analizo la teoría de Douzinas de que los *Dh* se han mantenido como arma de resistencia contra el Estado y el antídoto contra el poder, conservando una *natura immaculata* por debajo de la superficie, en un estado puro y armonioso. Este apartado extrae uno de los insumos más importantes para esta investigación al analizar esta concepción marginal de una naturaleza pura y perfecta, que Douzinas vincula con la tradición clásica, la cual proporciona una perspectiva crítica y redentora que se combina con la idea de utopía social, y proporciona el lado radical de los *Dh*.

El capítulo profundiza sobre unos *Dh* fisurados, que sólo tienen paradojas que ofrecer. Bajo el axioma de que el fin de los *Dh* es resistir la dominación y la opresión, refrendo el argumento de Douzinas, de que estos pierden su fin cuando se convierten en ideología política, y expongo una serie de tesis que al autor griego propone para repensar los *Dh*.

El capítulo séptimo concluye enumerando varias de las críticas a la teoría de Douzinas, como la de ser reverencial y acrítico, y hasta la de ser radical enemigo de los *Dh*.

ii.viii La exterioridad de los derechos y los derechos salvajes

Los *Dh* se han convertido en declaraciones retóricas de aspiración y no en reivindicaciones justiciables. Como plantea Douzinas, creamos cada vez más derechos, pero estos se van oscureciendo en declaraciones, tratados, y mecanismos, alejándose de sus propósitos disidentes y revolucionarios originales. Si bien las grandes victorias de los *Dh* han mejorado la vida de las

personas en muchos aspectos, éstos han dejado de generar transformaciones radicales importantes, a cambio de despolitizarse, enmarcando su lucha y resistencia únicamente al campo jurídico. Los *Dh* sirven a intereses cada vez más diversos, y son usados para justificar y fundamentar las políticas más altamente contradictorias.

Los estudios críticos han logrado desmitificar el ideal de un Derecho coherente y justo, y nos conducen a renunciar a la creencia en la coherencia racional del discurso jurídico de los *Dh* como sistema positivo. Partiendo de la pérdida de fe de los derechos de Kennedy, se ponen en evidencia las profundas contradicciones que la práctica de los *Dh* genera, y, desde la crítica, se pueden encontrar algunas pautas para reconfigurar su reformulación.

En el octavo capítulo presento en su totalidad mi idea alternativa de los *Dh*. Partiendo de la noción de ambigüedad de los derechos de Kennedy, planteo, inicialmente, la distinción de los dos momentos o estadios de los *Dh*, que si bien comparten la misma raíz, tienen características muy diferentes. Primero, los derechos exteriores como fundamentos de derechos, altamente abstractos; y, posteriormente, la traducción de los derechos exteriores en clave jurídica, y su transformación en normas positivas concretas, que genera el segundo estadio de los *Dh*, o los derechos interiores.

Partiendo de la radicalidad del derecho natural de Douzinas y la exterioridad de Kennedy, acuño el concepto de los derechos salvajes, como fundamentos abstractos de derechos, que provienen de realidades concretas y de acontecimientos aleatorios, los cuales, tienen una forma *proto* jurídica, y existen en una exterioridad salvaje, es decir, que son o devienen en una especie de estado salvaje, y en esa naturaleza salvaje llevan su potencialidad radical, ya que expresan las posibilidades últimas de su propia existencia. Por su parte, los derechos que se han interiorizado, como imágenes del derecho salvaje, han sido codificados en el discurso racional del derecho y han

adquirido una nueva forma. Estos derechos tienen un núcleo en el que existe el principio que les da fundamento y se encuentran, a su vez, cubiertos por una capa o *cortex*, la cual, está constituida por las normas jurídicas positivas que, como tal, enuncian esos principios nucleares. Por lo tanto, en su estado interior—o positivo—, los derechos a su vez se componen de un núcleo y de un *cortex*.

Una vez planteada la idea alternativa crítica de los *Dh*, propongo una metodología—más intuitiva que racional—que, partiendo del caso concreto, desvele el derecho salvaje, en atención a varias características: la necesidad generada por una transgresión, la aspiración de solución de la misma, la existencia y capacidad de solución empírica, todo, sobre la base de un *ethos* crítico.

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

ii.ix La exterioridad y la primacía como límite a los límites de derechos humanos

El *Di* de los *Dh* ha cumplido con una función importante, sin embargo, como toda institución jurídica, es internamente indeterminada, abierta al uso político y a la función ideológica. Ante una inacabable generación de instrumentos y mecanismos, la protección o transgresión de los derechos

no está limitada al *Di*, sino que todo, casi siempre, ocurre a nivel local. Por ello, se debe regresar la lucha por los *Dh* a los Estados, quienes son los principales responsables de su defensa, pero también de su violación. Como asunto de los Estados, cualquier esfuerzo del *Di* será irrelevante si no se regresa la lucha por los *Dh* a cada comunidad.

En mi capítulo noveno abordo la vía para una posible materialización de la metodología crítica de exterioridad, y recalco la importancia de regresar los *Dh* a la arena de lucha local, lo que llamo focos micro políticos o experiencias *on the ground*.

El capítulo discute la concepción tradicional de la *Sc* y sus interpretaciones restrictivas, y propone un criterio de primacía como alternativa. En este sentido, analiza la experiencia europea de la supremacía relativa, donde normas consideradas de menor jerarquía pueden, en ocasiones, tener una aplicación por encima de normas de jerarquía superior. Diseccionando el concepto de la supremacía relativa, el capítulo propone que el análisis y ponderación de los *Dh* no se perciba en términos de jerarquía, sino en términos de mayor beneficio y mejor concreción empírica, donde la norma más favorable, y la interpretación de aquellas normas no existentes jurídicamente, tendrían preferencia una antes que la otra, pero no por encima de la otra.

Aunque identifico al *ppp* como la mejor herramienta de búsqueda e interiorización de un derecho salvaje, considero que dicho principio debe buscar la exterioridad del derecho y no la jerarquía de normas formales, y, por ello, propongo los criterios de primacía relativa y de exterioridad, como el siguiente estadio del *ppp*. Ello, no sólo ponderaría entre dos normas, sino, también, entre criterios que no necesariamente cuentan con el carácter formal de norma, cuando ofrezcan una aplicación empírica concreta que resulte de mayor beneficio.

ii.x Primacía relativa y exterioridad aplicadas al arraigo en México

El *Arr.* es claramente incompatible y transgresor de los *Dh*, y, aún más, es discordante con disposiciones de la misma Constitución y de los instrumentos de *Di* obligatorios para México, y, aún así, a pesar de su constante denuncia a nivel internacional, las instituciones y ordenamientos jurídicos han sido incapaces de frenar el *Arr.* y otras manifestaciones arbitrarias del poder del Estado. Lo anterior, no es más que una prueba irrefutable de la necesidad de alternativas empíricas para la solución de problemas concretos de *Dh*.

El capítulo décimo y último retoma el análisis de la C.T. 293/11 y extrae la figura del *Arr.* como causa subyacente de dicha resolución y como materialización concreta de una interpretación vacía de los *Dh*, y su susceptibilidad a la restricción por criterios meramente formales. Aquí, argumento que la intención de la C.T. 293/11 era confirmar el carácter supremo de la Constitución y la capacidad del Estado de establecer los límites del goce de derechos, ante un cuerpo de normatividad supranacional. La sentencia buscaba, de acuerdo a mi investigación, preservar el *statu quo* ante una realidad evidentemente opuesta. Todo esto, expresado en términos muy abstractos, como una limitación de *Dh* internacionales por determinación expresa de la Constitución. Detrás de esta situación abstracta y no expresamente determinada, subyacía un tema con nombre específico, el régimen de detención preventiva denominado *Arr.*, y, en última instancia, lo que se pretendió fue defender, de manera ‘indirecta’, y como fin último o mayor, la posibilidad de restringir *Dh*, buscando reivindicar un discurso opresivo, justificado en una situación extrema de inseguridad en la que se encuentra inmerso el Estado mexicano. Por ello, argumento que el *Arr.* fue, quizá, el asunto más presente en la mente de los ministros a la hora de su discusión, y por tal, la *raison d’être* de la resolución C.T. 293/11.

A través de un ejercicio deconstructivo, trato de evidenciar las subcapas no evidentes en el *Arr.*, poniendo al descubierto sus incongruencias y su uso como herramienta política, más que como medida efectiva para la investigación de delitos, evidenciando sus deficiencias en la práctica y, así mismo, su naturaleza violatoria de *Dh*. Además de ser intrínsecamente contradictorio, mi investigación muestra cómo el *Arr.* transgrede los principios nucleares de varios derechos, como el de libertad personal, el de seguridad jurídica, y el de integridad en su contexto multidimensional, y abre las puertas a muchas otras violaciones.

El capítulo concluye que el *Arr.* transgrede disposiciones esenciales del *Di* de los *Dh*, y que es incompatible con disposiciones constitucionales y convencionales por vulnerar principios nucleares de varios derechos, además de contravenir las características más importantes de las reformas al marco jurídico mexicano de las últimas décadas. Y, aún más, el capítulo confirma una de las hipótesis centrales de esta investigación, que el andamiaje institucional internacional es mayormente incapaz de detener prácticas violatorias como la del *Arr.*, y que, aún ahora, se preserva el poder incuestionable del Estado de imponer restricciones a los *Dh*, incluso dentro de las mismas Constituciones.

Con base en lo anterior, el último capítulo propone aplicar la hipótesis de la interpretación alternativa crítica de los *Dh* al caso concreto del *Arr.* El capítulo busca ser la corroboración empírica de los derechos salvajes, como alternativa teórica, para la reinterpretación crítica de los *Dh*, pero, además, como un intento por aplicar una metodología práctica para la eventual abolición del *Arr.* en el sistema jurídico mexicano.

*

En adelante, es tarea del lector acompañarme en esta travesía. Independientemente de si comparta o no las conclusiones de esta ardua investigación, el mensaje más importante que quisiera comunicar, y con el que espero que coincidamos, es la necesidad de una crítica profunda de los *Dh*, y de la importancia de alternativas para repensarlos desde su núcleo. Como lo había apuntado en la investigación que concluyó mis estudios de Derecho, al final, no encontraré mayor satisfacción en que mi análisis y conclusiones sean compartidas, sino en que den paso a que un mayor número de personas se preocupen por los asuntos más apremiantes de nuestra sociedad, y que, así, generemos, tanto desde la teoría como desde la práctica, una copiosa pléyade de ideas para afrontar los grandes retos que, como humanidad, aún tenemos hacia el futuro.

San Diego, California. Agosto de 2018.

1. LA CONSTRUCCIÓN DEL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO FILOSÓFICA

¿Qué son los derechos humanos? Parece una pregunta simple, y aunque la respuesta parecería aún más sencilla, está lejos de ser así. En realidad, resulta bastante difícil obtener un concepto unívoco de derechos humanos [*Dh*], ya que es extremadamente complicado definir un fenómeno tan cambiante como la sociedad misma. A pesar de que existe un consenso relativamente uniforme respecto a su contenido material, las definiciones e interpretaciones son, en algunos casos, algo divergentes y muy variadas.

1.1. Definiendo los derechos humanos

Quizá la aproximación más natural hacia los *Dh* es entenderlos desde su denominación misma, simplemente como aquel conjunto de derechos que son inherentes al ser humano. En efecto, su designación contiene implícita, tanto su naturaleza, como su origen, ya que les identifica como “derechos” en el sentido estricto de la palabra, y establece que son “humanos”, es decir, que surgen o existen simplemente por el hecho de que se tiene la naturaleza de “ser humano” (Donnelly, 1998). Pero esta simple y relativamente incontrovertida definición es más complicada de lo que superficialmente aparenta (Howard & Donnelly, 1987), ya que, incluso, podríamos debatir largamente respecto a lo que se concibe como “derechos”, y lo que debemos entender por “humanos”, desde todos los ángulos filosóficos, jurídicos, políticos y antropológicos.

Adicionalmente, resulta aún más complicado cuando lo que se quiere definir no necesariamente representa lo mismo para quien intenta definirlo, es decir, cuando ante una

pluralidad de significados nos enfrentamos también a una pluralidad de significantes. Por ejemplo, al referirnos a *Dh* podríamos estar hablando de derechos positivos derivados de instrumentos internacionales, o bien, de derechos morales que pertenecen a cualquier sistema jurídico y que son capaces de generar obligaciones directas; también podemos hablar de derechos morales universales independientes a cualquier orden jurídico, o sencillamente, como aspiraciones sociales, e incluso como simple fundamento para la política o las relaciones internacionales (Flynn, 2012).

Las complicaciones en cuanto a la definición recaen, principalmente, en los varios sentidos que se le ha dado al término *Dh*, ya que muchas definiciones plantean una visión tautológica que no aporta elemento alguno que ayude a la profundización teórica, y que suele expresar la literalidad del término, aunque, con formulaciones distintas; o bien plantean interpretaciones meramente formales que no abordan el contenido material del término; o, incluso, algunas interpretaciones teleológicas que se enfocan en determinados valores que son calificados de unívocos, pero que tampoco satisfacen la necesidad de clarificar el contenido material (Escalona Martínez, 2004, pp. 131-132).

No pretendo obviar la vasta literatura acerca de las diferentes discusiones respecto a la conceptualización de los *Dh*, pero tampoco quiero, en este momento, sumergirme en debates filosóficos que no harían sino desviar la presente línea argumentativa. Baste con plantear una óptica, generalmente aceptada, como fundamento de los *Dh* entendidos internacionalmente, es por ello que utilizo una definición de la principal institución consagrada a su salvaguarda y protección; hablo de la Organización de las Naciones Unidas [en adelante ONU] y sus organismos. Concretamente la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos [en adelante OHCHR por sus siglas en inglés] define los *Dh* de la siguiente forma:

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles (OHCHR, 2014).

Esta definición, que de alguna forma sintetiza todo el sistema del derecho internacional [*Di*] de los *Dh*, es, sin embargo, sólo la pieza “final” de una estructura que se ha ido formando junto con la historia de la humanidad misma, y que ha ido alcanzando operatividad gracias a su encumbramiento por el *Di*, así como por su incorporación en los diferentes ordenamientos jurídicos locales.

1.1.1. Derechos naturales, derechos humanos y derechos fundamentales

Los *Dh* provienen de una idea primaria de derechos naturales, y, por lo tanto, ambos términos podrían entenderse como sinónimos; lo mismo con los derechos fundamentales, cuyos términos suelen usarse indistintamente, aunque no necesariamente expresen la misma idea.

Hart (1955, p. 175) explica los derechos naturales como aquellos de los cuales todo ser humano goza si tiene capacidad de elección, por el simple hecho de ser “ser humano”, y no solamente por pertenecer a alguna sociedad o tener una relación con respecto a otro ser humano; además de que ese derecho no es creado ni conferido por voluntad humana. Finnis (2011, p. 198), por su parte, distingue entre derechos legales, aquellos que se encuentran formalmente plasmados en una ley, y derechos naturales, que pueden o no estar incorporados a una legislación. El autor

expresa que los *Dh* son los derechos morales generales y fundamentales, siendo su nombre una expresión contemporánea de los derechos naturales, y, por tanto, equivaldrían a ser sinónimos (p. 198).

Ahora bien, en principio se puede decir que también los derechos fundamentales y los *Dh* pueden usarse como sinónimos, o, en última instancia, que son consecuentes, es decir, no son lo mismo pero tienen el mismo contenido material, aunque en distinto momento formal, esto es, que los derechos fundamentales son la concretización positiva de los *Dh* en los distintos instrumentos jurídicos locales. Para Alexy (2002, pp. 62-63) las normas de derecho fundamental son aquellas que se expresan a través de disposiciones de derecho fundamental, es decir enunciados contenidos en la ley Fundamental—o constitución. En términos menos formalistas que los de Alexy, Pérez Luño (2004) afirma que *Dh* son “aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona”, como son las existentes en el entorno jurídico internacional, incluyendo a aquellos que “no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo”, mientras que los derechos fundamentales son aquellos derechos que se encuentran positivizados en los sistemas jurídicos internos. Es decir, el distintivo sería el diferente grado de concreción positiva entre ambas categorías (p. 47).

Parecería existir, entonces, coincidencia en el campo de operatividad de los derechos fundamentales, que es el de la “estricta positividad” (Escalona Martínez, 2004, p. 144). Sin embargo, no sería correcto caer en una distinción taxativa, y afirmar que todos aquellos derechos reconocidos en una norma fundamental son derechos fundamentales (Alexy, 2002), ni tampoco que todos aquellos que se enaltecen cual principios fundamentales son, necesariamente, *Dh*. Ni todos los *Dh* “han sido reconocidos como derechos fundamentales por los distintos ordenamientos

jurídicos, ni todos los fundamentales tienen necesariamente la condición de derechos humanos” (Escalona Martínez, 2004, p. 157).

La problemática en cuanto a la nomenclatura de los *Dh* no termina con las diferenciaciones entre derechos naturales y derechos fundamentales, ya que dentro del propio concepto existen varias divergencias que, incluso, determinan situaciones distintas entre si, haciendo aún más equivoco el uso del termino. De ahí que, más allá de establecer el significado de los *Dh*, debe hacerse referencia y analizar el sentido y objeto de éstos para tener una visión panorámica, y, desde ahí, mas allá de fijar una categoría conceptual, entender los modos de interacción de los derechos con la praxis dentro del fenómeno histórico.

1.2. Acerca de los orígenes y evolución de los derechos humanos

En efecto, la idea de los *Dh* es un producto histórico en donde, poco a poco, las relaciones sociales, en el tiempo y el espacio, aportaron los elementos para su construcción.³ Este producto histórico social se erige sobre bases filosóficas concretas que marcan el inicio de la concepción de un ser humano titular de derechos inherentes a su naturaleza, y que requieren no sólo su reconocimiento, sino su respeto y, aún más, su garantía en todo momento. De esta manera el pensamiento humano ha ido desarrollando la idea de derechos y libertades que le son debidos al ser humano por el simple

³ Como señala Habermas (1974), los derechos no se pueden aislar de un contexto de intereses sociales e ideas históricas, y de la “naturaleza”. La concepción histórica de los derechos fundamentales no pretende devaluarlos a meras ideologías, antes bien, pretende que no se pierda su sentido. Como apunta el autor, la idea del derecho natural, sólo puede ser concebida seriamente por una interpretación de relaciones sociales concretas: “...we do not conceive the fundamental rights historically, in terms of the organization of social life, merely in order to devaluate them as pure ideology, we do so precisely to keep the ideas from losing their meaning, once their basis in life has been removed, and thus coming to justify precisely that from which they were once to liberate mankind: the unattenuated substantial force of political domination and social power, which is neither willing nor able to be legitimized in terms of publicly rationally justified purposes” (p. 118).

hecho de serlo, y que se oponen al poder público como límites a su ejercicio, a la par de que deben ser respetados por terceros.

Aunque exista debate en cuanto al “nacimiento” formal de los *Dh* como los entendemos actualmente—ya si a partir de los constitucionalismos revolucionarios burgueses, de su internacionalización a partir de los años 40, o de su consolidación en los discursos políticos de la segunda mitad del siglo XX (Flynn, 2012)—, considero que es necesario ir mucho más atrás, hasta entender la idea de un derecho de la naturaleza, que concibe derechos individuales pertenecientes a todos los seres humanos, inherentes a él, por el simple hecho de serlo.

Como bien apunta Lauterpacht (1950, p. 84), la idea de un derecho natural reproduce la idea central de los estoicos de una ley superior a la autoridad externa de los Estados, que, no obstante, con Tomás de Aquino se interpretó como la participación de la ley eterna en la mente de una criatura racional.⁴

Esta idea de derechos naturales evolucionó hasta verlos transformados en normas positivas, inmersas en ordenamientos jurídicos creados por los movimientos constitucionalistas, y que, una vez que son positivizados, tomaron el nombre de derechos fundamentales.⁵ Bajo la visión de los derechos fundamentales se desarrollaron, en la historia constitucional, las prerrogativas inherentes a la naturaleza del hombre, que se conocen de manera general como *Dh*.

⁴ No pasa desapercibido que, en efecto, la doctrina del derecho natural y de los derechos naturales ha sido ampliamente controvertida, ya por su identificación con la ley divina y por tanto como incompatible con la concepción sacra del derecho, o por su materialización positiva en las legislaciones estatales, como una afrenta a la autoridad espiritual y religiosa (Lauterpacht, 1950).

⁵ Del francés *droits fondamentaux*. El término aparece por primera vez en Francia hacia el año 1770 en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Pérez Luño, 2004, p. 29).

1.3. Los derechos humanos en el derecho natural

La filosofía del derecho natural tiene su origen en el presupuesto de una “ley de la naturaleza” que existe independientemente de las situaciones individuales y sociales, como “juicios deónticos de razón, con carácter de norma vinculante o ley, que todo hombre observa en sí, con independencia de lo establecido por la sociedad” (Hervada, 1996, p. 141). Según el derecho natural, la ley natural da a cada hombre un derecho innato, que sólo es entendible en cuanto a su misma naturaleza humana, y que está dictado por un principio supra positivo que le da esa naturaleza permanente y universal. De esta manera, todo el desarrollo histórico y filosófico que converge en la formulación de la ciencia de los *Dh*, tendrá su origen en el derecho natural.

Dentro del pensamiento del derecho natural existen dos grandes vertientes—o escuelas—, y cada una aporta una concepción propia sobre los fundamentos de los *Dh*, la escuela clásica del derecho natural o iusnaturalismo clásico y la llamada Escuela del Derecho Natural o iusnaturalismo moderno.

1.3.1. Derecho natural clásico

Partiendo de Sócrates, Platón y Aristóteles se encuentran las bases de la concepción de un derecho que es preeminente al ser humano, y que no es susceptible de alteración por él mismo (Fletcher, 1931, p. 4). Así, las ideas de los filósofos clásicos, y posteriormente las aportaciones de los estoicos, sentaron los cimientos del derecho natural en su fase clásica—o iusnaturalismo clásico—

dividiéndolo en tres grandes etapas o corrientes, una inicial socrático-platónica-estoica,⁶ una aristotélica y, finalmente, una tomista (Strauss, 1953).

1.3.1.1. Orígenes del iusnaturalismo clásico

La que podríamos llamar la primera corriente del iusnaturalismo clásico—que se gesta con Sócrates—, parte de la idea de un derecho de la naturaleza de carácter supra humano que debe ser “diluido” para ser compatible con las necesidades de la *polis* (Strauss, 1953, p. 152).⁷ Explica Strauss (pp. 150-153) que esta concepción el derecho natural se explica en relación a un origen cósmico o divino que debe “socializarse” o, más, bien “humanizarse”, es decir, convertirse en derecho común.⁸

En Platón encontramos una idea más estructurada que distingue entre dos tipos de derecho natural, uno primigenio, perteneciente a un estado original ajeno a lo humano—o a los asuntos de lo humano—y otras características de la vida social—*civil society*—, y un derecho natural secundario, que es necesario cuando el ser humano se ha corrompido, como un remedio a esa corrupción (Strauss, 1953, p. 153).⁹

⁶ Existen afirmaciones de que los estoicos constituyeron en si una doctrina del iusnaturalismo clásico—diferente a aquella de la época socrática y platónica—, sin embargo, la conexión directa de los estoicos con los cínicos, y de éstos con Sócrates, sugiere una cierta unicidad entre las distintas escuelas, y la existencia de una gran corriente socrático-platónico-estoica (Strauss, 1953, p. 146).

⁷ No es precisamente común el reconocimiento de Sócrates como punto de partida del derecho natural, el cual se atribuye más a sus opositores (Fletcher, 1931; Lauterpacht, 1950; Levy, 1949). Pero como menciona Nietzsche (2001, p. 145), Sócrates es el primer filósofo de *la vida*, una vida determinada por la razón, en la que el conocimiento y la moralidad se conjuntan, y, de tal forma, como bien apunta Strauss (1953, p. 120), fue el primero en bajar la filosofía de “los cielos” y forzarla a discernir asuntos humanos relacionados con la vida, el bien y el mal; en otras palabras, es él, el fundador de la filosofía política, y en tanto esto es cierto, es quien originó toda la tradición del derecho natural.

⁸ Strauss (1953) se refiere a derecho como *right*, o como derecho subjetivo, y solamente con Tomás hace una referencia a derecho como *law*, es decir, como derecho objetivo.

⁹ Platón termina por adoptar una postura más radical en su visión “divina” con relación al derecho natural, al afirmar que la única vida realmente justa, naturalmente, es la del filósofo (Strauss, 1953).

A través de las aportaciones de los estoicos se preservan dichas ideas y se instaura la tradición de libertad e igualdad que marcó la filosofía política y jurídica del imperio romano, haciendo énfasis en la conexión entre la igualdad de los hombres, dada su posesión común de razón y acción, y su virtud, sin importar las diferencias en sus conocimientos y capacidades (Lauterpacht, 1950, p. 83).

Cicerón desarrolla esta idea concibiendo al derecho como la razón superior implantada en la naturaleza que decreta lo que debe ser y prohíbe lo contrario; la mera raíz y origen del derecho es la naturaleza—o divinidad—, de tal forma, el derecho está por encima del espacio y del tiempo, es un *ius gentium* que regula el universo, y que no es reducido a su escritura ni creado por la humanidad, pues, sus orígenes son previos al derecho escrito y a la creación de cualquier Estado (Levy, 1949, p. 46). Cicerón eventualmente presentaría una versión mitigada del iusnaturalismo estoico en donde el derecho de la naturaleza no requiere “humanizarse”, sino que existe en armonía con la sociedad (Strauss, 1953, pp. 153-154). Es esta visión desarrollada por Cicerón, que se entiende como derecho natural pre moderno (Strauss, 1953), y que es adoptada por la tradición filosófico jurídica romana, en donde el derecho natural se presenta como una serie de principios básicos que están en contra de los actos nocivos y dañinos al hombre (Levy, 1949).

1.3.1.2. Iusnaturalismo aristotélico

Aristóteles disertó sobre el derecho natural solamente en una página de la *Ética Nicomáquea* (Strauss, 1953), sin embargo, el filósofo de Estagira se convertiría en el principal referente del derecho natural clásico. Concretamente, en el Libro V(VII) de la justicia natural y legal, expresa lo siguiente:

La justicia política puede ser natural y legal; natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeta al parecer humano; legal, la que considera las acciones en su origen indiferentes, pero que cesan de serlo una vez ha sido establecida [...] Algunos creen que toda justicia es de esta clase, pues lo que existe por naturaleza es inamovible y en todas partes tiene la misma fuerza [...] mientras que las cosas justas observan ellos que cambian. Esto no es así, aunque lo es en un sentido. Quizá entre los dioses no lo sea de ninguna manera, pero entre los hombres hay una justicia natural y, sin embargo, toda justicia es variable, aunque hay una justicia natural y otra no natural. Ahora, de las cosas que pueden ser de otra manera, está claro cuál es natural y cuál no es natural, sino legal o convencional, aunque ambas sean igualmente mutables. La misma distinción se aplica a los otros casos [...] La justicia fundada en la convención y en la utilidad es semejante a las medidas, porque [...] no son iguales en todas partes, sino mayores donde se compra y menores donde se vende. De la misma manera, las cosas que son justas no por naturaleza, sino por convenio humano, no son las mismas en todas partes, puesto que tampoco lo son los regímenes políticos, si bien sólo uno es por naturaleza el mejor en todas partes.

Cada una de las cosas justas y legales es como lo universal respecto de lo particular: en efecto, los actos son muchos, pero cada una de aquéllas, siendo universal, es una. Hay una diferencia entre el acto injusto y lo injusto, y el acto justo y lo justo. Lo injusto lo es o por naturaleza o por una disposición, y eso mismo, cuando se realiza, es acto injusto, pero antes de ser realizado, aún no lo es, sino sólo injusto. Y lo mismo el acto justo,

pero se le llama, más bien, acción justa a la común, y acto de justicia a la reparación de la injusticia (Aristóteles, 1985, 1134b20-1135a15).

Aristóteles hace dos señalamientos específicos acerca del derecho natural: 1) que no existe una desproporción o desconexión entre el derecho de la naturaleza y el derecho político—o de la *polis*—, es decir que el derecho de la naturaleza es parte del derecho de los hombres; y 2) que todo derecho natural es mutable, es decir, a pesar de que considera que existen principios generales, parece también advertir que no existe regla que no admita excepción (Strauss, 1953). La mutabilidad del derecho natural en Aristóteles se entiende como que el derecho natural debe ser susceptible de cambio o variación en cuanto es aplicable, por un lado, en situaciones normales—como la vida diaria de la *polis*—, y, en situaciones “extremas”—como la guerra—(Strauss, 1953).¹⁰

1.3.1.3. *Iusnaturalismo medieval*

La tradición filosófico jurídica romana se conecta con la literatura política más representativa de la Edad Media, que reinterpreta a Aristóteles a la luz del desarrollo jurídico romano en una teoría propiamente jurídica del derecho natural.¹¹

¹⁰ Como menciona Strauss (pp. 162-163), la única pauta que es universalmente válida es la jerarquía de los fines, pero no existen reglas de acción válidas universalmente: “The only universally valid standard is the hierarchy of ends [...] but there are no universally valid rules of action”.

¹¹ Es de mencionarse que la doctrina aristotélica no fluyó de manera directa y automática desde el imperio romano hasta la Edad Media. Antes bien, existe toda una tradición y época filosófica comúnmente dejada a un lado en la historia de la filosofía. Me refiero a las grandes contribuciones de la filosofía en el mundo islámico y judío en la época clásica tardía e incluso ya adentrado el medioevo. En efecto, quizá Aristóteles nunca hubiera llegado a Tomás de no ser por las traducciones, glosas y comentarios de la época, y ciertamente no sería lo mismo sin pensadores como Avicena, Averroes, Maimonides y muchos otros que no son reconocidos como tal, pero que quizá merecen el crédito de haber conectado las doctrinas clásicas con el pensamiento medieval, y aún más con el modernismo. Al respecto se puede consultar el trabajo de Peter Adamson (Adamson, 2014, 2016)—y su *podcast*.

A pesar de la mínima referencia de Aristóteles en relación al derecho natural, fueron sus interpretes quienes se encargaron de dar forma a la doctrina iusnaturalista aristotélica. Sin embargo, esta no siguió un camino único, pues, por un lado, las interpretaciones de Tomás de Aquino consideraban a los axiomas o principios de los cuales se deriva el derecho natural como inmutables. Por otro lado, el intérprete Averroes considera que lo que entiende Aristóteles por derecho natural, es un derecho legal en *stricto sensu*; la misma idea la desarrollaría Marsilio de Padua, anotando que se trata de un derecho cuasi natural (Strauss, 1953).

La afirmación del principio de la ley superior como fuente de derechos de libertad de los individuos, la cual es desarrollada principalmente por Tomás de Aquino se basa en la afirmación de la idea central de una ley superior a la autoridad pública, además de que el Estado debe estar al servicio del individuo (Lauterpacht, 1950, p. 84). Tomás fue preciso y no dejó lugar a dudas ni ambigüedades en su interpretación del derecho natural, al que considera en perfecta armonía con el Derecho de los seres humanos a través de la *sindéresis*, además de afirmar la inmutabilidad de los principios fundamentales del derecho natural (Strauss, 1953).¹²

Desde una noción comunitarista—en oposición a una subjetivista—, para Tomás, el humano tiene una “...dignidad subordinada de Dios; pero coordinada a la de los demás hombres y supra ordenada a la de las otras cosas carentes de espíritu”, y esta dignidad, que es “sustancial” en cuanto proviene de su ser espiritual, y “accidental” en cuanto a que todavía requiere de virtudes, es el fundamento de los derechos naturales, básicos e inalienables en función a su dignidad; esa dignidad es la naturaleza humana “racional y volitiva”, que le distingue de las otras creaturas; y son derechos porque existe una ley que corresponde a la naturaleza, una ley natural (Beuchot,

¹² De acuerdo a Strauss (pp. 163-164) las oquedades que se generan en los postulados de Tomás, son subsanadas acudiendo siempre a principios teológicos, por lo tanto la corriente tomista del derechos natural es inseparable de la teología.

2001, pp. 50-59). Tomás indica que la validez del derecho “positivo” emana de la ley natural, pero plantea su necesidad, ya que la ley natural, no obstante ser pre existente, no puede solucionar todos los problemas de la vida cotidiana (Finnis, 2011, p. 28).

El pensamiento aristotélico tomista así como las instituciones jurídicas romanas que replican la filosofía estoica son entonces la raíz del pensamiento del derecho natural y de los derechos naturales.

1.3.1.4. La praxis del iusnaturalismo clásico

Dentro del iusnaturalismo clásico se generó una doctrina práctica de reconocimiento y protección de derechos naturales gracias a los llamados teólogos juristas del Siglo de Oro español—como Vitoria, Suárez, Vázquez, De Mariana y De Soto—,¹³ a través de cuyas cátedras generó una visión práctica del derecho natural que llegó hasta los territorios conquistados de América por medio de los evangelizadores, lo que originó una nueva forma de pensamiento nacido desde la praxis, elemento que reconstituye al derecho natural clásico y le da ese elemento extra, fundamental en el desarrollo de los *Dh* como los concebimos actualmente.

Vitoria es uno de los más grandes pensadores iusnaturalistas con una vocación práctica, y, además, es considerado padre del *Di*. Su obra—escolástica y humanista—muestra una “...elevada valoración del hombre” y de su dignidad “...como base antropológico-filosófica de los derechos naturales”, que le ayudan a “...tener una actitud de fundamentación, promoción y defensa de los

¹³ La postura de Vitoria, de De Soto, y de De Mariana, es más cercana a la teoría escolástico-humanista del derecho natural de Tomás (Beuchot, 2001), mientras que Suárez y Vázquez—no obstante basarse en sus fundamentos—se sienten intelectualmente compelidos a oponerse a ella en algunos aspectos centrales, más cercanos a los postulados estoicos, desarrollando una postura racional humanista que caracterizó al escolasticismo tardío, y que le hizo más atractiva a los iusnaturalistas no cristianos como Grocio (Finnis, 2011, pp. 45-47; Pérez Luño, 2004, p. 31).

derechos [naturales]” (Beuchot, 2001, pp. 61-69). Vitoria refiere que la ley natural es verdadera y obligatoria (Vitoria, 1991),¹⁴ y que ninguna ley humana puede quitar derechos conferidos por ley divina o ley natural, ya que sería inhumana, contraria a la razón, y, consecuentemente, no tendría fuerza de ley (Vitoria, 1917, p. 152).

Bartolomé de Las Casas y Alonso de la Veracruz, plasmaron el pensamiento desarrollado en las universidades españolas—especialmente en Salamanca—sobre una base que contempla los derechos desde el pobre y el oprimido (De la Torre Rangel, 1998, 2001).¹⁵ Desde la perspectiva escolástico humanista de Vitoria—quien fuera su maestro—ambos buscaron la fundamentación y protección de los derechos naturales pero inclinándose más, con base en la justicia, en el débil y oprimido—pensando específicamente en los indígenas americanos (Beuchot, 2001).

Así, esta tradición práctica del iusnaturalismo clásico tiene en cuenta al hombre concreto y a la historia, tiene un principio social fundamental de corte comunitario que tiende a la historicidad, “su visión integral del hombre [...] concibe la existencia de los derechos humanos tanto individuales como sociales, teniendo como base una relación entre el yo y el tú, que es el nexo

¹⁴ Vitoria (1991, §122 ST I-II. 90. 4) afirma que la ley natural es verdadera y obligatoria no obstante la ignorancia de una persona—sobre esa ley—, sin embargo, quien la transgrede por ignorancia puede ser perdonado, aunque su acción sigue consistiendo una transgresión a dicha ley. Esta postura explicaría la posición de Vitoria con relación a los indígenas americanos (Vitoria, 1917).

¹⁵ Es de destacar la relevancia de esta interpretación de los derechos debido al momento histórico y al contexto en que se genera, teniendo en cuenta como bien lo apunta Pérez Luño (2004, p. 31), la postura de otros pensadores medievales como es el caso de Molina o Juan Ginés de Sepúlveda. Al respecto se puede citar la postura de Ginés de Sepúlveda refiriéndose a los indígenas de América: “Bien puedes comprender ¡oh Leopoldo! Si es que conoces las costumbres y naturaleza de una y otra parte, que con perfecto derecho los españoles imperan sobre estos bárbaros del Nuevo Mundo e islas adyacentes, los cuales en prudencia, ingenio, virtud y humanidad son tan inferiores a los españoles como los niños a los adultos y las mujeres a los varones, habiendo entre ellos tanta diferencia como la que va de gentes fieras y crueles a gentes clementísimas, de los prodigiosamente intemperantes a los continentales y templados, y estoy por decir que de monos a hombres” (Sepúlveda, 1892). En la controversia sostenida con Bartolomé de las Casas ante el Consejo Real en Valladolid en 1552, Ginés de Sepúlveda va más allá expresando: “¿Qué cosa pudo suceder a estos bárbaros mas conveniente ni mas saludable que el quedar sometidos al imperio de aquellos cuya prudencia, virtud y religión los han de convertir de bárbaros, tales que apenas merecían el nombre de seres humanos, en hombres civilizados en cuanto pueden serlo; de torpes y libidinosos, en probos y honrados, de impíos y siervos de los demonios, en cristianos y adoradores del verdadero Dios? [...] Por muchas causas, pues, y muy graves, están obligados estos bárbaros a recibir el imperio de los españoles conforme a la ley de naturaleza, y a ellos ha de serles todavía mas provechoso que a los españoles, porque la virtud, la humanidad y la verdadera religión son mas preciosas que el oro y que la plata” (Ginés de Sepúlveda en De la Torre Rangel, 1998, p. 106).

fundante de la justicia, y con la posibilidad de historizarse [sic]” (De la Torre Rangel, 2001, p. 16). Bajo esta perspectiva, al concebir los derechos desde el pobre y el oprimido, y mediante la praxis de defensa de los habitantes de los territorios conquistados, se “sentaron las bases doctrinales para el reconocimiento de la libertad y dignidad de todos los hombres” (Pérez Luño, 2004, p. 31).

1.3.2. Derecho natural moderno

La concepción clásica del derecho natural, que se configuró conforme a las enseñanzas de Aristóteles y Tomás de Aquino, se mantendría casi sin cambio hasta Locke, considerado como el más influyente de todos los tratadistas de derecho natural moderno, sin embargo sería Hobbes—considerado fundador de la filosofía y/o ciencia política—quien desarrollaría la nueva concepción del derecho natural en el momento de resplandecimiento de las filosofías naturalistas, de las ciencias liberales, y de la demolición de las bases del derecho natural tradicional (Strauss, 1953).

1.3.2.1. Orígenes del iusnaturalismo moderno

El pensamiento político de Locke desarrolló la idea general del consentimiento individual al gobierno, la idea del dominio de uno mismo—*self ownership*—, y la existencia de derechos naturales dentro de un sistema de la ley natural, todos ellos en conexión con las ideas de los derechos individuales y el derecho natural; sin embargo, aunque existe referencia directa a un “derecho natural”, su trabajo se centró en proponer la idea de un Estado como constructo artificial

de la razón, y en unos “derechos naturales”, que eran fundamentalmente incompatibles con concepciones anteriores del derecho natural (Frohn & Grasso, 2008).¹⁶

Como explica Strauss (1953, p. 165), no está del todo claro cuan moderno puede ser considerado Locke, o si sólo se trata de una ramificación del derecho natural clásico, dada su tendencia selectiva respecto de las enseñanzas ‘correctas’, es decir aquellas apegadas a la tradición, en oposición a las ‘incorrectas’, es decir, aquellas de corte modernista—con las cuales, a fin de cuentas, coincidía más. Fioravanti (2000) se refiere a la “feliz ambivalencia” de Locke, ya que si bien puede ser considerado como fundador del iusnaturalismo moderno dada su inclinación al racionalismo moderno, por otra parte se le podría catalogar como simple heredero legítimo de la tradición medieval de limitación de poderes públicos (pp. 83-84).

Pero la historia de las libertades y de los derechos, en sentido moderno, comienza propiamente con Hobbes, que suministra una filosofía política “radicalmente individualista” que rompe con todo orden histórico y con cualquier estamento, pero, a la vez, contribuye fuertemente a la creación del “Estado político organizado”, que se origina con la intención de tutelar “algunos derechos primarios” que anteceden al ser humano (Fioravanti, 2000, p. 48).

Ante la pregunta ¿qué es el derecho natural? Hobbes (1994) responde que—el comúnmente denominado *ius naturale*—es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza—es decir de su propia vida—, y, por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr dicho fin (p. 79). El autor de Malmesbury explica, posteriormente, que la ley natural—*lex naturalis*—, como un precepto o norma general establecida por la razón, prohíbe a un

¹⁶ La teoría de Locke sobre el derecho natural se presenta abiertamente como complementaria de otras enseñanzas previas. El trabajo de Locke se basa en la enseñanza tradicional del derecho natural, y utiliza a autores previos—como Hooker—para encubrir y justificar sus propias ideas “radicales”.

hombre hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios de conservarla, o bien, omitir aquello mediante lo cual piensa que pueda quedar su vida mejor preservada. Aunque comúnmente se confunda *ius* y *lex*—derecho y ley—, Hobbes (p. 79) precisa distinguir esos términos, porque el derecho—como *ius*—consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras que la ley—como *lex*— determina y obliga a una de esas dos cosas. Así, la ley y el derecho difieren tanto como la obligación y la libertad, que son incompatibles cuando se refieren a una misma materia.

Los filósofos modernos rechazan los postulados teológicos del derecho natural clásico, y por ello se encuentran más próximos a los filósofos clásicos que a los medievales, en concreto a Tomás de Aquino (Strauss, 1953, p. 164). Mientras que en el derecho natural clásico las normas de la moral y la justicia estaban igualmente orientadas en sus contenidos hacia el bien y la virtud, el derecho formal moderno está clasificado en catálogos de derechos y deberes para el orden “material” (Habermas, 1974, p. 84).

A diferencia del iusnaturalismo clásico, el derecho natural moderno es de carácter racionalista, individualista y profano—, y se funda, como es obvio concluir, en el individuo. Su racionalismo lo vuelve profano, frente a la inspiración religiosa del iusnaturalismo clásico, y es fundamentalmente “ahistórico”, ya que concibe al derecho totalmente invariable con independencia de tiempo y lugar. Así, con base en estas premisas, “la Ilustración *circumscribe el ámbito de los derechos humanos al individuo, teniendo como base una reafirmación racional del yo frente al otro y sin entrañar circunstancias históricas [sic]*” (De la Torre Rangel, 2001, p. 15).

1.3.2.2. Escuela del derecho natural

Aunque con Locke “...la defensa de los derechos naturales a la vida, la libertad y la propiedad se [convirtieron] en el fin prioritario de la sociedad civil y en el principio legitimador básico del gobierno”, fue Grocio, inspirado en Suárez y Vázquez quien formalmente plantea un derecho natural racional y humanista (Pérez Luño, 2004).

Para Grocio el derecho natural—*ius naturale*—es un dictado de la recta razón que indica que un acto es moralmente necesario o moralmente vergonzoso, debido a su acuerdo o desacuerdo con la naturaleza del hombre, como ser racional y social, y, en consecuencia, tal acto no es ni dirigido ni prohibido por Dios (Grotius, 1814, I, I, X-XII). La teoría de la justicia desarrollada por Grocio era de base aristotélica, pero con ideas políticas protestantes—siendo el mismo Grocio calvinista—, y eminentemente humanista, que si bien veía la voluntad de Dios—autor de la naturaleza—detrás del derecho, atribuía a la naturaleza social del hombre la premisa básica del derecho natural (Tuck, 1979).

Grocio influyó al resto de los filósofos modernos que abordaron el derecho natural, como el mismo Locke, Hobbes, Leibniz, Rousseau y Kant, pero tuvo una mayor aportación al mundo jurídico, ya que el derecho natural perdió su apariencia teológica y se convirtió, más, en un derecho estatal, adquiriendo un carácter técnicamente jurídico (Haakonssen, 1999). La escuela del derecho natural y de gentes—o solamente escuela del derecho natural—que se inicia con Grocio, sentó también las bases del *Di*, influenciando a sus primeros grandes exponentes, Pufendorf, Wolff, Vattel y Gentili. De tal forma, a Grocio se le considera padre del *Di* moderno (Shaw, 2005).¹⁷

¹⁷ Al respecto es necesario recordar que antes de Grocio, Vitoria había ya desarrollado las bases del *Di*, por eso se dice que fue Vitoria el verdadero padre del *Di*.

1.3.2.3. Iusnaturalismo revolucionario moderno

Serían las revoluciones burguesas liberales las que se encargarían de dar forma a una nueva cultura de derechos y libertades basada en el iusnaturalismo moderno, lo que da inicio a la era del constitucionalismo liberal. La cultura de las libertades, que se adopta a raíz del constitucionalismo liberal, es de corte “individualista y contractualista”, situando al ser humano, en cuanto individuo, como el único sujeto y titular de derechos, y el centro del ordenamiento jurídico, “más allá de las viejas discriminaciones de estamento”, reivindicando “derechos de autonomía frente al poder público”, y sometiendo a este último a la voluntad de dicho individuo—o individuos—, con base en el “esquema del contrato social” (Fioravanti, 2000, p. 55).

La concepción de esta revolución moderna que podía ser materializada y lograda hasta su desenlace por los mismos revolucionarios, sólo resultaba posible apelando a un derecho natural racional, y sólo podía desarrollarse mediante su expresión en un derecho constitucional positivo (Habermas, 1974, p. 83). Los derechos individuales considerados previos a la autoridad política como tal, resultan “posibles y concretos tan sólo en cuanto estén previstos en la ley” (Fioravanti, 2014, p. 32).

Así, vemos que la incorporación de derechos individuales dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados viene con la consolidación y reforzamiento de los principios del ideario liberal individualista, que abandona la justificación tradicional e histórica de las libertades, y que plantea derechos comunes a todos los ciudadanos por el simple hecho de serlo, sin depender de clases o estamentos (Lara Ponte, 2002). “Así pues, a partir del paradigma iusnaturalista de la igualdad entre los individuos, el constitucionalismo de las revoluciones no solo demanda el

dominio de la ley general y abstracta, sino también [...] un inagotable poder del pueblo para hacer la ley y para disponer de la constitución” (Fioravanti, 2014).

El acto de positivización del derecho natural, principalmente en Estados Unidos y Francia fue una declaración de derechos fundamentales, que, como consecuencia de su concepción revolucionaria, tenía que basarse en la racionalidad y coherencia de la norma fundamental, y en la voluntad de reconocer la autoridad de un poder sancionador que estuviese, él mismo, obligado por dichas normas (Habermas, 1974, p. 86).

Así, los productos de la tradición moderna del derecho natural, el Iluminismo y las declaraciones de derechos, producto de las revoluciones burguesas del siglo XVIII, conciben al hombre como el centro de todos los derechos que, por ende, son oponibles ante los demás, y en contra de un poder público, entendido como opresor de las libertades individuales, accionando de una manera negativa sobre el aspecto positivo del ejercicio del poder.

1.4. Los derechos humanos en el constitucionalismo moderno

Varios ordenamientos jurídicos históricos contienen referencias a la protección de ciertas prerrogativas del ciudadano antes de que la idea de derechos naturales fuera formalmente recogida en los instrumentos jurídicos modernos inspirados en la Escuela de Derecho Natural. En la Carta Magna de Inglaterra en 1215 se establecen ciertas libertades a los habitantes de los feudos, mientras que los Tratados de Paz para Westfalia contienen estipulaciones acerca de libertades religiosas (Pérez Luño, 2004), de la misma forma, otros documentos de las cortes medievales europeas se acercan un poco a lo que sería una incipiente codificación de derechos del ser humano, como es el caso de los Fueros de Aragón (Lara Ponte, 2002). Sin embargo, ninguno de estos documentos

alcanza la verdadera madurez de ordenamientos jurídicos sobre derechos individuales y sus garantías, ya que, en el contexto monárquico medieval, iban encaminados a limitar los poderes arbitrarios de los monarcas, así como al reconocimiento de derechos muy específicos, dirigidos a ciertos estamentos de privilegio y, por tanto, no de observancia general (Lara Ponte, 2002). Por lo tanto, son las constituciones modernas los primeros ordenamientos jurídicos que reconocen derechos fundamentales y otorgan sus garantías.

La positivización del derecho natural moderno sólo puede ser justificada con base en la autonomía e igualdad de los individuos y su participación en la interdependencia racional de normas de derecho natural, por tanto, se concibe como el poder que garantiza derechos producidos por la libre voluntad de los individuos, guiados por un instinto común y racional (Habermas, 1974, p. 85). En la construcción liberal del derecho natural los derechos fundamentales corresponden a leyes de relaciones humanas previas al Estado, la sustancia de estas relaciones se origina en un estado de naturaleza o en una sociedad radicada en la naturaleza, conservada dentro del orden político, el cuál tiene como su único propósito el de preservar dichas leyes (p. 106).

1.4.1. Constitucionalismo liberal

Conforme a las ideas políticas que gestaron los movimientos revolucionarios burgueses iniciados en el siglo XVIII—principalmente en Francia y en las colonias británicas de América—, evoluciona la idea del constitucionalismo liberal, que porta, como su principal estandarte, prerrogativas *erga omnes* que no puedan y no sean obstaculizadas o impedidas por el poder público. Este constitucionalismo concibe a los derechos inherentes al hombre como límite y freno del poder (Segovia, 2004, p. 28).

La Constitución de Virginia de 1776, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, también de 1776, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia de 1789, fueron los primeros instrumentos fundamentales, de tiempos modernos, en proclamar que los derechos naturales debían formar parte, como tales, del derecho fundamental del Estado, y que su protección era la razón de la existencia de éste último (Lauterpacht, 1950, p. 75).

La Constitución de los Estados Unidos de América, de 1787, se convierte en el texto fundamental que da forma al estado federal democrático moderno, incorporando los principios de separación de poderes, soberanía popular, una constitución escrita y el sistema presidencial. Sin embargo, no es hasta la aprobación del *Bill of Rights* de 1791 que se incorpora al texto constitucional la disposición de garantizar derechos y libertades a los ciudadanos, al mismo tiempo de limitar el poder del estado (Kelly & Harbison, 1970).¹⁸

Por su parte, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia—que a la postre se convertiría en el preámbulo de la Constitución Francesa de 1791 (Lara Ponte, 2002, p. 33)—concibe, de manera muy importante, la clasificación de derechos en categorías específicas, como son las de libertad, igualdad, propiedad y seguridad (Segovia, 2004, p. 34). En la Declaración francesa existen “...sólo dos valores político-constitucionales: el individuo y la ley como expresión de la soberanía de la nación”, fijando las coordenadas de un

¹⁸ Se conoce como *Bill of Rights* a las 10 enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos que dan reconocimiento formal a ciertos derechos naturales, en forma de prohibiciones al poder público, de limitar libertades de expresión, prensa, asociación, así como la de portar armas, entre otras. El *Bill of Rights* fue una moneda de pago, por parte de los constitucionalistas, a los opositores del Estado federal, ya que, a la vez de que contenía limitaciones al poder público con relación a las libertades ciudadanas, también imponía límites al poder federal respecto de la soberanía de los estados. Los constitucionalistas consideraban que el texto de la Constitución de los Estados Unidos era suficiente para proteger a los ciudadanos contra abusos del Estado, e incluso se rechazó la incorporación de un preámbulo similar al de la declaración de independencia, en donde se hacía referencia a que la constitución existía en beneficio de los ciudadanos; se creyó que la frase introductoria de la constitución, el “*We the people*”, bastaba para demostrar las bases populares del documento. Empero, después de amplios debates, 12 enmiendas fueron presentadas por el Congreso para someterse a votación de los estados, de las cuales, dos fueron finalmente rechazadas. Virginia, que había sido el primer estado en reconocer derechos fundamentales en su constitución en 1776, se convirtió en el décimo estado en votar el catálogo de enmiendas, y, consecuentemente, en noviembre de 1791, el *Bill of Rights* fue formalmente aprobado como parte de la Constitución de los Estados Unidos (Kelly & Harbison, 1970).

modelo político que libera, tanto al ser humano como a los Estados, de los poderes feudales y señoriales (Fioravanti, 2000, p. 58). En la Declaración, la “ley” se entiende como límite al ejercicio de las libertades, pero también, como garantía de que esos límites sólo provendrán del legislador, rechazando cualquier criterio estamentario, pero a la vez, enalteciendo el “gran mito” de la revolución y la Declaración Francesas “...del legislador que encarna la voluntad general, [y] que habla la lengua nueva de la generalidad y la abstracción” (pp. 60-62).

Si bien es cierto que los documentos americanos fueron primeros en tiempo, la revolución francesa y su Declaración se consideran como los hechos más determinantes e influyentes del constitucionalismo moderno y de los *Dh*. Esto, quizá, por la diferencia en los motivos y el contexto en el que ambas ocurrieron, siendo una—la francesa—un movimiento que intentaba dismantelar un régimen y una tradición política y jurídica e instaurar una totalmente nueva, mientras que la otra—la estadounidense—buscaba romper la hegemonía de una potencia hacia la autodeterminación, pero no necesariamente hacia la instauración de otro régimen de derechos. La tradición del iusnaturalismo lockiano a través del “...binomio británico *liberty and property*” difiere de la revolución, que, como tal, “...jamás podrá ser un instrumento de conservación de los derechos y libertades que se piensan ya existentes autónomamente” (Fioravanti, 2000, p. 64).

Ya que en las colonias británicas de América no existió—como tal—una ruptura con un régimen preexistente, la revolución abrazó la tradición del *common law* y el patrimonio de derechos y libertades naturales, y del contrato social de Inglaterra, en tanto los consideraba amenazados por un gobierno—o parlamento—ajeno y distante (Fioravanti, 2000; Habermas, 1974). Aquí, se marca la diferencia más grande entre Francia y Estados Unidos, uno planteando la ruptura, y otro, en defensa de la tradición (Fioravanti, 2000), e incluso, tanto en la redacción como

en el significado de sus declaraciones de derechos, se hayan implícitas dos distintas construcciones de derecho natural de la sociedad burguesa (Habermas, 1974, p. 91).

Sin embargo, ambas tradiciones se van entremezclando hasta generar una doctrina única de los *droits / rights*, que da primacía a los derechos sobre el poder público (Fioravanti, 2000).¹⁹ Así, el constitucionalismo liberal comprende a un “individuo autosuficiente, dueño de su libertad que no necesita ser liberado porque ha nacido libre y con derechos innatos”, por lo cual, las declaraciones de derechos “no hacen más que reconocer una situación en la que el sujeto de derecho, el individuo, ya posee el objeto de su derecho” (Segovia, 2004, pp. 30-31). La ley no es la creadora de los derechos sino el instrumento encargado de reconocerlos y garantizarlos.

Los *Dh* liberales no requieren una actuación positiva del Estado, al contrario, dependen enteramente de que éste no los entorpezca. Como lo hizo claramente la declaración francesa, estos derechos se entienden clasificados en categorías concretas:

- a) Aquellos derechos que se encuentran dentro de la categoría de los de libertad, son en un principio negativos, toda vez que dependen, enteramente, de una ausencia de obstáculos, ya sea sociales o legales, para lograr el despliegue de la individualidad (Segovia, 2004).
- b) Los derechos que salvaguardan la igualdad la entienden como el estatus igualitario de todos los ciudadanos ante la ley, además de una igualdad política que se entiende como

¹⁹ Como explica Fioravanti (pp. 76-77), la experiencia francesa, en su necesidad de ruptura con el régimen preexistente, se enfrentó a la dificultad de establecer, de manera sólida, los derechos y libertades que propugnaba, y, ante esto, termina por enaltecer la figura de un “legislador virtuoso”, generando una “soberanía del poder constituyente o de los poderes constituidos”, y debilitando, así, la garantía de los derechos. Por consiguiente, si entendemos al constitucionalismo moderno como una limitación de poder con una finalidad específica de garantía de derechos, entonces, éste habría nacido “no con las Declaraciones de derechos de la revolución francesa, sino más bien con la Constitución federal americana” (p. 77).

la capacidad similar—en este caso no siempre de todos los ciudadanos—de participar en política (C. Martin, 1926, p. 293). Esto último no podría comprenderse sino por la existencia de aquellos privilegios de determinadas clases sociales, cosa común en aquel momento histórico.

- c) Finalmente, la propiedad esquematiza y sustenta el movimiento liberal, ya que es la base económica y social de los Estados de la época (C. Martin, p. 283), y desde esta perspectiva, no es más que la capacidad de poseer lo que por naturaleza pertenece al ser humano.

En este contexto se esparce el deseo de dejar atrás la fase revolucionaria y “...abrir una época de progreso gradual, de certeza sobre la propiedad y de estabilidad de las soluciones políticas e institucionales” (Fioravanti, 2014, p. 43). Esta nueva fase de consolidación de los Estados, con base en la Constitución, muy pronto se vio bajo una fuerte reflexión, ante el surgimiento de los Estados totalitarios y frente la serie de sucesos que marcaron los inicios del siglo XX, que llevaron a cuestionar el modelo liberal constitucional y que, a la postre, marcaría la “génesis de las constituciones democráticas” (p. 54).

1.4.2. Constitucionalismo social

Una vez que se consolidaron los regímenes jurídicos liberales y los derechos de libertad, la humanidad se enfrentó a uno de los más grandes problemas del Estado moderno. El mundo en plena expansión y consolidación capitalista afrontó problemas de deshumanización ante la generación de una nueva sociedad industrial, en la que la persona quedó en segundo plano, en la

que se concebía al trabajador como instrumento en el proceso productivo, y en donde las clases que ostentaban los medios de producción acumulaban cada vez más la riqueza; y la desigualdad social se extendía y crecía por todo el mundo.²⁰ Ante tal situación surgieron diversas corrientes intelectuales que comenzaron a idear nuevos esquemas económicos y sociales, en los cuales, los diferentes sectores de una única sociedad, participen de manera más igualitaria.²¹

Marx critica a los movimientos revolucionarios burgueses—y su base iusnaturalista moderna—como emancipadores de los ciudadanos pero no de los seres humanos, reconocidos como libres e iguales ante la ley, y al mismo tiempo ataca a la misericordia de una sociedad de intercambio comercial; de tal forma, ante la revolución burguesa que emancipó jurídicamente a los ciudadanos, la revolución proletaria había de emanciparlos socialmente (Habermas, 1974, pp. 111-112).²²

El debate y la crítica hacia el capitalismo por parte de las teorías socialistas y comunistas dieron forma a los llamados Estados Sociales de Derecho y generaron el constitucionalismo social, el cual “coincide con la formalización de las teorías del Estado y de los derechos públicos subjetivos” (Segovia, 2004, p. 44). Las normas de derechos fundamentales que rigen a los Estados

²⁰ La segunda mitad del siglo XIX y los inicios del siglo XX marcan una época de altos niveles de desigualdad y extrema concentración de la riqueza. Al respecto Piketty (2014, p. 8) comenta: “The data [...] reveal no structural decrease in inequality prior to World War I. What we see in the period 1870-1914 is at best a stabilization of inequality at an extremely high level, and in certain respects an endless inegalitarian spiral, marked in particular by increasing concentration of wealth”.

²¹ No debe olvidarse que la parte más importante de este debate surgió desde el campo de la economía antes que de la política y el derecho. Al respecto—nuevamente desde la perspectiva económica—Piketty (p. 8) comenta: “...capital prospered in the 1840s and industrial profits grew, while labor incomes stagnated. This was obvious to everyone [...] It was in this context that the first communist and socialist movements developed. The central argument was simple: What was the good of industrial development, what was the good of all technological innovations, toil, and population movements if, after half a century of industrial growth, the condition of the masses was still just as miserable as before [...] The bankruptcy of the existing economic and political system seemed obvious”.

²² Marx hace eco de la crítica hegeliana al iusnaturalismo al afirmar que la filosofía del derecho especulativa, en la que se basa el pensamiento extravagante del estado moderno, es posible sólo ignorando al hombre real, o bien, concibiendo a un hombre en la imaginación (Marx, 1973). Para él, la Ley Natural no puede reducirse simplemente a la interrelación social de los intereses, al contrario, va más allá de la ideología burguesa, y sólo puede realizarse, en serio, por una interpretación en términos de las relaciones sociales concretas (Habermas, 1974, p. 118).

sociales se relacionan dialécticamente con las construcciones de derecho natural que les dieran origen; ahora su función debía ser transformada bajo las condiciones sociales existentes, los derechos no podían estar aislados del contexto de intereses sociales y debían ser concebidos históricamente (Habermas, 1974). Estas teorías finalmente crean el constitucionalismo social y los llamados derechos sociales o de segunda generación.

La nueva aventura constitucional empieza a materializarse con las primeras revoluciones sociales del siglo XX y sus posteriores ordenamientos: México en 1910—con la primera Constitución social en el mundo, promulgada en 1917—; la Rusia Zarista transformada, por la revolución de octubre de 1917, en la República Socialista Federativa Soviética de Rusia—y posteriormente en parte de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, con su constitución de 1918—; además de la constitución de Weimar en Alemania de 1919, son, todas, ejemplo de la nueva preocupación de una sociedad que comenzaba a interesarse en grupos y sectores que necesitaban de una protección especial (Pérez Luño, 2004).

En el estado social los “derechos individuales se socializan, por caso, el trabajo, la salud, la educación y la propiedad... [y]...surgen nuevos sujetos de derecho” (Segovia, 2004, p. 45). Los nuevos sujetos de derecho que se elevan a la par del individuo, sujeto clásico en la tradición jurídica, se convierten en los principales destinatarios, a saber, sindicatos, confederaciones obreras, y comunidades agrícolas. Los derechos sociales se justifican desde una nueva visión del hombre y de la sociedad, que no depende, ya directamente, de las potencialidades humanas, sino que supone, por consiguiente, una comunidad humana en tránsito hacia una justicia social, dejando atrás la justicia conmutativa individual (Segovia, 2004). Los derechos sociales se conciben como protectores y garantes de una necesidad de previa existencia, y que es producto de la misma

sociedad, por tanto, es ella la que tiene la obligación de satisfacer la necesidad que ha creado (Segovia, 2004).

De esta manera, siendo derechos de garantía de necesidades de determinados grupos sociales plenamente identificables, y siendo sus carencias producto de las propias desigualdades sociales, el Estado se erige como aquel encargado y obligado de procurarlos a satisfacción, ya no, como en el caso de los derechos o libertades clásicos, obligado a no intervenir, sino, como artífice directo de su cumplimiento, buscando la compensación de diferencias por motivo de clase. El Estado se convierte en el instrumento por medio del cual se busca la justicia y, así, se vuelve el obligado principal de su cumplimiento. Este impulso se entiende ya que son garantías de posesión futura y carecen de operatividad propia, de ahí su necesidad del mecanismo de acción que los actualice (Segovia, 2004).²³

Una vez puesta en marcha la carrera por los derechos sociales, el mundo atraviesa por una serie de graves crisis. Una primera guerra mundial, un periodo post-guerra de fracasos económicos y políticos que no consolidan una verdadera paz, y el estallido de una nueva guerra mundial. Después de la segunda guerra mundial los organismos internacionales y la comunidad en general, con el objetivo de consolidar un régimen de protección a los derechos fundamentales, dan forma a los derechos económicos y culturales a través de sus textos, los cuales se desarrollan a la par de los derechos sociales. De tal forma, los derechos económicos, sociales y culturales, ausentes en la primera generación de Estados liberales, se convierten en el complemento natural de los derechos individuales y políticos, convirtiéndose en los *Dh* de segunda generación.

²³ Para efectos de contrastar la opinión generalizada, me permito mencionar la crítica a los derechos sociales que desarrolla Pereira Menaut (2005), considerándoles un conjunto de prerrogativas que no resultan imprescindibles para la vida constitucional, ya que no forman un conjunto conceptual único—y que sencillamente consisten en prestaciones, directrices o aspiraciones de contenidos varios—, que muchos de ellos no son derechos en sentido estricto, y que no consisten en verdaderas libertades constitucionales. El autor agrega que “...estos derechos no tienen una importancia decisiva para el constitucionalismo [...] [d]e hecho no son inherentes a la idea de la Constitución, siendo perfectamente concebible una constitución sin derechos sociales” (Pereira Menaut, 2005).

1.4.3. Constitucionalismo de bienestar

La incursión de los *Dh* en el concierto internacional, a la par de los avances tecnológicos durante la segunda mitad del siglo XX, dan forma a lo que ahora se considera una tercera generación de *Dh*. La llamada tercera generación de derechos, o los nuevos *Dh*, van de la mano con los descubrimientos científicos y tecnológicos de los últimos tiempos, así como con la nueva dinámica de vida social en la que se enfrentan factores y fuerzas en constante choque, provocando, cada vez más, necesidades sociales y, por tanto, una urgencia de satisfactores jurídicos acordes (Segovia, 2004). Los nuevos derechos ya no caben en la distinción tradicional, hay derechos de individuos, de colectividades, derechos concretos y abstractos, muy distintos a aquellos que se planteaban como derechos individuales y derechos sociales. Los también llamados derechos de solidaridad van evolucionando desde la segunda mitad del siglo XX, cuando los avances en el campo de las tecnologías y la ciencia se combinan con el reclamo de colectividades determinables por sus características, como minorías étnicas, culturales y religiosas, grupos generacionales y sociedades enteras de víctimas de la desigualdad social y económica.

Así, tenemos una serie de derechos que se encuentran sujetos a debate y sin aceptación universal—al menos no todos: derechos de los pueblos, de cooperación, de solidaridad; derechos de tercera generación que se materializan por ejemplo en derechos a la libre orientación o identidad sexual, a la reproducción libre con asistencia de la ciencia; a un medio ambiente adecuado; derechos abstractos como a la paz o a la adecuada utilización de los recursos tecnológicos (Sánchez Ferríz, 2004); y en informática se habla de una cuarta generación de derechos, protegiendo la libertad informática, así como la intimidad ante ésta (Bustamante Donas, 2001).

2. EL FIN DE LA ERA DEL ESTADO: CONSOLIDACIÓN PROGRESIVA Y TRIUNFO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El proyecto jurídico derivado de las revoluciones burguesas creó el Estado moderno, encumbrando a la Constitución como ordenamiento supremo para garantizar unidad y cohesión a lo interno, pero también para evitar abusos del poder en contra de sus ciudadanos. El reconocimiento a los derechos individuales en los instrumentos jurídicos fundamentales representó ese espacio en la modernidad que conjuntó a las instituciones jurídicas con las aspiraciones de la filosofía política (Douzinas, 2000, p. 18), creando, como tal, el concepto político-jurídico-filosófico que a la postre sería conocido como *Dh*.

Sin embargo, la convergencia entre filosofía, política y el constitucionalismo que estableció la modernidad política y jurídica, no fue permanente, encontrando, pronto después, un nuevo punto de divergencia ante la crisis del Estado moderno (Douzinas, 2000, p. 18). Cuando el régimen de protección de derechos fundamentales, planteado por las constituciones modernas, se vio afectado por el abuso del poder y el uso de la fuerza por parte del Estado, los incipientes *Dh* se vieron orillados a buscar nuevos canales de desarrollo.

A pesar de la gran evolución que tuvieron los *Dh* históricamente, pero con mayor fuerza desde el siglo XVIII, fue su reivindicación en el concierto internacional, en la segunda mitad del siglo XX, el factor más importante para su desarrollo progresivo, al mismo tiempo que se convirtió en un factor decisivo en el propio crecimiento del *Di*.

A raíz de una de las etapas más lamentables en la historia humana—la Segunda Guerra Mundial—la comunidad internacional buscó establecer nuevos mecanismos institucionales para

afianzar el régimen de protección de derechos individuales. Una vez más, la política, la filosofía y el derecho convergían en la nueva configuración de los *Dh* (Douzinas, 2000, p. 18).

Así, 1945 marca el punto de llegada de la doctrina de los *Dh* al orden internacional mediante la firma de la Carta de las Naciones Unidas, y marca, también, el punto de partida del *Di* de los *Dh* (Cassese, 2005, p. 375).²⁴

2.1. La protección internacional de los derechos humanos

El *statu* actual de los *Dh* está profundamente influenciado, en su devenir histórico, por la incursión en el *Di* a través de su reivindicación mediante instrumentos internacionales, así como por la interpretación de tribunales supranacionales. Aunque la preocupación por la protección de los derechos de los seres humanos no es algo nuevo—como se ha demostrado—, el grado de involucramiento internacional que conocemos actualmente si puede concebirse relativamente reciente, en una actualidad donde la comunidad de naciones ha aceptado una agenda común, orientada hacia el reconocimiento y protección de derechos individuales, al menos en teoría. De tal forma, se consolidan los *Dh* dentro del *Di* como normas que deben ser obedecidas en todo momento, y que deben ser respetadas y garantizadas a todo individuo, por lo que aquellos principios discutidos desde siglos atrás, se vuelven uno de los principales motores del desarrollo del *Di* contemporáneo y de las relaciones internacionales en general.

²⁴ Al finalizar la segunda guerra mundial, dos fueron los hechos que cambiaron completamente el *statu* de los individuos en el *Di*: los juicios de Nüremberg y Tokio, y la condena contra los crímenes de guerra; y el deseo de prevenir que dichos crímenes se repitieran, mediante la generación de instrumentos jurídicos internacionales (Shelton, 2008).

2.1.1. El sistema universal de protección a los derechos humanos

Pocas ramas del *Di* han experimentado un crecimiento y evolución tan grande como la de los *Dh*, la cual no se estructura, por completo, sino hasta después de la segunda guerra mundial (Buerghenthal, 2006). Como comenta Buerghenthal (p. 783) antes de eso, lo que hoy conocemos como *Dh*, consistía en principios jurídicos difusos o no relacionados, y mecanismos institucionales que, de una u otra forma, estaban diseñados para proteger a determinadas categorías o grupos de seres humanos .

La nueva fase de reconocimiento universal le dio a los individuos un régimen de derechos dentro del *Di* y los medios para la reivindicación de los mismos en el plano internacional. Este proceso progresivo ocurrió, en general, en cuatro etapas: a) la afirmación de la preocupación universal de los *Dh* a través de la Carta de la ONU; b) la enumeración de dichos derechos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos [en adelante DUDH]; c) el desarrollo de esos derechos en los pactos de derechos civiles y políticos, y el de económicos, sociales y culturales; y d) la serie de declaraciones y tratados posteriores con asuntos de relevancia (Shelton, 2008).

Los instrumentos y organizaciones surgidos en el seno de la ONU, y que se encargan de la salvaguarda de los *Dh*, conforman lo que se conoce como el sistema universal de *Dh*. El sistema universal se compone de órganos como el Consejo de Seguridad, la Comisión de Derechos Humanos y su sucesor el Consejo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos, la OHCHR, y los tribunales internacionales pertenecientes al sistema, como la Corte Internacional de Justicia [en adelante ICJ por sus siglas en inglés], la Corte Penal Internacional [en adelante ICC por sus siglas en inglés] y otros tribunales especiales (Steiner, 2006, p. 758).

2.1.1.1. La Carta de las Naciones Unidas

Firmada en San Francisco, California, Estados Unidos, y entrando en vigor el 24 de octubre de 1945, la Carta de las Naciones Unidas crea la ONU—sucesora del proyecto fracasado de la Liga de las Naciones, creada como respuesta a la Primera Guerra Mundial—con la intención de fomentar un ambiente de convivencia y cooperación entre las naciones mediante el respeto mutuo y el apego al *Di* (Asamblea General, 1948).

La también llamada Carta de San Francisco, además de regular de manera general la convivencia entre los Estados, incorpora, de forma específica, disposiciones relacionadas con los *Dh*. Así, la Carta de la ONU reúne ciertos principios, que son la principal preocupación de la comunidad internacional después de lo acontecido en la primera mitad del siglo XX, uno de ellos—y quizá el más importante—, es el de la defensa de los *Dh*.

Aunque la Carta hace mención de derechos que se convierten en preocupación primordial de la Organización, la naturaleza de dicho instrumento hizo imposible el agotamiento del tema de los *Dh* en su texto, y quedó como la enumeración de algunos principios y prerrogativas que son puestos en el primer plano de las obligaciones de la naciente organización y de las naciones del orbe. Dicen Buergenthal & Maier (1990, p. 118) que lo que distingue a las provisiones relativas a los *Dh* que establece la Carta de la ONU con otros acuerdos internacionales previos o con costumbre internacional preexistente, es el alcance general de la primera, ya que aquellos derechos concebidos previamente por diversos instrumentos internacionales, estaban diseñados para proteger ciertas categorías de seres humanos o para garantizar sólo ciertos tipos de derechos. La Carta de las Naciones Unidas no impone ese tipo de limitaciones, sino que al contrario, se plantea

para todos los seres humanos de todas las naciones, estableciendo principios que constituyen obligaciones jurídicas para la ONU y sus miembros (Sorensen, 1985, p. 117).

Las amplias y constantes referencias respecto a los *Dh* de la Carta resultaban insuficientes para realizar el ideario de la ONU, y se hacía necesario abundar más su tratamiento, análisis y protección.²⁵ Ante esta necesidad y en vista de que la Carta no proveía los elementos necesarios para tal fin, se crea en 1946 la Comisión de Derechos Humanos a la que, dentro de sus demás tareas, se le encargó la formulación de una declaración de derechos del ser humano, misma que redacta y aprueba el 10 de diciembre de 1948, bajo el nombre de “Declaración Universal de los Derechos Humanos” (Asamblea General, 1948).

2.1.1.2. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*

La DUDH es un documento con carácter no vinculante,²⁶ en el cual se incluyen grupos de derechos civiles, políticos, sociales y culturales, los que se plasman de manera general hacia todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, lengua o religión (Asamblea General, 1948), como también lo planteara en un principio la Carta de la ONU (1945).²⁷

La redacción de la DUDH está formulada en términos muy generales, sin ser exhaustiva en especificidad, por lo cual no se habla de un documento que regule de manera delimitada los *Dh* a nivel global. Sin embargo, hay que decir que, a través de los años, ha adquirido un rango de

²⁵ Uno de los principales responsables de este logro fue Hersch Lauterpacht, quien pugnó por la creación de una Declaración Internacional de los Derechos del Hombre para ser incluida dentro de la Carta de la ONU, aunque, en un principio, esto no fructificó (Crawford, 2012, p. 634).

²⁶ Como mencionan Simma & Alston (1988-1989, p. 90), la DUDH habría adquirido un status de costumbre internacional “*en bloc*”. Esta misma, así como los *Dh* que postula, han sido considerados como norma perentoria de derecho internacional—o *ius cogens*—, debido al amplio consenso de las naciones en los principios que la Organización y la misma Declaración postula (Bianchi, 2008).

²⁷ Al respecto se pueden consultar los artículos 1(3); 13(1), y 55(3) (ONU, 1945).

autoridad en la interpretación y definición de *Dh*, mismos que deben ser observados por los países firmantes de la Carta de las Naciones Unidas según lo estipulado por los artículos 55 y 56; y de manera general, por todos los países del mundo (Shaw, 2005). La Declaración es, entonces, el documento concebido como punto de partida en la interpretación y definición de los *Dh*, y, a través de ella, cada Estado debe adaptar su accionar, limitando las facultades de poder que puedan resultar violatorias, así como adaptar sus legislaciones a los presupuestos de la misma.

2.1.1.3. La Carta Internacional de los Derechos Humanos

Una vez establecidas las bases, mediante la Carta de la ONU y la DUDH, el siguiente paso fue concretar los *Dh* de manera progresiva (Nikken, 1987), mediante instrumentos e instituciones idóneos para la consecución de los fines planteados por las naciones, convenidos y aceptados por la comunidad internacional. Ante la necesidad de concretar y complementar el contexto de los derechos planteados en la DUDH, a la postre, se fueron creando distintos instrumentos internacionales los cuales le otorgaron a los *Dh* la operatividad de la que gozan actualmente.

Algunos tratados son considerados las bases fundamentales en el desarrollo internacional de los *Dh*. Tal es el caso del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General, 1966b), que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 en el seno de la Asamblea General de la ONU. Su texto se enfoca en derechos como la igualdad ante la ley, el derecho a juicio imparcial y la presunción de inocencia, a la libertad de pensamiento, conciencia, religión, expresión y opinión; a la reunión pacífica; a la libertad de asociación y de participación en la vida pública; a la participación en las elecciones; y la protección de los derechos de las minorías. A su vez, prohíbe la privación arbitraria de la vida; las torturas y los tratos o penas crueles o degradantes; la

esclavitud o el trabajo forzado; el arresto o detención arbitrarias y la injerencia arbitraria en la vida privada; la propaganda bélica y la instigación al odio racial o religioso.²⁸

Otro instrumento considerado base fundamental de los *Dh* es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Asamblea General, 1966a), que entró en vigor el 3 de enero de 1976. Dicho instrumento promueve el derecho al trabajo en condiciones justas y favorables; el derecho a la seguridad social, a un nivel de vida adecuado y a los niveles más altos posibles de bienestar físico y mental; así como el derecho a la educación y el disfrute de los beneficios de la libertad cultural y el progreso científico.²⁹

La DUDH junto con el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sus protocolos adicionales, conforman la llamada Carta Internacional de los Derechos Humanos (ONU, 2014).³⁰

²⁸ El texto de su preámbulo reconoce que "...con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales", y considera "...que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos" (Asamblea General, 1966b). Se le suman además, dos protocolos adicionales: el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 diciembre de 1966, y el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, de 15 de diciembre de 1989.

²⁹ Su preámbulo comparte los mismos términos que el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General, 1966a).

³⁰ La Carta Internacional de los Derechos Humanos es complementada por diversos instrumentos internacionales relativos a *Dh* aprobados bajo el marco de la ONU. Entre ellos podemos nombrar como los más importantes: La Convención sobre el Genocidio de 1948, la Convención Internacional en la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, la Convención sobre los derechos políticos de las mujeres de 1953, y la Convención Internacional sobre la supresión y castigo del crimen de Apartheid de 1973, entre muchos otros (ONU, 2014).

2.1.2. Los sistemas regionales de protección a los derechos humanos

Además de los organismos citados y del sistema de protección establecido por la ONU, existen sistemas de protección regional de *Dh* que han desarrollado métodos propios y generado sus instrumentos jurídicos respectivos (Shelton, 2008).³¹

Como explica Shaw (2005, p. 1168), el surgimiento y proliferación de instituciones regionales de *Di*, que convocan estados por motivos geográficos o ideológicos, se debe, en gran parte, a asuntos políticos como la guerra fría, las limitantes de autoridad del Consejo de Seguridad de la ONU, la descolonización, entre otros. En el caso de los *Dh*, la concreción de su protección mediante ordenamientos jurídicos ha sido un tema por demás complicado, ya que, si bien resulta una categoría de referencia ‘conveniente’, puede ser también una fuente importante de confusión, en tanto que surgen en contextos específicos y deben ser resueltos con base en ordenamientos jurídicos aplicables—nacionales o internacionales—(Crawford, 2012, p. 634). La oposición a la concreción de las normas de *Dh* mediante la adjudicación ha sido tan grande, que los organismos del sistema universal han servido simplemente de meros monitores de la materia, sin embargo, los mecanismos regionales son los que se han encargado de establecer medios, relativamente eficaces—primordialmente judiciales—, para proteger y castigar violaciones de *Dh* por parte de los Estados (Cassese, 2005, pp. 386-398).

Actualmente existen tres sistemas de protección de los *Dh*—diferentes a aquel instaurado por la ONU—, establecidos en función geográfica, y ubicados en Europa, América y África. Estos llamados sistemas regionales de protección a los *Dh* se han consagrado en el seno de diferentes organizaciones internacionales, como el Consejo de Europa [en adelante COE por sus siglas en

³¹ Para una profundización mayor en el tema de los sistemas regionales de protección a los *Dh* se recomienda la obra *Regional Protection of Human Rights* de Shelton (2008).

inglés], la Organización de Estados Americanos [en adelante OEA] y la Organización de la Unidad Africana [en adelante OAU por sus siglas en inglés]—que fuera reemplazada posteriormente por la Unión Africana—, organizaciones de carácter meramente político y de cooperación, que, al igual que la ONU, debieron crear sus propios instrumentos y organizaciones encaminados a la protección de los *Dh*.

Los instrumentos principales—más no únicos—de los llamados sistemas regionales de protección a los *Dh* son el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Council of Europe, 1950), que creó la Comisión Europea de Derechos Humanos [en adelante CEDH] y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [en adelante TEDH];³² la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (OEA, 1969), que crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [en adelante CIDH] y la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en adelante Corte IDH]; y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos o Carta de Banjul (OAU, 1981), que crea la Comisión de los Derechos del Hombre y de los Pueblos [en adelante ACHPR por sus siglas en inglés].

2.1.2.1. Sistema europeo

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales—también llamado Convenio Europeo o Convenio de Roma—fue firmado en la ciudad de Roma, Italia, el 4 de noviembre de 1950 (Council of Europe, 1950). Este instrumento, que crea el sistema europeo de *Dh*, es, sin duda, el instrumento regional más importante, debido a

³² Para la citación correcta de la jurisprudencia de este tribunal, en la bibliografía también uso el acrónimo de ECHR, por sus siglas en inglés.

su primacía en tiempo para la protección de los *Dh*. Mediante el Convenio Europeo se crearon la CEDH y el TEDH.

La CEDH, con sede original en Estrasburgo, Francia, fue creada en 1954 con el fin de recibir todas las denuncias por violaciones a *Dh* y realizar un proceso de investigación en el que se perseguía antes, que nada, la solución amistosa. Al concluir los procedimientos, la CEDH podía emitir recomendaciones a los Estados, y, en todo caso, podía instituir procedimientos en contra de éstos ante el TEDH si consideraba que sus recomendaciones no habían sido satisfechas (Valencia Villa, 2006).

Aparte del Convenio, el sistema europeo ha creado trece protocolos que, de alguna u otra manera, han ido modificando su forma de actuar (Shelton, 2006). El protocolo adicional No. 11, sin duda uno de los que modificaron de manera más profunda el sistema, estableció nuevas reglas en cuanto a los procedimientos, y cambió, casi por completo, la concepción tradicional de la protección jurídica internacional de los *Dh* (Shaw, 2005). Uno de esos cambios fue la desaparición de la CEDH en 1998, por lo que la facultad directa de recibir denuncias fue depositada enteramente en el TEDH, mientras que el Consejo de Ministros de Europa, otro de los organismos integrantes del sistema, con el tiempo, también ha ido perdiendo casi todas sus funciones (Valencia Villa, 2006).

El TEDH—conocido también como Tribunal de Estrasburgo—, con sede en la ciudad de Estrasburgo, Francia, se estableció en 1959 por virtud de la firma del Convenio Europeo (Council of Europe, 1950), y se ha dedicado a desarrollar una doctrina importante en el campo de los *Dh*, y, como tal, ha permeado en el *Dn* de los países del viejo continente.³³ En 1998 los organismos

³³ La inserción de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo en el *Dn* enfrenta retos importantes a la hora de su materialización. Es evidente la discrepancia que pudiere presentarse entre la jurisprudencia del propio órgano jurisdiccional con la labor de los tribunales nacionales, ya que las decisiones que emite el Tribunal Europeo son vinculantes a los Estados, no obstante que las Cortes locales se hayan pronunciado de diferente manera (Díaz Revorio,

originales como la CEDH y el TEDH dejaron formalmente de existir y se instauró una nueva corte permanente única—nueva en el sentido nominal, ya que subsumió al antiguo TEDH—, que se compone de un número de jueces igual al de las partes contratantes del Convenio—en total cuarenta y siete países hasta el año 2019—que son electos por el COE por un periodo de nueve años (Shaw, 2005, p. 324). El TEDH se puede reunir en comisiones de tres jueces, en cámaras de siete, en una Gran Cámara de diecisiete, y en pleno, para cuestiones de reglas procedimentales y de elección de Presidentes y Vicepresidentes (pp. 325-326).

2.1.2.2. *Sistema interamericano*

Al término de la Segunda Guerra Mundial, los Estados americanos celebraron, entre febrero y marzo de 1945, la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz en la Ciudad de México—conocida como Conferencia de Chapultepec—, en la que se aprueba la Resolución XL sobre “Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre”, que proclama “la adhesión de las Repúblicas Americanas a los principios consagrados en el Derecho Internacional para la salvaguardia de los derechos esenciales del hombre” y se pronuncia en favor de un sistema de protección internacional (Stoetzer, 1993, p. 244). Dicha conferencia encomendó la redacción de un anteproyecto de declaración al Comité Jurídico Interamericano, quien inició los trabajos que concluyeron con la presentación del proyecto de Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobado en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948 (OEA, 2014). La Declaración Americana de 1948,

2004, p. 20). Esto se debe, como bien lo menciona Díaz Revorio (pp. 32-33), en parte, a la diferencia que existe en la regulación y garantía concreta de los *Dh* en los sistemas nacionales con el ámbito internacional, lo cual, no ha sido solucionado en su totalidad, aún y cuando el mismo Convenio estipula la aplicación del principio de la norma más favorable, o principio *pro personae* [en adelante *ppp*].

aprobada en la capital colombiana, se convirtió en el primer instrumento internacional del tipo, incluso anterior a la DUDH.

Posteriormente, dentro de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Santiago de Chile en agosto de 1959, se tomó una resolución que declara que después de los avances alcanzados con motivo de la Declaración, y de aquellos alcanzados a nivel internacional, es viable que se redacte un instrumento con el carácter de Convención (OEA, 2014).

En esa misma reunión, fue creada la CIDH, con las funciones de promover la observancia y defensa de los *Dh* y servir a la OEA como órgano consultivo, y se constituyó en un órgano principal de dicha organización con una reforma de su Carta constitutiva bajo el Protocolo de Buenos Aires de 1967 (OEA, 2014; Stoetzer, 1993). También, el proyecto de Convención fue analizado, discutido y sometido a revisión, surgiendo un nuevo proyecto (Stoetzer, 1993).

Para efectos de su revisión, se realizó la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969 (Stoetzer, 1993), donde, finalmente, se adoptó, el 21 de noviembre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, la cual completó el marco del sistema interamericano de los *Dh* (OEA, 2014).

El sistema interamericano está encabezado por la CIDH, con sede en Washington D.C., y tiene el deber de la promoción y la protección de los *Dh*, ya sea de oficio o a petición del ofendido de manera contenciosa. En su actuación contenciosa, un particular interpone una denuncia en contra de un Estado, y se lleva a trámite un procedimiento de investigación, durante el cual se buscará una solución amistosa, misma que, de no lograrse, concluirá en una resolución y, en todo

caso, en una recomendación al Estado, que si no es cumplida a satisfacción, puede dar lugar a una denuncia frente a la Corte IDH (OEA, 1969).

El órgano jurisdiccional del sistema interamericano es la Corte IDH, creada por virtud del Pacto de San José (Art. 33), que le reconoce como órgano competente para conocer de todos los asuntos relacionados con las obligaciones derivadas de la aplicación de la Convención. La Corte IDH fue instaurada hasta la entrada en vigor del Pacto de San José en 1979, y su sede fue ubicada en la ciudad de San José, Costa Rica. En lo relativo a su composición, se desprende del Pacto de San José que la Corte estará formada por siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos para un período de seis años (OEA, 1969, 1979). La Corte IDH tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto de San José que le sea sometido, siempre que los Estados parte en el caso, hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ya por declaración especial, o por convención especial (OEA, 1969 Art. 62.3). Conviene remarcar, que sólo los Estados parte y la CIDH, tienen derecho a someter un caso a la Corte IDH, y que, a diferencia de la CIDH la Corte IDH no es un órgano principal, sino convencional, y, debido a esto, sólo puede ejercer su jurisdicción contenciosa sobre los Estados que expresamente han aceptado su competencia (Arts. 52, 54, 61). La Corte IDH tiene un doble ámbito jurisdiccional, esto es, una jurisdiccional propiamente dicha, y otra consultiva (OEA, 1979). La primera conoce de demandas presentadas en contra de los Estados por presuntas violaciones a los *Dh*, mientras que su función consultiva consiste en la emisión de una opinión sobre algún tema general de *Dh* que presenta un Estado para el análisis, según lo establecido en los artículos 61, 62 y 64 del Pacto de San José y el artículo 2 del estatuto de la Corte IDH (OEA, 1969, 1979).

2.1.2.3. Sistema africano

Los orígenes del sistema africano datan de una serie de conferencias en los años cincuenta y sesenta, enfocadas primordialmente en la liberación de los países que se encontraban aún colonizados por potencias europeas, para organizarse y encabezar una revolución pacífica (Shelton, 2008, p. 87).

En la Carta de la Unidad Africana (OAU, 1963) aún no se encontraban disposiciones muy precisas sobre *Dh*, y no fue sino hasta la aprobación de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos o Carta de Banjul (OAU, 1981), que se incorporan estos principios de manera más formal—ante el impulso de la ONU, de organizaciones de la sociedad civil y de algunos líderes africanos (Shelton, 2008, p. 86).

La Carta de Banjul crea el sistema africano de *Dh*, que se compone, en un principio, por la Asamblea de Jefes de Estado o de Gobierno, y la ACHPR (OAU, 1981). Teniendo toda la autoridad de carácter político la Asamblea, la ACHPR se dedica a analizar y estudiar los informes presentados por los gobiernos y a atender denuncias individuales o de parte de un gobierno contra otro, pero, una vez terminadas sus investigaciones, solamente emite recomendaciones a la Asamblea, quien se encarga de ejecutar las medidas pertinentes (Valencia Villa, 2006). La ACHPR tiene su sede en Banjul, Gambia, lugar donde fue firmada la Carta.

El órgano jurisdiccional del sistema africano, el Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos, se estructuró mediante un protocolo adicional a la Carta de Banjul (OAU, 1998), configurando una analogía entre los tres sistemas de protección existentes en el mundo, con una Comisión como en América—y en un principio en Europa—y una Corte. Aunque el Tribunal Africano aún no se ha establecido materialmente, ni ha entrado en funciones, entre sus

atribuciones está contemplado recibir denuncias, en las que establecerá procedimientos jurisdiccionales, siempre y cuando no sean denuncias anónimas, se basen en la Carta Africana y no se fundamenten en escritos de prensa (Valencia Villa, 2006).³⁴

2.1.3. Otros sistemas de protección de derechos humanos

Caso curioso es el de Asia, en donde, a pesar de intentos de la ONU y de organizaciones de la sociedad civil, no se ha podido establecer un sistema propio de protección de *Dh* (Shelton, 2008, p. 1055). No obstante que se han aprobado algunos documentos y se han realizado grandes foros, al momento, no parece viable la instauración de un sistema regional por varios motivos, siendo quizá los más importantes, la gran diferencia de lenguajes, culturas, sistemas jurídicos y políticos, y religiones—más que en otras regiones del mundo—, y la negativa constante de algunos Estados de ratificar instrumentos de *Dh* (pp. 1055-1060).

Una manifestación *sui generis* de protección a los *Dh* se encuentra en el Derecho comunitario europeo—sistema de carácter originalmente económico—y en sus instituciones, que han emitido también pronunciamientos relativos a *Dh*—o derechos fundamentales. Es el caso particular del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea [en adelante ECJ por sus siglas en inglés], con sede en la ciudad de Luxemburgo, Luxemburgo.

Como comenta Saiz Arnaiz (1999), el silencio de los tratados no ha imposibilitado que la ECJ haya elaborado su propia doctrina en materia de derechos fundamentales. En ausencia de la mención expresa en los tratados que conforman la Unión Económica Europea acerca de los *Dh*—como ocurre hasta la fecha—, el ECJ ha abordado la materia, aunque siempre en relación a los

³⁴ Esto último pone en evidencia las características mínimas de diferencia entre cada uno de los sistemas, pero también, las similitudes en cuanto a la acción procesal (Valencia Villa, 2006, p. 149).

intereses económicos que se persiguen por la Unión. Cabe mencionar que los tratados que le dan forma a la Unión, no obstante haber extendido las facultades de acción de la ECJ en esta materia, no le han dado competencia general respecto a *Dh*. Este tratamiento de los derechos fundamentales no se incorpora al derecho comunitario de manera automática, sino que se hace a través de los principios generales del derecho, de donde la ECJ toma su competencia para pronunciarse al respecto (p. 173).³⁵

2.2. Progresividad de los derechos humanos

Desde las reacciones colectivas producto del “exterminio masivo y sistemático de seres humanos” en la Segunda Guerra Mundial, hasta el reconocimiento de la facultad de los individuos para acudir directamente a instancias internacionales, se ha instaurado, de manera progresiva, un régimen internacional de protección a los *Dh* (Nikken, 1987, pp. 17-73).

De la misma forma que se han consolidado los mecanismos internacionales de *Dh*, los Estados han adaptado mecanismos en sus ordenamientos locales, e incluso, en algunos casos, han establecido nuevos esquemas de interacción hacia una unificación de criterios constitucionales en la protección y promoción del respeto a los *Dh*. La comunidad internacional ha incorporado paulatinamente a sus agendas políticas los mecanismos de protección a los *Dh*, ya sean de carácter interno o internacional, lo que ha conducido a una suerte de unificación progresiva de criterios relativos a la protección y garantía de los *Dh*, una unicidad de opiniones que, eventualmente, podría

³⁵Coincidimos con Saiz Arnaiz (p. 173) en la opinión de que la actividad desarrollada por la ECJ con respecto a los *Dh*, se ha hecho a la luz de los intereses económicos que persigue la Unión, y no como pronunciamientos imparciales y acordes a principios generales, aunque no se demerita la producción jurisprudencial del tribunal de Luxemburgo con relación al tema de los *Dh*. En concreto se pueden citar los casos Stauder (1969), Internationale Handelsgesellschaft (1970), Nold (1973) y Hauer (1979).

generar una especie de Constitución no escrita, en donde se compartan, de una forma u otra, los mismos principios, y se establezcan procedimientos y reglas unívocos para la protección de derechos.

Pero he dicho que la consolidación de los *Dh* en el plano internacional ha sido progresiva, es decir, que la protección de los *Dh*, más que un sistema establecido, ha ido modificando sustancialmente el régimen jurídico internacional con una tendencia constante de “menos a más”, a través de una progresividad expansiva, que aparece como característica intrínseca del mismo sistema (Nikken, p. 21).

La progresividad de los *Dh*, un concepto ampliamente desarrollado por Nikken (1987), es un fenómeno tanto empírico como sustantivo, en el sentido de que las normativas y mecanismos de protección no se establecieron de una vez por todas, sino que se han ido adicionando y extendiendo, de la misma forma que el contenido sustancial se ha propagado hacia otros derechos u otras poblaciones.

“[E]l régimen de protección internacional de los derechos humanos tiende a expandir su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo que se refiere al número y contenido de los derechos protegidos, como en lo que toca a la eficacia y el vigor de los procedimientos en virtud de los cuales órganos de la comunidad internacional pueden afirmar y salvaguardar su vigencia” (Nikken, pp. 17-18).

Así, entendemos el concepto de progresividad de Nikken (pp. 17-21) en el sentido de que, a pesar de sus altibajos, la tendencia de la consolidación de los *Dh* y sus mecanismos de protección es ostensible, y que, si bien puede disminuir en intensidad, no ha permitido retrocesos significativos

en el contexto de la expansión de su régimen, que va innovando de manera paulatina, pero que también se “autorrenueva” constantemente, tanto en la normativa, como en la práctica. Esta progresividad, por lo tanto, no es sólo producto del fenómeno empírico de expansión de los mecanismos de protección, sino que también lo es en el contenido intrínseco de los mismos *Dh*.

El concepto que nos plantea Nikken (1987) es evidente en este sentido empírico de que los instrumentos y mecanismos se han ido ampliando y perfeccionando con el tiempo, pero como él mismo comenta, este fenómeno no se diferenciaría de cualquier otro donde sus condiciones permitan un desarrollo progresivo. Empero, la progresividad sustancial consiste, por un lado, en un marco general que establece “una garantía mínima, cuyas restricciones están prohibidas, pero que cuyas ampliaciones están autorizadas”; y por otro las reglas de interpretación “que tienden a extender el alcance del sistema o, por lo menos, a optar por la más amplia entre las posibles interpretaciones” (p. 75)

La estructuración del sistema universal y de los sistemas regionales ha demostrado la consolidación del discurso internacional de los *Dh*—sin que esto formalmente signifique el compromiso de los Estados por llevarlo a cabo. En el caso particular de los Estados, si bien la inclusión de derechos fundamentales en los respectivos marcos jurídicos proviene más bien de la tradición del constitucionalismo revolucionario liberal, es cierto que las nuevas formulaciones en materia de *Dh* muestran un profundo sincretismo con los instrumentos jurídicos y las organizaciones internacionales.

2.3. El Estado en la era universalista

Pareciera ser, como menciona Cassese (2005, p. 217), que la comunidad internacional esta conduciéndose gradualmente hacia una *civitas maxima*, es decir, a una comunidad que no sólo comprende a los Estados, sino a individuos y otros sujetos, y el *Di* se ha convertido en una suerte de *ius super partes*, es decir, un corpus jurídico que regula por encima de las relaciones internacionales y de sus sujetos. Este contexto ha sido posible gracias a la consolidación del discurso de los *Dh*, que ha cristalizado el ideal del pensamiento universalista para concebir al *Di*, no como un mero mecanismo de gestión de relaciones entre Estados, sino como el motor de la vida política y social de todos los Estados bajo el estandarte de los *Dh* como su *ethos*.

2.3.1. Salomon y la transferencia de la soberanía

Cómo explica Salomon (2010, p. 35), la nueva realidad de los Estados se caracteriza por que el Estado-Nación no es, ya, el único productor de normas, y, adicionalmente, está constreñido a adoptar aquellas que provienen de la arena internacional; tampoco la administración de la justicia es su monopolio exclusivo, ante la propia de los tribunales internacionales; y más en cuanto a la determinación de su política económica, en las cuestiones internas de seguridad, e incluso, en el uso de la fuerza; todo esto, ante una distribución más difusa de competencias entre Estados, individuos, organizaciones internacionales y otros sujetos que se van incorporando al orden internacional con el paso del tiempo.

Si optamos por adoptar la perspectiva de que el papel del Estado es fusionarse plenamente dentro del orden universalista junto con otros Estados y organizaciones internacionales,

podríamos, entonces, concluir que, a pesar de la reducción progresiva de la potestad soberana del Estado a medida del avance del *Di*, su soberanía permanecería aún incuestionable (p. 17),³⁶ pues el Estado seguiría siendo el elemento esencial del *Di* (p. 53). Salomon explica que las obligaciones que adquiere un Estado no afectan su soberanía, antes bien, son un atributo de ella (p. 55).³⁷ Así, la justificación para mantener intacta la soberanía estatal se basa en el argumento de que la igualdad jurídica de los Estados—como concepto formal—sigue siendo un hecho indiscutible en el *Di* contemporáneo, de tal forma que si un Estado acepta limitar el ejercicio de su soberanía a favor de terceros Estados u organizaciones internacionales, no es que esté abandonando su soberanía, sino que transfiere, de manera voluntaria, el ejercicio de ciertas facultades o competencias (Salomon, 2010, pp. 56-57).³⁸ Es decir, el Estado mantiene su soberanía cuando—soberanamente—acepta una reducción o limitación a esta.³⁹

Los argumentos anteriores nos llevarían, entonces, a afirmar el escenario donde el *Di*, bajo el estandarte de los *Dh*, ha ocupado el espacio primordial en las relaciones entre los Estados y organizaciones internacionales, y las relaciones de los mismos Estados para con sus ciudadanos.

³⁶ Como lo plantea el autor: "...on y découvrirait un Etat dont le domaine réservé se réduisant progressivement au fur et à mesure des avancées du droit international, mais dont la souveraineté et le pouvoir restaient incontestables" (p. 17).

³⁷ Al respecto se puede citar la opinión de la Corte Permanente de Justicia Internacional [en adelante PCIJ por sus siglas en inglés] en el caso Wimbledon: "No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty" ("Case of the S.S. Wimbledon," 1923, p. 25 §35).

³⁸ Al respecto Salomon (pp. 56-57) expresa lo siguiente: "La justification donnée aujourd'hui par ceux qui soutiennent que la souveraineté reste intacte consiste à utiliser le même argument: l'égalité juridique des Etats comme concept formel reste une donnée indiscutable du droit international contemporain; si un Etat accepté d'en limiter l'exercice au profit d'autres Etats ou d'organisations internationales, il s'agit non d'abandon de la souveraineté mais de transferts volontaires d'exercice de compétences".

³⁹ Al respecto se puede consultar la opinión de la ICJ en el caso Nicaragua: "However, the assertion of a commitment raises the question of the possibility of a State binding itself by agreement in relation to a question of domestic policy [...] The Court cannot discover, within the range of subjects open to international agreement, any obstacle or provision to hinder a State from making a commitment of this kind. A State, which is free to decide [...] within its domestic order, is sovereign for the purpose of accepting a limitation of its sovereignty in this field. This is a conceivable situation for a State which is bound by institutional links to a confederation of States, or indeed to an international organization" ("Nicaragua Case," 1986, p. 131 §259).

En esta fotografía, hablaríamos de un Estado totalmente inmerso en el orden universalista, que, voluntariamente, decide ceder sus capacidades a otros Estados u organismos internacionales, que reconoce la personalidad jurídica de todo ser humano, incluida su capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones internacionales de manera directa, pero que, al final, mantiene intacta su soberanía y se mantiene como sujeto esencial del *Di*.

2.3.2. Domingo y el derecho global

Domingo (2009) nos expone una teoría que combate los elementos formales del Estado como son el territorio, la soberanía y la idea de Estado-Nación, y, al hacer esto, combate también el sistema entero del *Di* que se basa en los mismos principios.⁴⁰ Si bien reconoce que los *Dh* han logrado ubicar a la persona humana en un papel más central, afirma que se ha permitido, a la vez, una manipulación ideológica excesiva de ellos (Domingo, 2009, p. 1550).⁴¹ El autor cree que en la realidad posmoderna el Estado y sus principios se encuentran ante un gradual pero inminente colapso (p. 1551).⁴² La idea de este colapso no es sólo en relación al Estado—e incluso de las organizaciones internacionales como también lo explica—, sino también una crisis de la

⁴⁰ Efectivamente, el *Di* tiene su origen en un sistema basado en el Estado, ante una carencia original de otro tipo de instituciones, su formulación y entendimiento es netamente Estado-centrista (Crawford, 2012, p. 9).

⁴¹ El autor expresa lo siguiente: “The internationalization of human rights has changed the course of international law in a way that makes persons more central, although still in an insufficient and skewed manner that permits the excessive ideological manipulation of those entities that are meant to come to the person’s defense” (p. 1550).

⁴² El autor expresa la idea de la siguiente manera: “Adorned with the many trappings that restrained its attempts to achieve omnipresence—its nature as liberal, federal, social, rule-of-law-based, democratic, etc.—the sovereign, territorial, and coercive legal political unit of the state is suffering an irremediable and prolonged agony. We are witnessing a slow death, for the decline of the world’s preeminent institutions has been gradual” (p. 1551).

modernidad y de un modelo incapaz de resolver los problemas contemporáneos (p. 1552).⁴³ Esta lectura es radical, el *Di* ha sucumbido ante la política y el poder (p. 1555).⁴⁴

Domingo (p. 1547) afirma que aunque los debates teóricos surgidos son “interesantes”, le parecen insuficientes, por lo que es fundamental una reforma estructural que replantee las bases en las que se funde un nuevo *Di* o, como él lo llama, *global law* —derecho global.⁴⁵

Domingo culmina planteando una postura que pugna por la consolidación de un *Di* como orden superior al Estado, con la única premisa de protección absoluta y universal del ser humano.

2.3.3. Trimble y la domesticación del derecho internacional

Contrapuesto a la idea del *global law* de Domingo, Trimble (1990) plantea la idea de la domesticación del *Di* bajo la premisa de que éste debe ser re conceptualizado, en vez de ser visto como un sistema único, unitario, aplicable a través de la comunidad mundial, debe ser imaginado como una serie de sistemas paralelos, más o menos convergentes en función del tema, aplicable por separado dentro de los diversos países, asemejándose un poco al *Di* privado, donde cada Estado tiene su propio conjunto de normas aplicables a conflictos de carácter privado, pero donde dichas

⁴³ En palabras del autor: “Thus the state, which shaped the *ordo orbis* until the rise of globalization and the events of September 11, 2001, has signed its own death certificate by blending with modernity. The clear world-paradigm shift requires new forms of political organization that transcend and complement public state bureaucracy. The crisis of the state is without doubt a crisis of modernity, the demise of an outdated model that cannot solve contemporary problems. In a postmodern world where new values and principles set the intellectual discourse and guide political praxis, the state finds itself at a peculiar juncture that demands tools and methods of implementation that national law lacks” (p. 1552).

⁴⁴ Al respecto el autor afirma: “In reality, it is in active politics that we find evidence of the increasing gap between the theory brandished by international law and the policies that states actually apply in the face of concrete facts and situations [...] It is not a matter of effectiveness but rather of power. On the international plane, power has ended up bending or contorting the law” (p. 1555).

⁴⁵ Vale la pena señalar la postura de Domingo que por un lado se muestra escéptico del *statu* actual del *Di*, pero, por otro, se muestra extremadamente idealista en su capacidad de regeneración como solución a todos sus problemas.

normas son similares en contenido y, de hecho, proporcionan una medida de uniformidad y previsibilidad en todo el mundo (p. 835).

Trimble (p. 14) plantea el enfoque predominante del *Di* en la actualidad, que concibe un mundo irracional y políticamente violento que tiene que ser contenido a través del estado de derecho, en donde la ONU, en evolución hacia un gobierno global, la supremacía judicial representada por la ICJ y la generalización de *Dh* de corte occidental, son asunciones implícitas del universalismo y del progreso sistémico.

En su crítica a este enfoque—y en concreto aquel de Chen, Falk y de la *New Haven School*—que pugna por valores básicos de la dignidad humana y de la sociedad libre para lograr un mundo justo y en paz como los ejes universales de la sociedad internacional, Trimble (p. 14) ataca la convicción de la existencia *a priori* de estos valores comunes y de una sociedad internacional en sí, que no son otra cosa que una etiqueta diferente de los valores liberales occidentales, y, entonces, el *Di* se convierte en el vehículo del imperialismo cultural de occidente. Si bien, los valores de este imperialismo pueden ser deseables, considerarlos como normas universales sólo da más fuerza a la percepción de que el *Di* es ingenuo, utópico y desconectado del mundo real (p. 816).

En efecto, no se puede asegurar que exista una ideología global que le de sentido a la sociedad internacional y, aún más, no existen las características de una sociedad mundial unificada, al contrario, valores fundamentales de algunas sociedades son fundamentalmente inconsistentes a las premisas sobre las cuales se ha construido el *Di* moderno, algunas que incluso socavan la idea de un derecho de los *Dh* (p. 816). En suma, los intereses comunes de la humanidad, como la sociedad universal, simplemente no existen (p. 818). Para Trimble (p. 821) este enfoque del *Di*

también nos muestra una imagen incompleta del Estado, en donde se niegan los importantes logros de los gobiernos de los países en garantizar derechos y bienes básicos par su población.

El problema fundamental de los enfoques tradicionales del *Di* es la percepción de que es irrelevante para el mundo real, la percepción de que se basa en parte en una separación irreal del derecho y la política, y una clave para restaurar la credibilidad de la disciplina sería conectar esta rama del derecho, con su base política (p. 823).

Desde una perspectiva crítica, David Kennedy—no confundir con Duncan Kennedy, de quien hablaré más adelante—(Trimble, 1990, p. 826), coincide en que el orden jurídico expresa y representa la autoridad soberana del Estado, sin ser rehén de los caprichos del soberano, y que puede tanto expresar, como trascender al poder soberano, llamando la atención a la paradoja de que el *Di* a la vez, confirma y limita la autoridad del Estado. Citando a dicho autor, Trimble (p. 829) añade que un mundo enteramente basado en un principio de autonomía soberana podría ser caótico y peligroso, mientras que un sistema integrado y centralizado parecería utópico y podría resultar opresivo.

Trimble (p. 830) resalta la tradición crítica de hacer hincapié en la indeterminación del *Di*—y del Derecho en sí—en general, pero percibe que David Kennedy, no se detiene en enfatizar la indeterminación, y que, al contrario, parece ir más lejos, incluso en la dirección opuesta; en esa red interminable de la incoherencia encuentra fuerza, una fuerza a través de la indeterminación, que puede ser, quizá, la esencia del sistema jurídico internacional moderno. Pero Trimble (p. 832) tampoco comparte del todo la postura de David Kennedy, y critica la suposición implícita de que debe haber una estructura jurídica única y unificada cubriendo el mundo, y de una comunidad internacional fundamental a la que debe aplicársele un conjunto unitario de normas sustantivas.

Trimble encuentra esto confuso, aunque plausible e incluso correcto en algún sentido, pero el resultado le parece extrañamente vacío.

Trimble (p. 832) recuerda que David Kennedy alguna vez dijo que el discurso del *Di* es una conversación sin contenido, lo cual puede parecer así en la retórica del mismo Kennedy, pero no puede parecer tan insulso a las víctimas de todo tipo de violaciones por parte de los Estados, quienes descubren que esto, en muchos casos, es simplemente resultado de las potestades estatales para regular la conducta dentro de su territorio, potestades generalmente reconocidas por el *Di*. Para ellos el *Di* está lleno de contenido, y tiene consecuencias reales para la gente real. Trimble recalca que el *Di* es significativo en el mundo contemporáneo, y que tiene poco que ver con la retórica que describe Kennedy, pero mucho con el interés propio y los posibles efectos de legitimación del *Di*.

Trimble (pp. 833-834) apunta que hasta las normas de *Di* que limitan la autoridad del gobierno pueden, al mismo tiempo, dar a un gobierno una excusa para imponer sus potestades para cumplir eficazmente sus obligaciones internacionales, pero, incluso cuando las reglas imponen limitaciones concretas a un Estado, éste puede decidir afrontar las consecuencias de corto plazo que se deriven de violar dichas limitaciones, por un interés primordial en el mantenimiento de su sistema como un todo. Al final, las normas de *Di* son muy afines a los gobiernos y, en su mayoría, justifican o legitiman el ejercicio práctico del poder del Estado.

Pero Trimble (p. 834) reconoce que el *Di* y el *Dn* son inseparables, que el *Di* proporciona la organización de las categorías que definen y limitan las formas en que piensa el mundo. Afirma que incluso los estudios críticos del Derecho reconocen que el Estado es el centro del poder coercitivo, y que el *Di* condiciona el comportamiento de los participantes y observadores por igual, y que canaliza las formas en que un Estado responde a situaciones concretas. La influencia del *Di*

hace que sea difícil pensar en alternativas como un gobierno mundial, porque los Estados no van a aceptar renunciar a sus potestades, un movimiento hacia el comunalismo global parece no deseable porque sólo los Estados pueden equilibrar el poder corporativo.

Por eso la domesticación del *Di*. La visión unitaria del *Di* genera una disciplina marginal, en donde se perpetúa la percepción de la lejanía del orden jurídico internacional con la política nacional y la sociedad, que es donde realmente se toman las decisiones más importantes. La manera de dar credibilidad y relevancia al *Di* es conectarlo con las comunidades reales con fundaciones políticas viables, foros que tradicionalmente han sido categorizados como propios de los Estados (Trimble, 1990, p. 835).

Para Trimble (p. 835), el *Di* requiere una posición más convincente en el mundo académico y práctico. La domesticación del *Di* proporcionaría una teoría más realista ya que, en realidad, funcionaría. La validación de las normas internacionales por procesos similares al *Dn*, daría proximidad al *Di* con la política interna de los Estados y les daría legitimidad, y la legitimidad sería la clave para la persuasión para cumplir con dichas normas, y, con ello, se evitaría el debate de si el *Di* es en realidad Derecho porque, en efecto, sería vinculante.

El derecho varía de una cultura a otra y de un contexto a otro, y el *Di* no es una excepción, aunque las normas varíen poco de país en país, los sistemas jurídicos pueden ser conceptualmente diferentes—como el caso de la aplicación de los *Dh*, que es especialmente dispareja en distintos contextos culturales y económicos, por muy diferentes motivos. Por ello, una domesticación del *Di* representaría, según Trimble, un acomodo realista de variaciones sociales y culturales, ante la implementación de normas comunes a distintas sociedades. Además, despojaría al *Di* de ese velo de ser considerado como un sistema basado en valores morales, cumplimiento voluntario y falta de coercibilidad, dándole el mismo carácter y los mismos mecanismos del *Dn*. Ya sea darle validez

a través de un proceso similar a las leyes dentro del *Dn*, o bien la conexión teórica de la norma internacional, o del proceso por el que se crea, con la teoría política que puede variar de cultura en cultura, al final, lo que se debe lograr es la legitimidad de la norma internacional (pp. 835-845).

En áreas como los *Dh* la fuerza de la observancia puede ser débil, por lo que la aproximación retórica debe ajustarse para tener en cuenta la oposición y la debilidad teórica de los reclamos; se debe encontrar la manera de robustecer las fuerzas políticas que favorecen los objetivos deseados, en lugar de dedicarse a discutir inútilmente sobre el Derecho. La domesticación proporcionaría un marco teórico que dotaría de legitimidad al *Di*, y por lo tanto, le otorgaría capacidad de persuasión. Las estrategias retóricas deben adaptarse a las culturas y subculturas, se deben tener en cuenta las tradiciones políticas locales, intereses burocráticos particulares, y la rica variedad de contextos culturales, especialmente en el contexto político interno que se buscaría persuadir (p. 843).

La postura de Trimble se centra en lograr el cumplimiento con base en la legitimidad, y la legitimidad es mayor en el *Dn* que en el *Di*. Y aunque afirma que el *Di*, dentro de esta visión, es tan importante como siempre lo ha sido, al final parece reducir el *Di* al derecho de los tratados, por ser instrumentos que requieren un proceso de validación directa dentro del *Dn* y que, por lo tanto, adquieren los mecanismos que cualquier ley local. También dice que el riesgo de que los Estados domesticquen su propia versión del *Di* no es algo nuevo, y que, al final, siempre habría un acuerdo transnacional en el estado de derecho aplicable como ocurre en el *Di* privado.

La visión del autor me parece un tanto ingenua y reduccionista, aunque acertada en muchos aspectos. Por un lado, acepta que la legitimidad del *Di* se lograría mediante la domesticación, lo que no puede ser empíricamente probado. Sin embargo, toca dos puntos fundamentales: la falta de legitimidad—o de convicción de legalidad—del *Di*; y el papel central del Estado en su aplicación.

2.4. Los derechos humanos como asunto de los Estados

Como se ha visto anteriormente, los *Dh* han ido permeando históricamente en el pensamiento jurídico y en la producción legislativa mundial. Este fenómeno se presentó primeramente a través de la formación del constitucionalismo moderno y posteriormente con el fortalecimiento del *Di*. Aunque no siempre en una relación mutua de colaboración—y más bien en recurrente tensión—, los *Dh* se consolidaron en el ideario jurídico de los países a través de su encumbramiento por el *Di* a raíz de la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, llegar a este punto no fue un proceso sencillo, ya que, si bien su reivindicación en el *Di* ha sido la clave para la consolidación progresiva de los *Dh*, a nivel Estado los *Dh* internacionales tuvieron que sortear—y lo siguen haciendo—los grandes retos generados por la coexistencia y contraposición del *Di* y el *Dn* como sistemas jurídicos disímiles, un contrapunto histórico que, siglos después de haberse empezado a debatir, aún no pueden presumir de haber, finalmente, zanjado sus diferencias.

La discusión actual en materia de *Dh* ocurre en un contexto de amplio escrutinio y de estándares internacionales ampliamente aceptados, a los cuales los Estados se han obligado de manera explícita, a pesar de argumentos de soberanía y extraterritorialidad, hasta llegar a un punto en el que la idea misma de los *Dh* trae consigo la aceptación tácita de este “escrutinio internacional” (Howard & Donnelly, 1987, p. 7).⁴⁶

Sin embargo, el régimen internacional de los *Dh* encontró también su contrapunto con el Estado y su supremacía, quizá otra divergencia jurídico-político-filosófica de las que habla

⁴⁶ Explican Howard & Donnelly (1987) que en las relaciones internacionales se ha puesto “de moda” hablar de regímenes internacionales, que son conjuntos de normas y mecanismos de toma de decisiones aceptados por los Estados, a los cuales el discurso de los *Dh* no es ajeno.

Douzinas (2000), toda vez que el *Di* planteaba una nueva gama de obligaciones y sanciones en materia de *Dh* a las que los Estados no estaban acostumbrados dentro del régimen tradicional de las relaciones internacionales. Así, se intensificó el largo debate sobre las relaciones que guarda el *Dn* vis-á-vis el régimen jurídico internacional desde la concepción del *Di* mismo. Este continuo debate es un punto fundamental en el entendimiento de la naturaleza inacabada e imperfecta de los *Dh*,⁴⁷ y es argumento esencial en el análisis que ocupa a este trabajo, por lo tanto, es necesario plantear y entender la raíz de las relaciones mutuas entre el *Di* y el *Dn*, específicamente en cuanto argumento fundamental en el debate entre la soberanía y los *Dh* internacionales.

No obstante la pérdida de terreno en materia de soberanía de los Estados frente al *Di*, los *Dh* no dejan de ser—como lo fueron desde el ideario revolucionario moderno—un asunto de los Estados (Howard & Donnelly, 1987), ya que, a final de cuentas, el andamiaje institucional internacional se basa en la existencia normas internacionales que son aceptadas como “obligatorias” para y por todos los Estados, pero, en última instancia, la implementación y cumplimiento de las mismas, en la teoría y la práctica, corresponden a los Estados mismos (p. 10).

Aún me queda más que analizar sobre esta relación/pugna entre el *Di* y el *Dn*, sobre todo en materia de aplicación de la normativa de *Dh* dentro del *Dn*. Sin embargo, antes de profundizar más en estos temas, es menester plantear la problemática central de mi investigación, para así, poder conectar con esta línea argumentativa, pero ya encauzado en el contexto de mi hipótesis.

⁴⁷ Una explicación más detallada sobre la naturaleza inacabada e imperfecta de los *Dh* se encontrará posteriormente en el análisis crítico de los *Dh*.

3. EL BLOQUE DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: JERARQUÍAS NORMATIVAS Y DERECHOS HUMANOS DESPUÉS DE LA C.T. 293/11

En su largo devenir histórico, desde su concepción filosófica como derechos naturales, pasando por su reconocimiento en instrumentos jurídicos fundamentales, y hasta su reivindicación en el *Di*, los *Dh* fueron desarrollándose de manera progresiva, como normas que deben ser obedecidas en todo momento y que deben ser respetadas y garantizadas a todo ser humano. En este proceso, la tradición histórico filosófica se volvió uno de los principales basamentos de las relaciones internacionales en la concreción de un nuevo orden universalista.

Pero los Estados y sus políticas públicas siguen teniendo un impacto fundamental en la práctica de los *Dh*. Los *Dh* se han convertido en un asunto político, y los Estados han adoptado su discurso como directriz, tanto de política internacional, como de política interna. El problema, sin embargo, es que, aún bajo su estandarte, los Estados aún mantienen celosamente sus prerrogativas soberanas, de forma que, aunque los *Dh* fueron concebidos como herramientas contra el poder, su arrogación por los discursos políticos les ha ido despojando de fuerza crítica, transformándolos en una estrategia a favor de los gobiernos.

El caso concreto de México nos muestra cómo, a pesar de encontrarnos inmersos en el orden universalista del siglo XXI, aún los Estados siguen interpretando los *Dh* en un contexto tradicional y originalista del Estado soberano, lo cual, obviamente, vulnera el goce y ejercicio de estos derechos.

3.1. Esquizofrenia judicial: Derechos humanos y la limitación a su ejercicio en México

El 10 de junio de 2011, fue publicada una reforma que modificó el artículo primero de la Constitución Mexicana en la cual se incluye, por primera vez, el término ‘derechos humanos’, modificando el capítulo primero de la Carta Magna de su denominación original “De las garantías individuales” a “De los derechos humanos y sus garantías”. La enmienda al artículo primero formó parte de un proceso reformativo que representó un cambio estructural significativo en la historia del Derecho mexicano, el cual incluyó también modificaciones a la figura del amparo, pero que quizá tuvo su punto medular con las reformas a los artículos dieciséis, diecisiete, dieciocho, diecinueve, veinte, veintiuno, veintidós, setenta y tres, ciento quince y ciento veintitrés de la Constitución, que entraron en vigor el dieciocho de junio del año dos mil ocho, que sentaron las bases del llamado sistema de justicia penal acusatorio, y que introdujo en el sistema jurídico mexicano disposiciones sobre procesos penales orales, acusatorios, así como temas relevantes relacionados con la seguridad pública y la delincuencia organizada.

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

Sin embargo, el texto reformado del artículo primero volvió a dejar en abstracto la relación que guardan el *Di*, el *Dn* y los *Dh* en sus relaciones mutuas en México, ya que la disposición de reconocer jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales en materia de *Dh*, no fue

acompañada de otra reforma paralela que determinara la jerarquía normativa dentro del orden jurídico mexicano posterior a la reforma.

La *Sc*, principio incólume en el derecho mexicano, se enfrentó, entonces, a la disyuntiva de que el mismo texto fundamental reconoce derechos provenientes de ordenamientos jurídicos internacionales—tradicionalmente considerados como jerárquicamente inferiores—teniendo el mismo valor que aquellos contenidos en la Constitución. Aún más, contempla la posibilidad de que se dé primacía a protecciones que provengan de estos ordenamientos por encima de aquellas que la misma Constitución establece.

En este contexto, la Suprema Corte urgida a analizar—como muchas veces antes—estos puntos de conflicto, refrendó la posición tradicional de supremacía de la Constitución sobre cualquier otro tipo de ordenamiento jurídico, en una sentencia del dos de septiembre del año dos mil trece. Después de cinco rondas de debates la Corte emitió la resolución C.T. 293/11, con diez votos a favor y uno en contra, que reconoce validez a disposiciones que limiten el goce y ejercicio de los *Dh*—contenidos tanto en la Constitución como en instrumentos internacionales—, cuando aquellas limitaciones estén establecidas explícitamente en la Constitución federal. Lo anterior, no obstante haber estipulado en la misma resolución y de manera paradójica, que los *Dh* reconocidos en los tratados internacionales deben ser considerados de igual jerarquía a aquellos establecidos en la Constitución, y que, incluso, los tribunales mexicanos puedan dar primacía a aquellos que ofrezcan mayores protecciones.

Al final, la decisión de la Corte, por un lado, parece permitir al constituyente una regulación laxa de *Dh*, es decir, permitir la restricción al ejercicio de derechos sin establecer claramente sus requisitos y límites, e incluso coarta la posibilidad real del juzgador de hacer un control crítico de las limitaciones al ejercicio, *vis-á-vis* el *dh* en sí. Por otro lado, vuelve a dejar en claro que más

allá de la dinámica del orden universalista del siglo XXI, la visión tradicional de la *Sc* sigue siendo—desde el siglo XIX, y quizá desde antes—un basamento incuestionable en el Derecho mexicano, a pesar de que, en el nuevo contexto universalista, esto derive en posibles conflictos a nivel internacional producto de la contravención de obligaciones adquiridas por el mismo Estado mexicano.

3.1.1. Ad contradictio: La sentencia 293/11 y su jurisprudencia

Como mencioné en la introducción de mi investigación, la C.T. 293/11 se originó a raíz de una contradicción entre dos tipos de criterios que interpretaban la Constitución en su relación con el artículo ciento treinta y tres constitucional, en una serie de tesis aisladas de dos Tribunales Colegiados de Circuito [referidos en adelante por el acrónimo TCC].⁴⁸

Por un lado, el TCC.I.7o.C. emitió dos tesis: “Derechos humanos, Los tratados internacionales suscritos por México sobre los. Es posible invocarlos en el juicio de amparo al analizar las violaciones a las garantías individuales que impliquen la de aquéllos” (SCJN, 2010a); y “Jurisprudencia internacional. Su utilidad orientadora en materia de derechos humanos” (SCJN, 2008b).

Por su parte, el TCC.XI.1o.A.T. emitió las tesis: “Tratados internacionales. Cuando los conflictos se susciten en relación con derechos humanos, deben ubicarse al nivel de la Constitución” (SCJN, 2010b) y “Control de convencionalidad en sede interna. Los tribunales mexicanos están obligados a ejercerlo” (SCJN, 2008c).

⁴⁸ Dichas tesis se produjeron a raíz de las sentencias emitidas por el Séptimo TCC en Materia Civil del Primer Circuito [en adelante referido como TCC.I.7o.C.] al resolver los amparos directos 344/2008 y 623/2008, y por el Primer TCC en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito [en adelante TCC.XI.1o.A.T.] al resolver el amparo directo 1060/2008 (“C.T. 293/11,” 2013).

El criterio del TCC.I.7o.C. argumentaba que “[l]os tratados internacionales en materia de derechos humanos [...] pueden ser invocados para analizar los casos [...] [de] violaciones a los derechos humanos, pues [...] pertenecen a nuestro sistema jurídico [...] [con base en el] principio de que las leyes se hicieron para servir al hombre, por lo que es posible llevar a cabo todas las acciones necesarias para restituir o resarcir a las personas en el goce de sus derechos”, pero confirmando los anteriores criterios de infraconstitucionalidad de los tratados internacionales ("C.T. 293/11," 2013).

Los artículos 1o., 133, 103, fracción I, y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen respectivamente: que todo individuo gozará de las garantías que ella otorga; que las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella, y los tratados acordes a la misma, serán la Ley Suprema de toda la Unión; que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; y, las bases, los procedimientos y las formas para la tramitación del juicio de amparo. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ubicó a los tratados internacionales por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución, según la tesis del rubro: "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL"[sic] [...] De ahí que si en el amparo es posible conocer de actos o leyes violatorios de garantías individuales establecidas constitucionalmente, también pueden analizarse los actos y leyes contrarios a los tratados internacionales suscritos por

México, por formar parte de la Ley Suprema de toda la Unión en el nivel que los ubicó la Corte. Por lo tanto, pueden ser invocados al resolver sobre la violación de garantías individuales que involucren la de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México (SCJN, 2008a).

En este caso, el TCC.I.7o.C. tuvo que analizar el papel de los tratados internacionales frente a la Constitución en un contexto en donde las normas de *Dh*—contenidas en algunos instrumentos internacionales—cobraban cada vez más relevancia en el marco jurídico mexicano. El TCC se pronunció por que los tratados internacionales pudieran ser invocados en casos de violaciones a *Dh* reconociendo que los tratados formaban parte de la “Ley Suprema de la Unión” pero confirmando que su rango seguía siendo infraconstitucional. Además, reconoció, por un lado, que era obligatoria la aplicación del *ppp*, y, por otro, que las decisiones de Corte IDH servían como criterios para la interpretación de *Dh* por parte del juzgador mexicano (“C.T. 293/11,” 2013).

A su vez, el TCC.XI.1o.A.T. argumentó que cuando se trate de un conflicto que verse sobre *Dh*, los tratados suscritos por el Estado mexicano que los regulan, deben ubicarse al mismo nivel de la Constitución, ya que, dichos instrumentos internacionales, deben concebirse como una extensión de lo previsto por la misma norma fundamental respecto a *Dh*. Aún más, el TCC consideró que las autoridades mexicanas están vinculadas por la jurisprudencia de tribunales internacionales para la interpretación y cumplimiento de disposiciones de *Dh*, ya que existe el compromiso internacional del Estado mexicano al ratificar el tratado que contenga las normas en cuestión y que, por lo mismo, se considera “Ley Suprema de la Unión” en lo términos del artículo 133 constitucional. Además, dispuso que el *ppp* implica que se acuda a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva tratándose de protección de derechos, y, de manera opuesta, a la

norma o interpretación más restringida, tratándose de límites a su ejercicio ("C.T. 293/11," 2013).

En su tesis aislada, el TCC estableció lo siguiente:

Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial (SCJN, 2010b).

Para el momento del análisis de la C.T. 293/11, la reforma constitucional en materia de *Dh* del 2011 ya había tenido lugar. Sin embargo, aunque los cambios producto de la reforma fueron posteriores a la emisión de los citados criterios contradictorios, la Corte estimó analizar el caso bajo el marco vigente al momento de su discusión, es decir, bajo el contexto posterior a la reforma de 2011, no obstante que ambos casos de contradicción ocurrieron bajo un marco constitucional diferente, esto, debido a que en la perspectiva de la Corte, los asuntos analizados se encontraban estrechamente vinculados a dichos cambios ("C.T. 293/11," 2013).

Al entrar al análisis de la C.T. 293/11, la Corte determinó que los TCC habían generado criterios diversos en relación con varios puntos jurídicos: a) la posición jerárquica de los tratados

en materia de *Dh* en relación con la Constitución; b) el carácter de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH; y c) el control de convencionalidad ("C.T. 293/11," 2013).

En relación al primero de los puntos—el más relevante a esta investigación—, la Corte determinó que, en efecto, existía contradicción entre criterios de los TCC, toda vez que, por un lado, se sostuvo que los tratados internacionales se encuentran por debajo de la Constitución (SCJN, 2008a), mientras que, por otro, se alegó que, ante un conflicto en materia de *Dh*, los tratados deben ubicarse al mismo nivel de la norma fundamental (SCJN, 2010b). De tal forma, la litis de la C.T. 293/11, de inicio, se centró en resolver la contradicción en relación con la situación jerárquica de los tratados internacionales en materia de *Dh vis-á-vis* la Constitución ("C.T. 293/11," 2013).

Ya que el primero de los puntos contradictorios es la motivación de la presente investigación, procederé a su análisis prescindiendo de referirme al segundo y tercer puntos de contradicción identificados por la Corte, por no encontrarlos relevantes al objetivo del estudio.⁴⁹

3.1.2. Las circunstancias no han cambiado: La C.T. 293/11 y su jurisprudencia

La Corte concluyó en su resolución del dos de septiembre de dos mil trece que las normas contenidas en tratados internacionales que reconocen *Dh* tienen la misma fuerza normativa que las contenidas en la Constitución, pero que, cuando en la misma haya una restricción expresa al

⁴⁹ En cuanto a los otros puntos identificados por la Corte, se encontró que el TCC.I.7o.C consideró a la jurisprudencia de la Corte IDH como un criterio orientador, mientras que el TCC.XI.1o.A.T le otorgó a dichos precedentes—y a los de cualquier otro organismo internacional de derechos humanos—un carácter obligatorio. El segundo punto resolutorio, que se aprobó por una mayoría de seis votos, adoptó el criterio de que la jurisprudencia emitida por la Corte IDH es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona. En este caso los ministros Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, y Pérez Dayán votaron en contra. Con relación al tercer y último punto, ambos tribunales sostuvieron la pertinencia del control de convencionalidad, por lo que no encontraron contravención alguna entre las consideraciones sustentadas por ambos TCC ("C.T. 293/11," 2013).

ejercicio de dichos derechos, se deberá estar a lo que indica el texto constitucional ("C.T. 293/11," 2013).⁵⁰

La resolución también dispuso que “[d]eben prevalecer con carácter de jurisprudencia, los criterios sustentados por este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los términos precisados en el último considerando de esta resolución”. Consecuentemente, emitió una jurisprudencia con carácter vinculante bajo el siguiente rubro: “Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional” (SCJN, 2014). Dicha jurisprudencia a la letra establece que:

“De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la

⁵⁰ Si bien es cierto que el último proyecto de resolución planteado para el caso de la C.T. 293/11 no fue aceptado de manera unánime, este criterio se aprobó con una mayoría de diez votos a favor y sólo un voto en contra, el del ministro José Ramón Cossío Díaz, quien había expresado, en repetidas ocasiones durante los debates, que la Corte no podía considerarse por encima de los tratados de *Dh*. Cossío votó en contra del proyecto argumentando que, este fallo particular, no establecía una regla general a seguir cuando hubiera un conflicto entre un tratado y la Constitución, que permitiera a los jueces decidir el asunto sobre una base caso por caso. Antes bien, dicho punto aprobado por la Corte provocaría que cada vez que hubiera un conflicto entre un tratado y la Constitución, el juez tendría que interpretar y decidir en consecuencia, alterando, así, el propósito original de las discusiones para crear una regla general sobre la jerarquía de los *Dh* y el *Di vis-á-vis* el *Dn* ("C.T. 293/11," 2013).

Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional” (SCJN, 2014).

Vale la pena recalcar aquí una premisa de esta jurisprudencia: la “configuración del “conjunto normativo que goza de supremacía constitucional”. Esta idea, a mi juicio, conformó un nuevo paradigma en el marco jurídico mexicano, a saber, la ‘creación’ de una suerte de bloque de *Sc*, constructo que se convirtió en punto medular en la interpretación de los *Dh*, y que, por lo tanto, merece un tratamiento más profundo. Así, en las páginas que siguen, me avocaré a discutir el tema.

3.2. La batalla en dos frentes: El bloque de supremacía constitucional

La Corte concluyó que la reforma al artículo 1º amplió el catálogo de *Dh* previsto en la Constitución, los cuales se fusionaron en una suerte de bloque de *Sc*, en el que los *Dh* comparten supremacía con otras normas constitucionales, de manera que, al referirse a *Dh* establecidos en ordenamientos internacionales, es como si se estuviera refiriendo a los derechos contenidos en la

misma Constitución. En este sentido, las normas de *Dh*, sin importar su fuente, de la misma forma que cualquier otra norma constitucional, deben acatar y seguir la suerte de cualquier disposición constitucional, respetando las reglas de validez y ejercicio establecidas por ella. Como se desprende textualmente de la sentencia:

“[L]os derechos humanos reconocidos en tratados internacionales se han integrado expresamente a nuestro ordenamiento jurídico interno, para *ampliar el catálogo constitucional* [sic] de derechos humanos, en el entendido de que, derivado de la parte final del primer párrafo del propio artículo 1º constitucional, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional ("C.T. 293/11," 2013).

Seguido de esto, cualquier restricción expresa al ejercicio de *Dh* dentro de la Constitución prevalecería—obviamente—sobre el tratado internacional que contenga la norma restringida y sobre la norma en sí.

Ahora bien, la Corte estableció que la conformidad de las normas internacionales de *Dh* con la Constitución, para efectos de su incorporación al ordenamiento jurídico, debía cumplir con “el requisito de validez material de naturaleza especial” previsto en el artículo quince constitucional—, exigido únicamente respecto a tratados que contengan normas de *Dh*—, de que su contenido no menoscabe el catálogo constitucional de derechos.⁵¹

⁵¹ El artículo quince constitucional estipula lo siguiente: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

Aquí, la Corte establece otro criterio fundamental, esto es, la desvinculación del *dh* de su fuente. En este sentido, las normas específicas, y no el tratado en su conjunto, se integran al “parámetro de regularidad” contenido en el artículo primero constitucional. De tal forma, dichas normas se convierten en parte del “catálogo constitucional de derechos”, desvinculándose de su fuente y su jerarquía normativa, para, así, gozar de *Sc* ("C.T. 293/11," 2013).

[E]l catálogo de derechos humanos comprende tanto los que se encuentran expresamente reconocidos en la Constitución como aquéllos contemplados en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano. En este orden de ideas, la supremacía constitucional se predica de todos los derechos humanos incorporados al ordenamiento mexicano, en tanto forman parte de un mismo catálogo o conjunto normativo. Esta conclusión se refuerza con el mandato expreso del Poder Reformador de permitir que los derechos humanos de fuente internacional puedan ser empleados como parámetro de validez del resto de las normas jurídicas del ordenamiento jurídico mexicano, dentro de las cuales se incluyeron expresamente los propios instrumentos internacionales ("C.T. 293/11," 2013).

Razonando sobre el argumento anterior, la Corte entonces se cuestiona: ¿cómo es posible que una norma, cuya existencia y validez depende de la Constitución, establezca junto con normas constitucionales, el parámetro de control de la validez de todas las demás normas del ordenamiento jurídico? En respuesta, la Corte propone “la disociación de dos momentos”, esto es, concebir un primer momento en que el instrumento internacional se incorpora al orden jurídico tras haber

cumplido con los requisitos formales de validez establecidos en la Constitución; y un segundo momento en que, una vez incorporado al orden jurídico, debe satisfacer requisitos materiales de validez, es decir, que la conformidad del tratado con la Constitución, entendida como que el instrumento internacional “no contraría las normas constitucionales y específicamente que no afecte los derechos humanos previstos en la propia Constitución y en otros tratados internacionales”. Es decir, la Corte distingue entre “dos dimensiones de la regularidad normativa”, la “‘vigencia’ o ‘existencia’” de las normas, o validez formal, y su validez material. De tal forma, “el incumplimiento de los requisitos de forma conduciría a concluir que un tratado internacional no es derecho vigente en México”, mientras que “la no satisfacción de los requisitos materiales obligaría a declarar su invalidez” (“C.T. 293/11,” 2013, pp. 45-46).

Quiero descartar, de momento, cualquier instrumento internacional en materia de *Dh* que no cumpla con los requisitos formales de validez, pues un instrumento que no exista y sea vigente en el marco jurídico mexicano no se enfrentará a un análisis de validez material frente a otras normas constitucionales, por ello dejo a un lado la primera de las dimensiones de validez que menciona la Corte, y me enfoco en la validez material.

La Corte establece lo siguiente:

[P]uede decirse que el requisito previsto en el artículo 133 constitucional refuerza la interpretación de que los tratados internacionales se encuentran en una posición jerárquica inferior a la Constitución, mientras que el requisito previsto en el artículo 15 constitucional garantiza que, con independencia de la jerarquía normativa del instrumento que las reconozca, las normas internacionales de derechos humanos, y no el

tratado en su conjunto, se integren al parámetro de regularidad contenido en el artículo 1° constitucional ("C.T. 293/11," 2013).

Lo anterior puede leerse como que sólo los derechos específicos contenidos en un tratado internacional, que cumplan con el requisito material, entran al catálogo constitucional, desvinculándose de su fuente y de su jerarquía normativa, para gozar de *Sc*. Según la Corte, su interpretación de la dimensión de validez material coincide plenamente con el principio de progresividad de los *Dh*, ya que su incorporación se debe analizar conforme a los principios de interpretación conforme y de progresividad, así como con el *ppp* ("C.T. 293/11," 2013). Sin embargo, lo anterior no queda claro, ya que la Corte estaría sugiriendo que dentro de un análisis sobre la dimensión de validez material de una norma de fuente internacional, en última instancia, ésta se debe someter a un análisis de proporcionalidad o a una máxima de racionalidad—como diría Cianciardo (2007)—como lo es el *ppp*,⁵² lo anterior, nos permitiría asumir que, en última instancia, si una norma de fuente internacional ofrece mayor protección o restringe en menor medida un *dh*, entonces podría prevalecer por encima, incluso, de la norma constitucional. Sin embargo, la conclusión de la Corte en este punto sugiere, según se desprende textualmente de la sentencia, precisamente lo contrario.

El bloque de *Sc* que plantea la Corte funciona, a mi parecer, como un escudo que opera en dos momentos diferentes, primero, al momento del análisis de validez material de un tratado internacional que se incorpora al marco jurídico mexicano, ubicando, *a priori*, a la fuente internacional del derecho en cuestión, por debajo de la Constitución, solucionando cualquier argumentación sobre la jerarquía normativa superior del instrumento internacional; y, en un

⁵² La figura del *ppp* es analizada a mayor detalle en otra de las secciones de la presente investigación.

segundo momento, una vez que se extrajo al derecho del instrumento en cuestión, es decir, una vez que se le desvinculó de su fuente—en este caso el tratado— y se le incluyó en el bloque de *Sc*, éste funciona para someter al derecho a un análisis de su validez frente a, y en relación con otros derechos y disposiciones constitucionales, incluidas las restricciones al ejercicio de aquel derecho. Ahora bien, la Corte no es clara en este sentido, es decir, no establece criterios claros y parece que el segundo nivel de análisis de validez material se limita a un criterio meramente formal, o sea, que la limitación a un derecho cuenta con rango constitucional.⁵³

Esto se enfrenta al argumento emitido por la misma Corte, en la misma resolución, de que las normas internacionales, además, se deben interpretar conforme al *ppp*, ya que se adelanta a dar la solución sin permitir un análisis de proporcionalidad y razonabilidad. Es decir, en el caso de la limitación o restricción a un derecho, la Corte emite una fórmula que elimina la posibilidad de cualquier análisis crítico al decretar que todo juzgador en el país deberá otorgar preferencia a una limitación constitucional de un derecho, por encima del derecho mismo, independientemente de su fuente.

En la misma lógica de ideas, vislumbro que, con la estructuración del bloque de *Sc*, se genera una problemática esencial con relación a conflictos normativos en materia de *Dh*, la cual cuenta con dos aristas: 1) a pesar de reconocer que los *Dh* se deben interpretar de conformidad con

⁵³ Vale la pena aquí reflexionar sobre la experiencia de otros regímenes constitucionales en materia de restricción de derechos fundamentales. En el caso alemán, por ejemplo, la Ley Fundamental establece todo un artículo sobre la limitación de derechos: “Artículo 19. Restricción de los derechos fundamentales. (1) Cuando de acuerdo con la [...] Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial [...]” (“Ley Fundamental de la República Federal de Alemania,” 1949). En el caso español el artículo 53.1 de la Constitución establece: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a) (“Constitución Española,” 1978). En ambos casos, la regulación o limitación de derechos fundamentales depende del requisito material de contenido esencial, el cual abordo de manera más abundante en otra sección de la presente investigación.

la Constitución y los tratados internacionales “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, la Corte interpreta la aplicabilidad de normas de fuente internacional— incluidas las de *Dh*—bajo criterios de jerarquía normativa entre el *Di* y *Dn*, es decir, revive del viejo debate de las jerarquías, confirmando, eso sí, la hegemonía de la Constitución y reafirmando el principio de *Sc*; y 2) despoja a los derechos de su fuente, los somete a un segundo nivel de análisis de validez material, que no es necesariamente claro, pero que parece apelar a una simple dimensión formal, que, al final, anula la capacidad de resistencia a la restricción propia de los *Dh* y con ello, además, limita la naturaleza operativa crítica del *ppp*.

En suma, la C.T. 293/11 encara el tema de los conflictos normativos desde dos frentes, el primero, resolviendo los conflictos en materia de normas de *Dh* de fuente nacional e internacional bajo el criterio de jerarquía normativa, confirmando el principio de *Sc*; y el segundo, resolviendo los conflictos entre normas de naturaleza constitucional permitiendo la restricción de *Dh* a través de un mero requisito formal, eliminando la posibilidad de un análisis jurisdiccional crítico.

A continuación plantearé el contexto general de las dos aristas de la problemática que genera el bloque de *Sc*.

3.3. Genio y figura: jerarquías normativas y supremacía constitucional

La postura de México respecto a la posición jerárquica que guarda el *Di* frente a la Constitución no ha variado mucho. Sin embargo, con las reformas en materia de *Dh* impulsadas en 2011, el artículo primero de la Constitución planteó una disyuntiva importante al respecto de la supremacía de la Constitución *vis-á-vis* las normas de *Dh* provenientes de instrumentos jurídicos internacionales. Tras la reforma, el artículo primero reconoce que todas las personas gozarán de

los *Dh* reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, y que las normas relativas a *Dh* deberán interpretarse de conformidad con ambos ordenamientos, favoreciendo siempre la protección más amplia a la persona, es decir el llamado *ppp*.

El artículo en comento establece que el ejercicio de *Dh* no puede restringirse ni suspenderse, salvo lo previsto por la misma Constitución, lo que deja en claro la capacidad constitucional en materia de restricción y suspensión de *Dh*, lo cual como ya sabemos, no es nada extraño dentro de los regímenes constitucionales. Sin embargo, la previsión de la aplicación del *ppp* genera la incógnita sobre si, en última instancia, un tratado podrá tener aplicación sobre la Constitución cuando brinde mayores protecciones, desplazando así, el principio de *Sc*, o si al final la Constitución prevalecerá aún por sobre una norma mayormente permisiva.

La reforma en materia de *Dh* aunada a la serie de cambios jurídicos estructurales, acaecidos en México a partir del año 2008, reabrieron un largo debate sobre la jerarquía normativa de los tratados internacionales frente a la Constitución, y pusieron otra vez sobre la mesa, discusiones añejas sobre las relaciones que guarda el *Dn* frente al *Di*, y la situación de los *Dh* en ambos órdenes jurídicos.

Entonces, surge de nueva cuenta, y con mayor fuerza, la incógnita sobre la situación que guardan estos derechos en el orden jurídico del Estado mexicano ante el principio de *Sc*, sobre todo frente al nuevo contexto del *ppp*, y, finalmente, el valor de dichos derechos subjetivados ante las acciones soberanas del estado.

En última instancia—y nuevamente—, la Corte se pronunció a favor de la norma suprema del país. El corolario de la historia de posturas difusas y abstractas en relación al *Di* y los *Dh* fue la C.T. 293/11, que si bien sostiene que los *Dh* incluidos en tratados internacionales tienen rango constitucional, y que los jueces deben buscar siempre la interpretación más favorable,

independientemente de la jerarquía del derecho en cuestión; al mismo tiempo establece que “las circunstancias no han cambiado”—con la reforma de *Dh* de 2011—y que la Constitución es la norma fundamental, lo que implica que el resto de las normas deben ser acordes con la misma, recalcando que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los *Dh*, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional ("C.T. 293/11," 2013).

3.3.1. La jurisprudencia insatisfactoria y la no tan nueva jerarquía normativa

La Corte reconoció que la jurisprudencia desarrollada en el tema de la jerarquía de los tratados había sido “insatisfactoria” en cuanto a sus alcances hasta ese momento, ya que no necesariamente se había diferenciado a los tratados en materia de *Dh* con otros instrumentos internacionales, y, además, en tanto que ninguno de los pronunciamientos anteriores reflejaba el nuevo contexto constitucional en materia de *Dh*, posterior a las reformas al artículo primero.⁵⁴

En cuanto a sus alcances, la Corte consideró que los criterios contradictorios que dieron lugar a la C.T. 293/11 habían matizado los criterios jurisprudenciales previos, dado que no se infería que los mismos fueran aplicables a tratados internacionales relativos a *Dh*, e incluso se contempló “la posibilidad de que los derechos humanos de fuente internacional pudieran convertirse incluso en una extensión misma de la Constitución”. No obstante que los criterios analizados marcaban límites claros respecto al asunto de jerarquía tratándose de *Dh*, la Corte consideró que “la integración de dichas normas al *nivel constitucional* se apunta como una

⁵⁴ Desde el primer pronunciamiento en materia de jerarquía de los tratados en 1928, hasta la jurisprudencia producto de la C.T. 293/11, ha habido alrededor de 20 tesis diferentes que han ubicado a los tratados internacionales jerárquicamente inferiores, iguales y superiores a las leyes federales e incluso a la misma Constitución. En algunos de los casos, algunas tesis no aportan ninguna nueva interpretación y simplemente confirman un criterio establecido previamente (SCJN, 1928, 1948, 1953, 1981a, 1981b, 1987, 1992, 1999, 2004, 2005, 2007a, 2007b, 2008a, 2010a, 2010b, 2012, 2014).

conclusión con la que ninguna de las [...] sentencias se compromete del todo, aunque bien podría entenderse que esa era su intención [sic]" ("C.T. 293/11," 2013).

Aún más, en materia del alcance de los precedentes, resultó fundamental para la Corte apuntar que los criterios esgrimidos sobre jerarquía, previamente, eran también insatisfactorios, toda vez que la problemática adquirió nuevas dimensiones con la reforma del artículo primero constitucional, ya que la misma no fue acompañada por una reforma al artículo ciento treinta y tres, que permitiera fijar la diferenciación de aquellos instrumentos internacionales que contengan normas de *Dh* con relación a otros tratados de naturaleza diversa, y que dejara claro su ubicación jerárquica *vis-á-vis* la Constitución.

La Corte concluyó que la omisión del constituyente en atención al criterio de jerarquía formal entre dos fuentes primigenias de reconocimiento de *Dh* se debió a que la reforma de *Dh* ‘incorporó’ aquellas normas emanadas de los tratados internacionales al catálogo de derechos de la misma Constitución. En palabras de la Corte:

“[L]a nueva conformación del catálogo de derechos humanos no *puede ser estudiada en términos de jerarquía* [sic], pues la reforma constitucional modificó el artículo 1º precisamente para integrar un catálogo de derechos y no para distinguir o jerarquizar esas normas en atención a la fuente de la que provienen [...] [y] reconoce un conjunto normativo—compuesto únicamente por derechos humanos—que escapa a la regulación de la jerarquía de las fuentes prevista en el artículo 133 constitucional y cuyas normas de aplicación fueron específicamente diseñadas para la interpretación y aplicación de derechos humanos” ("C.T. 293/11," 2013).

De tal forma la Corte concluyó que los *Dh* dentro del marco jurídico mexicano no se relacionan en términos de jerarquía, independientemente de la fuente u origen de su reconocimiento, es decir, ya por tratados internacionales o por la Constitución. Así, un “enfoque tradicional” sobre la ubicación jerárquica de los tratados internacionales “no constituye una herramienta satisfactoria para determinar el lugar que ocupan en el ordenamiento mexicano los derechos humanos reconocidos en dichos instrumentos normativos” (“C.T. 293/11,” 2013).

La Corte confirmó la postura que ha mantenido respecto de la *Sc* frente a la normativa internacional, refrendada una y otra vez en su “insatisfactoria” jurisprudencia, aún y cuando se trate de *Dh*, ya que son los derechos y no el tratado, los que, según la Corte, se incorporan al catálogo constitucional dentro del bloque de *Sc*, y debido a ello quedan desvinculados de su fuente original, por tanto su análisis e interpretación conforme a otras normas constitucionales no puede plantearse en términos de jerarquía normativa.

Paradójicamente, la Corte concluyó que cuando se trate de restricción al ejercicio de dichos derechos contenidos en el bloque de *Sc*, entonces si se debe atender a términos jerárquicos, en donde siempre prevalecerá la Constitución, de acuerdo a la interpretación de la Corte de la parte final del primer párrafo del artículo primero constitucional, que establece que el ejercicio de los *Dh* contenidos tanto en la Constitución como en los tratados no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la misma Constitución los establezca. Lo único que se modificó, estableció la Corte, fue el régimen constitucional de las normas internacionales de *Dh* como parte del bloque de *Sc*.

Al haberse fusionado en el bloque de *Sc*, los *Dh* de fuente internacional, se convierten en derechos constitucionales, por lo que una restricción constitucional a su ejercicio se superpondría a la fuente internacional que contenga el derecho restringido, y más aún, se superpondría al

derecho—o más bien a la norma que contiene tal derecho—en sí, pues como parte del núcleo constitucional, cualquier norma debe seguir las reglas establecidas por la misma Constitución.

La Corte sustentó esta ficción jurídica diciendo que los *Dh*, fusionados en el bloque de *Sc*, son exactamente los mismos que aquellos que se encontraban ya contenidos en el texto constitucional, por lo que cualquier restricción a su ejercicio prevalece, en tanto que los mismos están sujetos a las reglas establecidas por la Constitución.

Resulta curioso como la Corte expresa que los actos realizados por las autoridades mexicanas deben ser coherentes con el contenido de las normas de *Dh*, y reitera que las relaciones con dichas normas se deberán desarrollar en forma armónica, sin criterios de jerarquía, pero la interpretación parabólica que ella misma realiza del artículo primero, quince y ciento treinta y tres constitucionales se aleja de ese contenido material, y establece nuevamente criterios incuestionables de jerarquía (SCJN, 2014). Si bien para la Corte las normas de *Dh*—independientemente de su origen—componen un bloque de *Sc* y no se relacionan en términos jerárquicos, la limitación a su ejercicio si cuenta con una posición de preferencia que la ubica por encima de dicho núcleo de *Dh*.

3.3.2. Lex super omnia: La supremacía constitucional confirmada

Como ya mencioné, en la tesis jurisprudencial producto de la C.T. 293/11, la Corte afirma que son las normas de *Dh* y no el tratado en sí, las que se integran “parámetro de regularidad” que se establece en el artículo primero constitucional (SCJN, 2014). Con ello la Corte parecería abandonar el interés en seguir analizando los *Dh* de fuente internacional desde la óptica tradicional

de las jerarquías normativas. Lo Corte incluso lo reconoce al afirmar que las “normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos”.

Esto nos sugeriría un interés de la Corte en el análisis de los *Dh* de manera intrínseca sin un interés en las jerarquías normativas. Sin embargo, de manera incongruente—e incluso cínica— fundamenta las limitaciones a los derechos en un argumento de jerarquías normativas al afirmar que el principio que le brinda “supremacía” a los *Dh* “comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material”. Más aún, la Corte nos dice que el principio de *Sc* en México no ha cambiado, sino que ha evolucionado “la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía”, así, los *Dh* de fuente internacional amplían el “catálogo [...] previsto dentro de la Constitución [...], el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional”. Con ello, deja en mera intención otro de los párrafos del mismísimo artículo primero, en el cual dispone que las normas relativas a *Dh* “se interpretarán de conformidad con [la] Constitución y con los tratados internacionales [...] favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia” (SCJN, 2014).

Pareciera que la Corte tratara de defender a la Constitución de ella misma, o bien, como si se empeñara en mantener en pie un castillo de naipes que difícilmente se puede sostener a sí mismo. La Corte parece esforzarse de manera titánica por conservar una efigie anticuada y gastada de la Constitución en un pasado glorioso, por evitar el colapso de una estructura profundamente desgastada en un contexto totalmente diferente y cambiante, la necesidad de mantener ese ícono casi sacro de la Constitución como *lex super omnia*. Quizá la Corte no quiere aceptar el papel de la Constitución en el orden universalista, quizá debemos recordarle que la constante interacción

entre estructuras nacionales e internacionales en el orden universalista obliga a abandonar la idea de Constitución como ‘ley suprema’(Ludwikowski, 2001), quizá debamos exigirle replantear de manera general su concepto de *Sc*, o exigirle la construcción de un nuevo concepto basado en un constitucionalismo más flexible (Zagrebelky, 1999).

La contradictoria interpretación del artículo primero constitucional que realizó la Corte trae consigo que no haya ningún contrapeso para el constituyente, asumiendo que cualquier disposición incluida en la Constitución—y sabemos cuan fácil resulta reformar la Constitución mexicana—, por el sólo hecho de ser constitucional, es legítima, es decir, su validez formal pretende asumir su validez intrínseca.⁵⁵

3.4. ¿En pro de la persona o en pro del Estado?: Restricción de derechos y anulación del principio *pro personae*

De la resolución de la Corte y de la jurisprudencia vigente se desprende entonces que los *Dh* provenientes de fuente internacional se fusionan de manera total a la constitucional constituyendo un bloque de *Sc*, es decir, que el derecho de fuente internacional se convierte automáticamente en un derecho constitucional. Hasta ahí, el panorama parecería óptimo ya que el derecho de fuente internacional adquiriría la aplicabilidad que sólo el carácter constitucional le puede dar. Sin embargo, la Corte encuentra un candado a la operatividad del derecho de fuente internacional y en suma a cualquier *dh*, en el artículo quince de la Constitución a través del “requisito de validez material de naturaleza especial”, que prevé que el contenido de las normas de *Dh* provenientes de fuente internacional no menoscaben el catálogo constitucional de derechos. Es decir, que las

⁵⁵ No confundir con los conceptos de validez de García Maynez (1999), que refieren más bien al derecho que es válido por ser creado o reconocido por la autoridad—validez formal—, y aquel que es justo o natural—validez intrínseca.

nuevas normas que adquieran parámetro constitucional, no deberán ir en contra o limitar otras normas ya existentes ("C.T. 293/11," 2013).

Lo anterior parecería lógico ya que en efecto es consistente con la imposibilidad de disminuir los alcances de derechos previamente reconocidos, con la llamada progresividad de los *Dh* (Nikken, 1987, 2010), y con otros principios como los de indivisibilidad e interdependencia. Sin embargo, lo que la Corte permitió, a raíz de la C.T. 293/11, es que en vez de adquirir aplicabilidad constitucional, los derechos de fuente internacional—y en general cualquier derecho fundamental—pierda operatividad y alcance. Lo que la Corte explica es que, al referirse al no menoscabo de otros derechos, no sólo se está refiriendo a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, sino también a otras normas incluso restrictivas que contenga el texto constitucional. En la jurisprudencia vigente, la Corte afirma que el principio que brinda supremacía al derecho de fuente internacional al mismo tiempo encumbra a la Constitución como “norma fundamental del orden jurídico mexicano”, lo que a su vez implica—dice la tesis jurisprudencial—“que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material”.(SCJN, 2014).

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

En efecto, existen limitaciones necesarias al ejercicio de ciertos derechos dadas determinadas circunstancias. ¿Pero cuáles son las restricciones razonables? Evidentemente existe un umbral de restricción al ejercicio de *Dh*, el cual, si bien puede no estar expresamente establecido en la legislación, debe ser determinado, en el caso concreto, por el juzgador. A continuación describiré brevemente el contexto jurídico general en relación con las restricciones a *Dh*.

3.4.1. A favor de la persona: Umbral de restricción de derechos

El artículo veintinueve de la Constitución reconoce las facultades de restricción a los *Dh*, bajo el requisito de “casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto”. El artículo especifica que se podrá “restringir o suspender [...] el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; [...] por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que [...] se contraiga a determinada persona”. El artículo establece aquellos derechos que nunca podrán restringirse,⁵⁶ y los requisitos para su procedencia, es decir, estar fundada y motivada, ser proporcional al peligro, y obedecer los “principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación”.

Nogueira Alcalá (2003) explica que existen “limitaciones legítimas”, tanto en el *Di* como en el *Dn*, al ejercicio—aunque no al goce—de *Dh*. En este sentido las limitaciones pueden existir en situaciones de “normalidad institucional” por “razones de orden público” y en situaciones de

⁵⁶ A saber: la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos .

“anormalidad institucional”, esto es, “estados de excepción” en donde se pueden restringir o suspender de manera temporal—y por el periodo más breve posible—el ejercicio de determinados *Dh*.⁵⁷ La limitación al ejercicio de derechos en situaciones de “normalidad institucional”, como el que se analiza en este trabajo, debe cumplir con un requisito material y uno formal: el material, siendo que las limitaciones obedezcan a razones de orden público, y el formal, que dichas limitaciones deben obedecer al principio de reserva legal, es decir, sólo a través de leyes y no a partir de actos del ejecutivo o resoluciones judiciales (Nogueira Alcalá, 2003, pp. 141-142).

En suma, en un contexto de normalidad institucional, la limitación a los derechos debería cumplir con aquellos requisitos formales y materiales. Sin embargo, a pesar de hacer énfasis de manera frecuente en una dimensión de validez material de las normas internacionales de *Dh*, del análisis de los argumentos de la C.T. 293/11 no se advierte, necesariamente, una referencia expresa al requisito material de las disposiciones que restrinjan dichos derechos, y sólo se estipula claramente la necesidad del requisito formal, es decir tener jerarquía constitucional.⁵⁸

En efecto, al establecer la necesidad de que cualquier derecho cumpla con aquel requisito de validez material, la Corte no está estableciendo un criterio de ‘mayor valor’, como el orden o la seguridad públicos, a la norma restrictiva para entonces ser analizada *vis-á-vis* el *dh*, sino que, simplemente, está estableciendo un requisito formal como base para la limitación del derecho, es

⁵⁷ La limitación de determinados derechos en situaciones de “anormalidad institucional” está reconocidas en el artículo 27 del Pacto de San José, que reconoce la suspensión de garantías, siempre y cuando no se afecte el ejercicio de otros derechos, y que nunca se suspendan derechos como el de personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad y de retroactividad, la libertad de conciencia y de religión, la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos, ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (OEA, 1969).

⁵⁸ Debo mencionar que en el transcurso de los debates previos a la emisión de la resolución de la C.T. 293/11, los ministros repetidamente adujeron a la seguridad pública como criterio ante el cual se podían justificar las limitaciones de *Dh*. A pesar de ello, en los mismos debates nunca se encontró claramente el vínculo necesario entre la limitación abstracta y la necesidad concreta, y menos aún, con una limitación concreta, como podría ser el arraigo (SCJN, 2013c, 2013d, 2013e, 2013f, 2013g).

decir, que dicha limitación tenga carácter o rango constitucional. Así, el texto del artículo primero de la Constitución que establece que el ejercicio de los *Dh* “no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”, debe interpretarse, según establece la Corte, como que cualquier restricción al ejercicio de un *dh* debe estar establecido en la Constitución sin considerar otros criterios de interpretación, obligando al juzgador, a quien la misma Corte le ha reconocido la capacidad de interpretar la Constitución y los tratados (“V. 912/10,” 2011), a aplicar la fórmula preestablecida, analizando el requisito formal sin posibilidad real de interpretar el contenido material del derecho y de la limitación al mismo.

Con ello la interpretación de la Corte sólo está requiriendo la existencia de un criterio formal en la limitación de un derecho, es decir, que esté plasmado en la legislación, lo que al menos previene de cualquier interferencia completamente arbitraria (Ross, 1984), al resolver que sólo procederán las limitaciones cuando tengan carácter constitucional. Sin embargo, el peligro más grande que trae consigo la C.T. 293/11 y la jurisprudencia que se extrae de ella, es que no sólo reconoce la procedencia de una restricción específica—como lo sería el arraigo [*Arr.*]—, sino que abre la puerta al constituyente para la inclusión de cualquier otro tipo de limitación al ejercicio de derechos de manera irrestricta, ya que no requiere ningún otro requisito material y/o formal para su procedencia.

3.4.2. A favor del Estado: Imposibilidad de un análisis jurisdiccional crítico

Ahora bien, la Corte reconoce que, conforme al artículo primero de la Constitución, los conflictos relacionados con la interpretación de *Dh* deberán cumplir con el *ppp*, es decir, “las interpretaciones que resulten más amplias o menos restrictivas para los derechos de las personas”, lo anterior, “con

el favorecimiento de un criterio[...] [resultando en] la mejor protección de los derechos humanos de las personas”. Esto, según la misma Corte, vincula a los “operadores jurídicos internos a observar en sus resoluciones un estándar mínimo, [...] dependiendo cuál sea el más favorable a las personas” (“C.T. 293/11,” 2013). Sin embargo, como lo he repetido ya, una y otra vez, la Corte sentó jurisprudencia reconociendo que ante una “restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional” (SCJN, 2014).

El *ppp* establece que, incluso tratándose de límites al ejercicio de los derechos, se debe dar prioridad a la norma o interpretación que menos limite y/o dificulte el goce del derecho, hipótesis que no se cumplió en el presente caso, y la cual a la Corte pareció habersele olvidado. Incluso, la Corte enumera claramente los elementos del *ppp* y reconoce que tratándose de límites al ejercicio de los derechos, se debe dar prioridad a la norma o interpretación menos restringida, es decir a la que menos limite y/o dificulte el goce del derecho (“C.T. 293/11,” 2013). Sin embargo, al decir que ante una restricción expresa, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, parece no reconocer que la Constitución misma puede ser más restrictiva, y con ello, desmantela por completo el alcance del *ppp*.⁵⁹

Consecuentemente, se despoja a los *Dh* de su capacidad de resistir disposiciones constitucionales que puedan contravenir su ejercicio, le quita la posibilidad a los juzgadores de

⁵⁹ Es de recordar aquí, que los primeros proyectos de resolución habían enfrentado mucha resistencia. El proyecto inicial presentado por el ministro Zaldívar planteaba un reconocimiento de jerarquía superior a normas de *Dh* de carácter internacional, lo que era rechazado por los ministros Margarita Luna Ramos, Luis María Aguilar, Jorge Pardo, Fernando Franco, y Alberto Pérez Dayán. Las posturas de estos ministros advertían que la resolución podría poner en peligro ciertas figuras constitucionales que se concebían “necesarias” en el combate a la delincuencia organizada. En pro del proyecto original se encontraban, en mayor o menor medida, el autor del proyecto Zaldívar, José Ramón Cossío, Olga Sánchez Cordero, Sergio Valls y Alfredo Gutiérrez. La aprobación de este proyecto requeriría sólo seis votos, pero durante las primeras sesiones no se pudo alcanzar la mayoría dado que el entonces presidente Juan Silva Meza, no había manifestado su postura, aunque se creía que respaldaría el proyecto original de Zaldívar. Sin embargo, el proyecto fue replanteado y, finalmente, en la quinta sesión, diez de los once ministros decidieron aprobar la versión modificada del proyecto, aunque en su núcleo planteaba la misma conclusión que cinco ministros habían rechazado previamente (SCJN, 2013c, 2013d, 2013e, 2013f, 2013g).

entrar al análisis e interpretación constitucional y convencional de los derechos y sus limitaciones, hace prácticamente obsoleta la disposición que permite interpretar la ley a favor de la persona—*ppp*—, y, finalmente, abre la puerta a la posibilidad de limitar constitucionalmente el ejercicio de ciertos *Dh*, en caso de así convenir a los intereses de la autoridad.

De tal forma, la Corte hizo casi imposible un análisis crítico de las limitaciones a los derechos dentro del sistema de justicia mexicano. Aunque por un lado se haya reconocido la facultad de los jueces de hacer control de constitucionalidad y de convencionalidad ("V. 912/10," 2011), la realidad es que, en el caso de limitaciones constitucionales expresas a *Dh*, no existe una posibilidad real de un juzgador de efectuar un análisis crítico de los alcances de un determinado derecho ante una limitación específica.

En casos concretos como el *Arr.*—que analizaré a profundidad posteriormente—, una estipulación expresa de la Constitución contraviene derechos no solamente reconocidos en tratados internacionales, sino también en la misma Constitución. A pesar de ello, la operatividad de dichos derechos se encuentra limitada de manera expresa en el texto constitucional, obligando al juzgador a otorgar un *Arr.*, simplemente ante el cumplimiento de una serie de requisitos formales. Así, a pesar de que el juzgador puede perfectamente saber que dicha disposición constitucional es contraria a *Dh*, tanto de fuente constitucional como de fuente internacional, no puede hacer un control convencional ni ejercitar el *ppp*, pues, en virtud de la C.T. 293/11 y de la jurisprudencia vigente, los derechos se desprendieron de su fuente y fueron absorbidos al bloque de *Sc*, y, por lo tanto, deben someterse a otras disposiciones de la misma Constitución sin que se pueda aludir una mayor jerarquía del tratado internacional o del derecho en sí, y, más aún, porque la única alternativa crítica posible, el *ppp*, fue reducida a un tema de ponderación de normas y de jerarquías

normativas. En suma, se ha coartado la capacidad de cuestionar la voluntad de la autoridad plasmada en legislación.

La C.T. 293/11 y su jurisprudencia ha eliminado la posibilidad de cuestionar la limitación de *Dh*, y ha hecho imposible realizar un análisis crítico en el foco micro político, es decir en la experiencia *on the ground*, en el caso concreto. La única solución, en este sentido, sería la posibilidad del juez de ir más allá de la norma formal, y tratar de encontrar la raíz del derecho que la norma protege. Es decir, el juzgador debería buscar y aplicar un criterio que se encuentre por encima de la norma constitucional, esto quiere decir que el juez en el caso concreto debería ir en contra del criterio jurisprudencial de la Corte y, mediante un análisis hermenéutico, buscar un criterio alternativo respecto del derecho que se pretende proteger, ante la restricción que hace la misma norma del derecho reconocido en la legislación mexicana y en el *Di*.

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

Comenta Ferrer-MacGregor en voto razonado del caso Cabrera García ("Cabrera García y Montiel Flores vs. México," 2010), aludiendo directamente a las reflexiones de García Ramírez en su voto razonado del caso Vargas Areco ("Vargas Areco vs. Paraguay," 2006), que la "Corte IDH no tiene competencia para convertirse en una 'nueva y última instancia' para resolver los planteamientos originales de las partes en un proceso nacional", esto a la luz de la jurisprudencia del mismo tribunal. Sin embargo, recuerda el razonamiento de la Corte IDH en varias instancias en cuanto a que si el Estado ha violado sus obligaciones internacionales a través de sus órganos judiciales, dicho tribunal puede examinar la compatibilidad de los procesos internos con el Pacto

de San José, incluso la de los tribunales superiores ("Cabrera García y Montiel Flores vs. México," 2010). Ferrer-MacGregor concluye que:

[L]a jurisdicción interamericana será competente, en determinados casos, para revisar las actuaciones de los jueces nacionales, [...] siempre y cuando el análisis se derive del examen que realice de la compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de sus Protocolos adicionales y de su propia jurisprudencia convencional; sin que ello implique convertir al Tribunal Interamericano en un "tribunal de alzada" o de "cuarta instancia", *ya que su actuación se limitará al análisis de determinadas violaciones de los compromisos internacionales asumidos por el Estado demandado en el caso particular, y no de todas y cada una de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales domésticos* [sic], lo que evidentemente en este último supuesto equivaldría a sustituir a la jurisdicción interna, quebrantando la esencia misma de la naturaleza coadyuvante o complementaria de los tribunales internacionales ("Cabrera García y Montiel Flores vs. México," 2010).

Llevar este debate a la jurisdicción internacional permitiría analizar limitaciones constitucionales específicas—como el *Arr.*—a la luz del principio *ppp*. Sin embargo, la cuestión central de esta investigación es profundizar de manera teórica en las consecuencias de la C.T. 293/11, así como la necesidad de imbuir en un juzgador indeterminado—ya sea en jurisdicción nacional o internacional—una noción crítica que confronte cualquier afrenta directa a los *Dh*. Aún más, es fundamental elevar la interpretación de los *Dh* más allá de los alcances actuales del *ppp*, y permitir

que su análisis no sólo se enfoque en la interpretación más favorable, es decir un mero test de proporcionalidad y razonabilidad, sino que el juzgador pueda desarrollar un análisis que lo acerque a una dimensión más allá de la norma específica.

Hasta aquí he mencionado brevemente el contexto de las dos aristas del problema fundamental que mi investigación pretende abordar, el conflicto normativo en materia de *Dh*. Estas aristas, sin embargo, se abordan teórica y prácticamente de manera más abundante en otro momento en esta investigación. Sirva entonces este capítulo como el punto de inflexión donde se ubica el problema empírico específico, que a su vez se inserta en un debate histórico y filosófico mucho más amplio, y que, por consiguiente, me brinda la oportunidad de aplicar alternativas teóricas y prácticas para la búsqueda de aquel criterio subyacente dentro de la norma concreta de *Dh*.

4. EL ESTADO EN LA ERA DE LOS DERECHOS HUMANOS: SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL ORDEN UNIVERSALISTA

En el capítulo anterior expuse cómo, desde la C.T. 293/11, se generó una problemática relacionada con los conflictos normativos, la cual, de acuerdo a mi análisis, se presentó desde una doble arista. La primera de ellas, que desarrollaré en el presente capítulo, enfrenta la concepción de la *Sc* en la interpretación de los *Dh* de fuente internacional ante los intentos de restricción por parte de los Estados en el contexto universalista.

En efecto, los Estados y sus políticas públicas siguen teniendo un impacto importante aún ante las ideas de un nuevo orden universalista, y los *Dh* se han convertido en un asunto político interno, pero sobre todo de política exterior para ellos. Más allá de interacción de los Estados en el contexto de las organizaciones internacionales, los Estados han tomado el tema de los *Dh* como una directriz en su política internacional (Howard & Donnelly, 1987, p. 11), así como lo han hecho en su política interna. El problema, sin embargo, es que aún bajo el estandarte los *Dh*, se mantiene una posición Estado-céntrica basada en la soberanía,⁶⁰ lo que provoca que aún se busque mantener celosamente las prerrogativas soberanas del Estado, incluso en el contexto de los *Dh* internacionales (Donnelly, 1998, p. 152).

La consolidación de los *Dh* en el ámbito internacional y la conformación del orden universalista ha representado, sin duda, una interacción global sin precedentes, sin embargo, no podemos decir que esta universalización haya sido exitosa para los *Dh*, promovidos principalmente por el *Di*. En efecto, las normas de *Di* y *Dn* se encuentran siempre en pugna, intensificando los

⁶⁰ Para Habermas (2008, 2014) es contraproducente aferrarse al pensamiento político de la tradición Estado-centrista moderna, y sugiere más bien asumir la idea kantiana de la constitución cosmopolita.

cuestionamientos en relación a la jerarquía normativa de ambos órdenes jurídicos (Peters, 2009, p. 195).

A continuación desarrollaré, de manera teórica, las distintas relaciones entre el *Di* y el *Dn* como antesala para un posterior análisis de la *Sc* en el orden universalista y el papel que tienen los Estados y los *Dh* en este contexto.

4.1. La relación entre derecho internacional y derecho interno

El debate acerca de la naturaleza del *Di* y del *Dn* en sus relaciones mutuas ha sido extenso. Aún en los albores del siglo XXI, la tarea de asumir los derechos y obligaciones que un Estado debe respetar y garantizar, a lo interno y para con la comunidad internacional, mantiene vivo el debate respecto de las distintas interpretaciones acerca de la interacción del *Di* y del *Dn*. Históricamente, la actividad jurisdiccional, la formulación de legislación, y los postulados teóricos, han tratado de explicar la naturaleza de esta relación entre órdenes jurídicos—primordialmente en términos jerárquicos—, cuando uno y otro coinciden o se oponen.

Las disputas acerca de la relación que guardan ambos órdenes jurídicos se han centrado, de manera general, como lo menciona Lauterpacht (1970): a) en la primacía—o supremacía—de uno u otro orden jurídico; b) en la total disparidad o independencia del uno respecto con el otro, sin que medie supremacía de ninguno, y por tanto en las respectivas relaciones de coordinación—o coexistencia—entre ambos sistemas; o bien c) sobre la primigenia u originalidad—en el sentido de que uno da origen al otro.

La explicación que desarrolla Lauterpacht sin duda engloba, casi en su totalidad, el debate histórico entre *Di* y *Dn*, un debate que, como hemos dicho, aún continúa vigente—aunque en

menor medida ante la creciente tendencia a alejarse de la teoría y buscar soluciones desde la *praxis*—, por lo que, para poder entender de mejor manera algunos de los problemas que se siguen presentando en la práctica del Derecho a lo interno de los Estados, así como dentro de la comunidad internacional, es fundamental realizar un repaso histórico que nos permita entender el *statu quo* de la práctica jurídica nacional e internacional. Ya que la presente investigación aborda un problema de esta naturaleza, creo necesario repasar—aunque de manera breve—las diferentes posturas que, al respecto de las relaciones del *Di* vis-á-vis el *Dn*, han surgido a lo largo de la historia. A continuación analizaré las principales doctrinas que se han generado históricamente—aunque las teorías dominantes daten apenas del siglo XVII—para analizar y explicar la situación de los órdenes jurídicos estatal e internacional en sus relaciones mutuas de coordinación o de oposición.

4.1.1. Aproximación teórica al conflicto entre el derecho internacional y derecho interno

Aunque los asuntos relativos a las relaciones entre Estados soberanos existieran desde hace muchos siglos, la disciplina del *Di* como sistema, se entiende como un constructo que data de la tardía Edad Media con antecedentes formales en el derecho de gentes romano—*Ius Gentium*— (Crawford, 2012, p. 3; Shaw, 2005, p. 1). No obstante, formalmente se entiende que el nacimiento del *Di* en sentido moderno—como un cuerpo sistematizado de reglas—se debe a la labor Grocio a través de su obra *De Iure Belli ac Pacis* de 1625 (Oppenheim, 1992, p. 4).⁶¹ Para Shaw (2005, pp. 22-23), sin embargo, la exaltación de Grocio como padre del *Di* es un tanto exagerada toda vez

⁶¹ El término *international law* se atribuye a Jeremy Bentham, en su libro *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* de 1789 (Crawford, 2012, p. 3; Shaw, 2005, p. 1). Bentham reflexiona respecto a la introducción del término internacional, en oposición a interno, en referencia al derecho de gentes o derecho de las naciones, de la siguiente forma: “The word *international* it must be acknowledged, is a new one; though, it is hoped, sufficiently analogous and intelligible. It is calculated to express, in a more significant way, the branch of law which goes commonly under the name of the *law of nations*: an appellation so uncharacteristic, that, were it not for the force of custom, it would seem rather to refer to internal jurisprudence” (Bentham, 1876, p. 326).

que su esencia—como el sistema moderno que conocemos—se ubica en los filósofos del Siglo de Oro español, principalmente en Vitoria.⁶² Además de Vitoria y Grocio, se atribuye la estructuración del *Di* como sistema a otros tratadistas como Gentili (1924), Pufendorf (1717), Wolff (1934) y Vattel (1916a, 1916b). Partiendo de estas primeras interpretaciones, y conforme se va estructurando y consolidando el orden jurídico internacional, se incrementa la interacción con el derecho propio de los Estados, y, por lo tanto, las divergencias entre la naturaleza, relación y jerarquía de ambos sistemas jurídicos. Tratando de dilucidar estas cuestiones, surgen dos grandes vertientes teórico-jurídicas del pensamiento internacionalista para explicar la naturaleza de sus relaciones mutuas, vertientes que, eventualmente, dan las pautas para la conformación de los modelos de convivencia entre ambos sistemas como se conciben actualmente. Estas dos visiones son el monismo y el dualismo.

La llamada escuela monista, plantea una visión unitaria del derecho y afirma la supremacía de uno u otro orden jurídico—dependiendo si se trata del monismo nacionalista o el internacionalista—; por su parte, la escuela dualista plantea una división estricta entre dichos órdenes jurídicos, y les concibe como sistemas totalmente independientes el uno del otro.

La división así planteada, a *grosso modo*, resulta un tanto limitada ya que ni todos aquellos a los que se les denomina dualistas conciben de la misma manera la división absoluta del *Di* y el *Dn* como órdenes jurídicos totalmente independientes el uno del otro, ni todos los llamados monistas conciben la unidad de dichos sistemas con base en los mismos criterios unificadores. Por

⁶² Vitoria (1917) no dejó testimonio escrito *per se*, sino que fueron sus alumnos de la Universidad de Salamanca quienes se encargaron de transcribir sus cátedras. Las reflexiones de Vitoria respecto del derecho de gentes—hoy derecho internacional—son dos, la primera en relación con el derecho aplicable a los indígenas del Nuevo Mundo en una condición de aplicación normal, referida tradicionalmente como *De Indis*, y la segunda en condiciones especiales en tiempo de guerra a la cual se le denomina *De Indis, Siue Iure Belli Hispanorum in Barbaros* (Scott, 2007, p. 1). Además de Vitoria—al que algunos consideran el fundador del derecho de gentes moderno—otro de los grandes teólogos juristas españoles que se consideran fundamentales en la formación del derecho internacional—e incluso padre de la filosofía del derecho moderna—es Francisco Suárez (Scott, 2007).

lo tanto, es necesario adentrarse un poco más en el análisis de las distintas corrientes para poder, entonces, plantear una división más precisa de cada una de las escuelas con base en los postulados de los principales exponentes del pensamiento internacionalista desde hace más de un siglo.

4.1.1.1. *Protomonismo*⁶³

Los cuestionamientos sobre la relación de un orden jurídico supranacional con aquel de los Estados han surgido desde la incipiente aparición, como sistema, del derecho de gentes o de las naciones, aunque comúnmente se reconoce que el debate formal ‘moderno’, por llamarlo de alguna forma, se genera durante el siglo XIX. Sin embargo, hacia el siglo XVIII aparece una de las primeras posturas teóricas entre los tratadistas modernos sobre la relación entre *Di* y *Dn* encabezada por Moser,⁶⁴ quien es descrito por Lauterpacht (1975, p. 192) como un destacado positivista que se opuso a los postulados del derecho romano y que consideró como *petitio principii* el hecho de que las disputas entre naciones libres tuvieran que someterse al arbitrio de las leyes de Justiniano—el *Ius Gentium*—, mostrando una clara oposición a la postura tradicional de la época basada en las teorías internacionalistas modernas de la Escuela del Derecho Natural planteadas principalmente por Grocio y otros tratadistas de la época. Esta interpretación—un tanto primitiva—se define monista (Cassese, 2005, pp. 49-50) en tanto que plantea la supremacía del *Dn* sobre un orden jurídico supranacional, bajo la cual el derecho de un Estado subsume y prevalece sobre normas de carácter internacional que no son más que ‘derecho estatal externo’, por lo que el *Di* no existe

⁶³ Sugiero la denominación de Protomonismo, que añade el prefijo “*proto*”—del griego “*πρωτο*”, o primero; para indicar una postura anterior o previa a la tradicional del “monismo”, pero que conserva el mismo principio general de visión unitaria del Derecho.

⁶⁴ Johann Jakob Moser (1701-1785).

como tal, siendo solamente una serie de indicaciones cuyo valor—temporal—existe en tanto un Estado poderoso no las crea contrarias a sus intereses (pp. 213-214).

Sin bien Moser desarrolla, por primera vez, un debate teórico sobre la interacción de ambos sistemas jurídicos, el autor enfoca su obra en realizar un estudio profundo del derecho constitucional germano, por lo que *Teutscher Staatsrecht*, aunque “prodigiosa” como la califica Lauterpacht (1975, p. 192), no pretendió desarrollar una teoría sobre los postulados del *Di vis-á-vis el Dn*.⁶⁵

4.1.1.2. Monismo

Para la doctrina monista el *Di* y el *Dn* son órdenes jurídicos que pueden tener un campo de aplicación común, incluso pueden ser considerados como parte de un mismo orden jurídico, es decir, tiene una visión unitaria del Derecho. La teoría más reconocida y desarrollada del monismo es la que encabeza Kelsen (1966)—también conocida como monismo formalista o positivista—la cual se basa en la existencia de un sistema jurídico unitario que engloba todos los otros órdenes existentes que operan en distintos niveles jerárquicos, dentro de los cuales se ubica el derecho internacional como punta de ese sistema—de la pirámide normativa—, es decir, que se encuentra por encima de todos los otros órdenes siendo capaz de validar o invalidar cualquiera de sus actos, por lo cual el *Dn* debe existir siempre en conformidad con el *Di* (Cassese, 2005, p. 215).

Para Kelsen (1966, p. 553), las normas del *Di* son normas incompletas que requieren de implementación mediante normas de *Dn*, por tanto, el orden jurídico internacional es significativo

⁶⁵ Desafortunadamente no me fue posible ubicar la fuente directa de la obra de Moser (*Teutscher Staatsrecht*, 1738), por ende, hago referencia a él, a través de terceros autores. Para mayores referencias a su obra se puede consultar principalmente la obra de Triepel (1899).

sólo como parte de un orden jurídico universal. Para él, el orden jurídico internacional determina las esferas territorial, personal y temporal de validez de los sistemas jurídicos locales, lo que posibilita la existencia de varios Estados. Además, el orden jurídico internacional restringe la esfera material de validez de los sistemas jurídicos locales sujetándolos a la regulación de sus propios asuntos, que, de otra forma, podría ser regulada de manera arbitraria por ellos mismos (p. 553).

El monismo desarrollado por Kelsen se basa en un método formal de análisis que tiene su soporte en la teoría del conocimiento de Kant. Kelsen considera que ambos órdenes jurídicos forman parte de un mismo sistema normativo que recibe su validez y fundamento a través de una operación “intelectiva” que asume la existencia de una norma básica “*Grundnorm*” (Crawford, 2012, p. 49). Siendo el derecho un sistema jerárquico donde la validez de cada norma se basa en una norma superior, entonces el fundamento de validez se encuentra en el *Grundnorm*, que más que una norma de carácter positivo, constituye una hipótesis de pensamiento jurídico (p. 49). Por tanto se habla de que Kelsen adopta una postura formalista (Shaw, 2005, p. 122) en tanto que afirma que el derecho constituye un orden que dicta determinados patrones de conducta que “deben” ser obedecidos, seguido de la sanción relativa por no acatarlos o por actuar en contra de ellos. Al ser esta misma lógica la que determina al *Dn* y al *Di*, entonces, existe una unidad lógica entre ellos. No obstante, ya que los Estados soberanos no pueden ser iguales ante el Derecho sin una norma que así lo disponga, entonces el *Di* es superior o primigenio al *Dn*.⁶⁶

La escuela monista no sólo se basa en la interpretación formalista de Kelsen, sino que existe, a su vez, una interpretación monista de corte naturalista—o iusnaturalista—que encabeza

⁶⁶ Al respecto se puede consultar a Kelsen (1966, pp. 557-559). Cabe destacar lo que comenta Brownlie (Crawford, 2012, pp. 49-50) en cuanto a que la visión monista de Kelsen asume que cualquiera de los dos órdenes puede tener una aplicación “primaria” y que la elección entre ambas alternativas se hará sobre una base política más que jurídica.

Lauterpacht (1950, 1970, 1975), con un fuerte contenido ético y profunda preocupación en los *Dh* (Shaw, 2005, p. 122). Lauterpacht es uno de los doctrinarios que apela fuertemente por dejar atrás la controversia doctrinal, ya que la considera, hasta cierto punto, irreal, y opina que los postulados obtenidos de sus conclusiones no ofrecen ninguna consecuencia práctica relevante ya que, o bien no corresponden con el derecho actual—hablando de la actualidad de Lauterpacht—, o bien, que son esencialmente retrogradadas. Mediante un análisis práctico, sin embargo, el autor reconoce la primacía del *Di* mediante una interpretación monista que apela al derecho natural .

Lauterpacht (1970) habla de una práctica común de los Estados—que podría incluso constituir costumbre internacional—de concebir al *Di* como parte del propio *Dn* (p. 154).⁶⁷ Lauterpacht hace énfasis, como menciona Brownlie (Crawford, 2012, p. 48), en que los individuos son el sujeto último del *Di* representando al mismo tiempo la justificación y el límite moral de todo orden jurídico (Lauterpacht, 1970, p. 70). El autor afirma que en el *Di*, al igual que en el campo del *Dn*, el bien colectivo está determinado por el bien del ser humano y niega que el Estado sea, como tal, superior al individuo, ya que éste, como creación “artificial”, tiende a no respetar límites morales. Así, opina que un orden jurídico internacional que tenga como premisa la salvaguarda de las “libertades humanas” no puede ser considerado una abstracción, antes bien reconoce la “soberanía del hombre” y a sus derechos como superiores a las leyes del Estado soberano (p. 70).⁶⁸

⁶⁷ El autor expresa textualmente la idea de la siguiente forma: “...the constant and general practice of most States of treating international law as part of their domestic law may in itself amount to the creation of a customary rule of international law, expressive of a legal conviction of States, to that effect [...] It is nevertheless a fact”, y añade: “Our objective [...] is to ascertain the scope of and degree to which the principle of adoption of international law as part of domestic law has become part of the practice of modern states, as well as the history of that practice, the limits of its application, its significance for international law as a whole, and the possibilities of its further development” (p. 154).

⁶⁸ En palabras textuales del autor: “An international legal system which aims to effectively safeguarding human freedom in all its aspects is no longer an abstraction. It is as real as man’s interest in the guarantee and the preservation of his inalienable rights as a rational and moral being. International law, which has excelled in punctilious insistence on the respect owed by one sovereign State to another, henceforth acknowledges the sovereignty of man. For fundamental human rights are rights superior to the law of the sovereign State” (p. 70).

El monismo naturalista parte de una idea del bienestar de los individuos y plantea una supremacía del *Di* como el mejor método para lograrlo. A su vez, plantea una “sospecha” en un sistema internacional basado en la absoluta soberanía e independencia de los Estados, y mantiene una cierta “fe” en que el *Di* dotará de sentido moral y de justicia al derecho interno con base en el respeto de los *Dh* y al bienestar de los individuos (Shaw, 2005, p. 122).

Tanto el monismo naturalista como el monismo positivista coinciden en dar supremacía a los *Dh*, y concebir un sentido moral o ético del *Di* sobre el *Dn* basado en el bienestar de los individuos. Sin embargo, las interpretaciones del monismo de Kelsen y de Lauterpacht difieren también en su concepción del bienestar como *welfare*—bienestar social—del primero y *well-being*—bienestar personal—del segundo (Shaw, 2005, p. 122). Otro punto de disenso entre las interpretaciones del monismo de Kelsen y de Lauterpacht es, efectivamente, la base formalista del primero, en oposición a una base que apela a una ley natural superior a cualquier orden jurídico del segundo.

Al final, las distintas interpretaciones del monismo consideran que tanto el *Di* como el *Dn* están subordinados a un tercer orden—no necesariamente o completamente jurídico—, relacionado ya sea con una ley natural, con los principios generales del derecho, o un orden lógico-jurídico superior, capaz de fijar y determinar sus respectivos campos de acción. De alguna forma, se considera al *Dn* sujeto a una actuación bajo la luz del *Di*, por ejemplo, en el caso de los *Dh* donde se tiene al orden internacional como el más importante moderador en la materia (Brownlie, 1990, p. 49; Crawford, 2012).

4.1.1.3. Dualismo

Las teorías dualistas plantean que la diferencia esencial entre el *Di* y el *Dn* consiste en que ambas regulan diferentes materias. Desde éste punto de vista, ningún ordenamiento puede suprimir o prevalece por sobre del otro (Shaw, 2005). El hecho de que en el ordenamiento local pueda ser aplicado el *Di*, resulta de una disposición expresa del propio *Dn* que, de alguna forma, hace suyas las disposiciones del primero; que el *Dn* permita el ejercicio de normas de *Di*, es a la vez, un ejemplo de la autoridad suprema de un Estado dentro de su propia jurisdicción, en vez de que exista influencia internacional dentro de la esfera interna (Oppenheim, 1992, p. 53). Esta escuela considera que existe diferencia entre ambos sistemas jurídicos y que cada uno existe separadamente y no puede tener efectos el uno sobre el otro, lo que, como explica Oppenheim (1992), les evita cualquier problema respecto a la supremacía de uno u otro orden jurídico en tanto que no comparten ningún campo de aplicación común.

Aunque esta visión fue desarrollada principalmente en la práctica judicial y la legislación en los Estados Unidos y el Reino Unido, dicha doctrina—de corte esencialmente positivista—fue elevada al campo teórico principalmente por los trabajos de Triepel (Cassese, 2005) quien planteó la separación absoluta y completa de ambos órdenes jurídicos (Anzilotti, 1929).⁶⁹ Triepel (1899, 1923) considera que los Estados son los únicos sujetos del *Di* y, por lo tanto, este orden jurídico impera sobre relaciones distintas a las que existen dentro del *Dn*.⁷⁰ Para él, la oposición entre ambos sistemas es, además, una oposición entre fuentes de Derecho (1923, p. 82).

⁶⁹ La postura adoptada por Triepel que se entiende secundada por Anzilotti, y en gran medida también por Strupp (1934), representa una aproximación de tipo positivista en cuanto a que da fundamental importancia al Estado, y por su concepción del *Di* como producto de las voluntades estatales que crean un orden jurídico totalmente independiente (Shaw, 2005, p. 121).

⁷⁰ Según el texto fuente: “Mais en attendant nous maintiendrons notre thèse: les États coordonnés sont seuls les sujets du droit international et c’est pourquoi le droit international régit d’autres rapports que le droit interne” (Triepel, 1923, p. 82).

Otro de los principales exponentes del dualismo es Anzilotti (1905, 1923, 1929), quien reconoce coincidir con Triepel en cuanto a que también considera que ambos órdenes jurídicos son muy diferentes entre sí, debido a que el *Di* es una derivación o delegación del *Dn*; si bien la norma internacional es “superior” a la norma estatal en cuanto impone límites al poder estatal, el poder estatal no deriva de la norma internacional (1905). Es decir, la norma internacional se deriva, en un principio, de la voluntad del Estado (1929, p. 51). A pesar de que a Anzilotti se le ha considerado tradicionalmente como uno de los principales exponentes de la escuela dualista, Fitzmaurice (1957) considera que el teórico italiano ha sido erróneamente llamado dualista, ya que sus postulados van más allá de una simple separación y distinción de órdenes jurídicos.

*4.1.1.4. Post dualismo, dualismo alterno, pluralismo o teorías de la coordinación*⁷¹

Una postura alterna que, a decir de Shaw (2005, p. 123), es, de alguna forma, una modificación del dualismo, es la que encabeza Fitzmaurice⁷²—aunque también se considera a Rousseau (1979)⁷³ como un fuerte exponente de esta postura—, que niega cualquier campo de operación común entre el *Di* y el *Dn* en el que uno u otro sea superior o inferior, antes bien, ambos órdenes son supremos en su propia esfera.⁷⁴ Fitzmaurice (1986, p. 590) refiere a una “controversia estéril” entre las

⁷¹ Sugiero las denominaciones de “dualismo alterno” y/o “post dualismo” que he acuñado, ya que sus postulados siguen de alguna forma a los del dualismo pero bajo una interpretación muy posterior y que además no se concibe circunscrita a dicha escuela.

⁷² Cabe mencionar que el mismo Fitzmaurice (1957, 1986) no se considera a sí mismo como parte del dualismo y se aleja incluso del debate teórico planteando una visión más apegada a la praxis.

⁷³ Rousseau confirma la primacía del “derecho de gentes” en la práctica internacional de la siguiente forma: “La pratique internationale confirme très nettement, et souvent en termes catégoriques la subordination du droit interne au droit de gens” (Rousseau, 1979, p. 13).

⁷⁴ En palabras propias del autor: “... because the hypothesis of the common field is incorrect and the whole controversy is therefore unreal” (Fitzmaurice, 1957, p. 85).

posturas del monismo y dualismo, la cual es irreal, artificial y fuera de contexto.⁷⁵ El autor decreta una completa separación entre los órdenes jurídicos nacional e internacional, asegurando que la “innecesaria confusión” con relación a la situación que guardan el *Di* y el *Dn* surge debido a que no se entiende que ambos sistemas jurídicos se mueven en diferentes esferas, y que cada uno es supremo en la suya propia, precisamente porque son diferentes la una de la otra. Estas teorías de la coordinación como las denomina Brownlie (1990, pp. 34-35), explican que lo que de hecho ocurre son conflictos de obligaciones, por ejemplo en el caso que exista una imposibilidad dentro del orden jurídico de un Estado para que éste actúe de la manera que se le requiere en el orden jurídico internacional. La consecuencia de esto sería, para Fitzmaurice (1986), no la invalidez del *Dn* sino la responsabilidad del Estado dentro del orden internacional.⁷⁶

En Brownlie (Crawford, 2012, p. 50) encontramos una postura similar a la adoptada por Fitzmaurice y otros doctrinarios en cuanto a que busca dejar atrás las abstracciones jurídicas y explora una postura más apegada a la aplicación práctica de ambos sistemas. No obstante, para Brownlie la única teoría que podría subsumir la realidad del debate entre *Di* y *Dn* sería una especie de pluralismo que reconociera la existencia de una multiplicidad de órdenes jurídicos que convergen en un caso concreto (Crawford, 2012, p. 50).

⁷⁵ Nuevamente el autor lo expresa de la siguiente forma: “First of all however, a radical view of the whole subject may be propounded to the effect that the entire monist-dualist controversy is unreal, artificial and strictly beside the point, because it assumes something that has to exist for there to be any controversy at all—and which in fact does not exist—namely a *common field* in which the two legal orders under discussion both simultaneously have their spheres of activity” (Fitzmaurice, 1957, p. 51).

⁷⁶ Brownlie (1990, p. 35), destaca que Anzilotti también había planteado esta visión, sin embargo el autor italiano es comúnmente considerado dentro de la escuela propiamente dualista.

4.1.2. Mecanismos de coexistencia entre el derecho internacional y el derecho interno

En la teoría y la práctica los Estados han debido desarrollar mecanismos para la coexistencia del *Di* y el *Dn* para poder, por un lado, cumplir con sus obligaciones internacionales y, por el otro, para mantener las disposiciones de su propio marco jurídico. Sin embargo, esta situación no se presenta siempre así, y en ocasiones, las obligaciones de un Estado en el plano internacional se enfrentan a disposiciones opuestas en el *Dn*, es decir, la aplicación del marco jurídico local por parte de un Estado produce el incumplimiento o violación de disposiciones internacionales. Aunado a esto, en ocasiones los tribunales de ambas jurisdicciones se encuentran en una situación de aplicar el derecho de una u otra. Por todo esto, es sumamente necesario analizar la forma en que ambos órdenes jurídicos interactúan en un campo común de aplicación.

4.1.2.1. El derecho interno en el marco del derecho internacional

Según los teóricos y tratadistas del *Di* la regla más importante sobre la actuación del *Dn* en el orden jurídico internacional es aquella que prohíbe apelar a normas locales para justificar el no cumplimiento de una obligación internacional. El hecho de que las normas de *Dn* se apliquen por encima, o en contravención de las obligaciones convenidas y emanadas del *Di* representaría que el Estado incurriera en responsabilidad internacional,⁷⁷ con base en el deber general para los Estados dentro del *Di* de adaptar sus normas internas de conformidad a éste (ONU, 1969).⁷⁸ Este

⁷⁷ La responsabilidad del Estado o responsabilidad estatal es un principio del *Di* que se entiende como la carga que nace para un Estado que cometa un acto internacionalmente ilícito en contra de otro quién, a su vez, gozará de un derecho inversamente proporcional de reparación (Shaw, 2005, p. 694).

⁷⁸ En este sentido se debe entender que las obligaciones a que me refiero son aquellas contraídas por el Estado mismo al signar un tratado internacional. Sin embargo, existe un cierto “deber general” de cumplimiento, ya que ciertas normas e instrumentos de *Di* han adquirido un rango de derecho perentorio internacional o *ius cogens*, es decir, que son inderogables y sus postulados se consideran obligatorios para todos los países, hayan sido signatarios o no del

principio, que fuera incluido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pero que estaba ya presente en la praxis judicial internacional, asegura que, si bien es cierto que la soberanía de un Estado debe ser respetada en la medida que no esté limitada por sus obligaciones internacionales, éste no puede hacer valer su propia legislación para limitar el alcance de dichas obligaciones ("Free Zones of Upper Savoy," 1932, pp. 166-167), es decir, que un Estado no puede invocar disposiciones de *Dn* con el fin de sustraerse a las obligaciones que le incumben en virtud del *Di* ("Polish Nationals in Danzig," 1932, p. 24). Este principio ha sido un tema de debate en la práctica jurídica internacional incluso desde los Alabama Claims (1872) del siglo XVII entre Estados Unidos y el Reino Unido, y continúa siendo abordado por los tribunales internacionales como lo muestran los casos anteriormente citados de la PCIJ, y otros anteriores como el caso del S.S. Wimbledon (1923),⁷⁹ y aquellos de la ICJ como Fisheries (1951),⁸⁰ Elettronica Sicula (1989),⁸¹ o más recientemente Avena (2008).⁸²

Más allá de esta regla primigenia de carácter restrictivo, existen ámbitos en los que es posible que el *Dn* entre en acción dentro de la esfera de validez del *Di*. En el caso donde normas

instrumento internacional en cuestión (Brownlie, 1990; Cassese, 2005; ONU, 1969; Oppenheim, 1992; Shaw, 2005; Shelton, 2006).

⁷⁹ De acuerdo con la resolución de la Corte: "In any case a neutrality order, issued by an individual State, could not prevail over the provisions of the Treaty of Peace" ("Case of the S.S. Wimbledon," 1923, p. 29 §46).

⁸⁰ De acuerdo con la resolución de la Corte: "It is also necessary to pay special attention to another principle which has been much spoken of: the right of States to do everything which is not expressly forbidden by international law. This principle, formerly correct, in the days of absolute sovereignty, is no longer so at the present day: the sovereignty of States is henceforth limited not only by the rights of other States but also by other factors previously indicated, which make up what is called the new international law: the Charter of the United Nations, resolutions passed by the Assembly of the United Nations, the duties of States, the general interests of international society and lastly the prohibition of abus de droit [...] International law takes precedence over municipal law. Acts committed by a State which violate international law involve the responsibility of that State" ("Fisheries Case," 1951, p. 152).

⁸¹ De acuerdo con la resolución de la Corte: "Compliance with municipal law and compliance with the provisions of a treaty are different questions. What is a breach of treaty may be lawful in the municipal law and what is unlawful in the municipal law may be wholly innocent of violation of a treaty provision. Even had [...] the requisition to be entirely justified in [municipal] law, this would not exclude the possibility that it was a violation of [a] ...Treaty" ("Elettronica Sicula," 1989, p. 51 §73).

⁸² De acuerdo con la resolución de la Corte: "The rights guaranteed under [a] Convention are treaty rights which the [State] ...has undertaken to comply with in relation to the individual concerned, irrespective of the due process rights under [State's] ...constitutional law" ("Avena Case," 2004, p. 65).

de carácter estatal se introducen en el plano internacional ocurre que las jurisdicciones internacionales son impulsadas a conocer cuestiones relativas a *Dn*, ya que, en ocasiones, los tratados refieren directamente al derecho de un Estado, al contener disposiciones que solamente pueden entenderse en el contexto de un *Dn* (Brownlie, 1990, pp. 37-38).

Por otro lado, los tribunales internacionales—aún tratando temas de *Di*—deben analizar normas estatales en el campo de la jurisdicción internacional por la particularidad de ciertos casos en donde se abordan temas que corresponden a la esfera del *Dn*, por lo que han debido adoptar criterios acerca del papel que juega el *Dn* en el campo de su competencia.⁸³ Así, en ocasiones se considera al *Dn* como evidencia de conductas violatorias de derecho internacional (Brownlie, 1990, p. 40), aunque en otras también las cortes internacionales han decidido no pronunciarse ni declarar validez o invalidez del *Dn* debido a que no cuentan con la capacidad de interpretarlas, respetando el ámbito de su competencia ("Statute of Memel Territory Case," 1932). En este sentido, se observa la lógica de los criterios de algunos jueces al concebir el *Dn* con la naturaleza de meros hechos dentro del *Di* (Brownlie, 1990, p. 40) y que, de alguna manera, consisten y pueden requerirse como pruebas (Crawford, 2012, pp. 52-53).⁸⁴

4.1.2.2. *El derecho internacional aplicado en el orden jurídico nacional*

Otro caso muy distinto es el papel que juegan las normas internacionales al interactuar dentro de un orden jurídico propiamente estatal. Al respecto, la práctica jurídica de los Estados ha

⁸³ Innumerables son los casos en que la ICJ, por ejemplo, ha tenido que pronunciarse acerca del particular, sin embargo entre los más importantes podemos citar: *Nottebohm* de 1955, *Case concerning the application of the Convention of 1902 governing the guardianship of infants* de 1957 y *Barcelona Traction* de 1962, entre muchos otros.

⁸⁴ Se puede mencionar al respecto *Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants* de 1958, en la opinión disidente del juez Lauterpacht: "...in the exercise of its jurisdiction of review, a legal tribunal must attach importance to the appreciation of the facts by local authorities ("Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants," 1958)."

desarrollado distintos mecanismos por medio de los cuales es posible una convivencia del *Di* con el *Dn* dentro de la esfera de validez de este último.

Una primera aproximación de algunos Estados, como menciona Cassese (2005, p. 222), es la tendencia a incorporar las normas de *Di* a la par del *Dn* como parte de su propio marco jurídico, o con una jerarquía similar a las propias. Si bien dicha aproximación es, ciertamente común—varios Estados han reconocido al *Di* como parte de su marco jurídico interno—, y sus consecuencias—sobre todo negativas (p. 222)—serían que todos los principios que regulan la relación entre normas—internas—, aplicarían al supuesto de la norma de carácter internacional.⁸⁵ De tal forma una ley posterior podría derogar una norma basada en un precepto internacional, o bien, una ley especial tendría preeminencia sobre la ley general—sin importar que ésta fuera producto del *Di*—, de tal forma, los Estados podrían libremente aprobar normas que alteraran o fueran en contra de aquellas que provienen del *Di*.

Sin embargo, el *Di* ha ido adquiriendo cada vez más validez dentro de los sistemas locales, dejando a un lado la confrontación teórica para dar paso a una efectividad práctica y de coordinación entre sistemas. Así, de la misma forma en que el *Di* se adentra en el propio de un Estado, un determinado orden local puede ser parte del sistema internacional e incluso ser determinante en su desarrollo.

Las interrogantes en cuanto a la naturaleza de ambos órdenes jurídicos, a la luz de las corrientes que se han enfocado en su análisis, se entrelazan, como vimos, con aquellas que plantean

⁸⁵ En los países anglosajones el principio de que el *Di* es parte del *Dn* es reconocido como una regla de derecho consuetudinario o *common law* (Kelsen, 1966, p. 294). En el caso de Estados Unidos la Corte Suprema en 1900 reconoció que el *Di* es parte del derecho del país, debiendo ser aplicado e interpretado por las cortes locales: "international law is part of our law" ("The Paquete Habana," 1900). Este caso, no obstante ser considerado un parteaguas en materia de *Di*, se ha prestado a debate en la jurisprudencia estadounidense como lo muestran casos posteriores como *Erie Railroad Co. v. Tompkins* (1938) o más actualmente *Filártiga v. Peña-Irala* (1980). Al respecto se puede consultar a Ramsey (2002a, 2002b).

la mecánica de su unión material, es decir, de cómo interactúan el uno con el otro, cómo opera su recepción, cómo se armoniza, o cómo cobra operatividad, y de qué manera obtiene su sentido más amplio para proteger los *Dh*. En este aspecto, varias teorías han tratado de explicar dichas interrogantes.

Una de estas teorías, la de la transformación, común dentro del derecho anglosajón, establece, desde una óptica dualista, que el *Di* y el *Dn* son sistemas muy distintos el uno del otro, y que para que cualquier regla de *Di* tenga efecto en la esfera interna, debe ser expresa y específicamente transformada en *Dn* mediante el uso de un adecuado procedimiento constitucional, es decir, que la norma de *Di* debe ser transformada o específicamente adoptada para ser válida dentro del sistema legal interno (Shaw, 2005, p. 129). Una de las ventajas en el sistema de transformación consistiría en que al ser transformado el *Di* a una norma interna, las dificultades generadas por su aplicación interna disminuirían. Sin embargo, se corre el riesgo de que la interpretación de los presupuestos de la norma internacional se haga con base en *Dn* y no se atiendan los criterios establecidos por el *Di*, que serían obligatorios en razón de las normas convencionales o consuetudinarias (Ortíz Ahlf, 2003, pp. 290-291).

Por su parte, la teoría inglesa de la incorporación, concibe a su vez que las reglas internacionales de costumbre se convierten en parte integrante de la ley local y adquieren el carácter de ésta, bajo la premisa de que son incorporadas, siempre que no sean contrarias a actos parlamentarios—o legislativos—o a decisiones judiciales (Brownlie, 1990, p. 42). Es decir, sostiene que el *Di* es parte del *Dn* de manera automática, sin necesidad del procedimiento constitucional de ratificación (Shaw, 2005, p. 129), siempre que no contravenga a alguna disposición previa, ya sea legislativa o judicial. Esta teoría refleja una posición natural ante el derecho consuetudinario, sin embargo, en cuanto a los tratados, esta regla no es tan efectiva ya que

es requisito de un tratado internacional ser aprobado por el congreso o el parlamento. La naturaleza de la incorporación dentro de la teoría inglesa es que las disposiciones de *Di* son parte del *Dn* sin que previamente el Estado lo haga suyo de manera material. En los sistemas jurídicos que obedecen al principio de *stare decisis*,⁸⁶ como es el caso anglosajón, las normas de *Di*, al momento de presentarse ante las cortes en un caso concreto, y siendo dichas normas las más apropiadas para dirimir la controversia, se incorporan por medio de una *judicial notice*,⁸⁷ y sin mediar otro acto previo el juez puede aplicarlas directamente al caso. Es entonces el juez quien de manera directa aplica el *Di* al caso concreto.⁸⁸

Como señala Cassese (2005, p. 234), algunos Estados muestran una mayor sensibilidad ante las necesidades internacionales y han optado por una incorporación automática de costumbre, tratados y jurisprudencia internacionales dando a estos una jerarquía superior a la de su derecho interno, tales son los casos de Grecia, Holanda y España entre otros. En este sentido vale la pena mencionar el caso de España, que decidió incorporar los tratados internacionales sin modificar su naturaleza jurídica, y, además, añadió un elemento que resulta importante para completar el plano de influencia del *Di* en el *Dn*, la interpretación, a través de la cual, la Constitución española acude al *Di* en materia de *Dh*, a fin de garantizar, de la mejor forma posible, los derechos contenidos en sus cuerpos normativos.⁸⁹

⁸⁶ Locución latina que significa “mantenerse con lo decidido”. Doctrina del precedente bajo la cual la corte debe seguir decisiones judiciales previas cuando los mismos puntos se presenten en un litigio ("Black's Law Dictionary," 2004, p. 1443).

⁸⁷ Entiéndase como acto de reconocimiento que hace una Corte respecto de un hecho que no es disputable o combatible de manera razonable, y que incluso no necesita evidencia que le sustente. La corte que realiza una *judicial notice*, no remite, incorpora de manera directa el *Di* en el derecho del propio Estado ("Black's Law Dictionary," 2004, p. 864).

⁸⁸ Al respecto Lord Finaly en una opinión disidente en *Lotus* ante la PCIJ estableció que el *Di* es considerado parte del derecho inglés y que los jueces deben aplicarlo de manera acorde ("*Lotus Case*," 1927).

⁸⁹ La Constitución Española (1978) en su artículo 10.2, por ejemplo, envía al intérprete a ciertos instrumentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales. Se habla entonces de una remisión o un reenvío interpretativo, cuya parte medular radica en que, como menciona el citado artículo, los derechos fundamentales “se interpretarán de conformidad” con el *Di*, lo que representa que una vez determinado el sentido de la premisa, el artículo hallará su posibilidad de actualización positiva en la

El sistema de incorporación requiere usualmente de una remisión o reenvío directo de la norma local al texto del tratado internacional, algunas veces para su aplicación y otras para su interpretación. A través de la interpretación, el *Dn* acude al *Di*—sobre todo en materia de *Dh*—a fin de garantizar, de la mejor forma posible, los derechos contenidos en sus cuerpos normativos. De tal forma, las normas constitucionales proponen, extendiendo ya la expresión de su texto, complementar, aclarar y determinar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos. Saiz Arnaiz (1999, p. 209), siguiendo a Böckenförde, afirma que las disposiciones constitucionales, y sobre todo las relativas a los derechos fundamentales suelen carecer de un único sentido material, razón por la que necesitan de una interpretación no sólo explicativa sino “rellenadora”.

Este modelo de interpretación se presenta de manera más común a través del método comparado o comparativo, también llamado de “heterointegración”, que utiliza otros ordenamientos diferentes al local para buscar soluciones que el propio no ofrece, así la tendencia, cada vez más común de los Estados, de acudir a otros sistemas jurídicos en el convencimiento de que en ellos se encontrarán respuestas que podrán encajar en el propio sistema, cuando así lo consideren, para la resolución de los casos (Saiz Arnaiz, 1999, pp. 213-215).

De alguna forma las diferentes doctrinas sobre la relación / jerarquía entre el *Di* y el *Dn* coinciden en que puede haber un campo en el que ambos sistemas jurídicos son susceptibles de ser aplicados de manera simultánea (Brownlie, 1990, p. 32). Lo anterior nos permitiría afirmar que ambos sistemas jurídicos no son contrapuestos el uno del otro, es decir, que no existe una aparente oposición entre el *Di* y el *Dn* como sistemas, ya que según se piense, regulan distintos aspectos, o bien son parte de un orden jurídico superior o unitario. Sin embargo, y como lo observó Oppenheim

actuación por parte del órgano jurisdiccional encargado de aplicarla interpretando directamente la norma internacional (Saiz Arnaiz, 1999, pp. 207-215).

(1992) ya a inicios del siglo XX, es extremadamente compleja y poco clara la distinción entre *Di* y *Dn* cuando la aplicación de las normas internacionales ya no se puede entender solamente como relaciones entre Estados en un contexto de creciente interconexión entre diferentes sistemas jurídicos.

Sin embargo, una cosa parece ser evidente, que la soberanía de los Estados y la supremacía de su legislación desde una concepción tradicional han sido los elementos que más han sido afectados en la construcción del andamiaje jurídico político de los *Dh*, y la consolidación del orden promovido por el *Di*. La visión tradicional de la *Sc* se ha diluido en el nuevo orden universalista.

4.2. La supremacía constitucional y el orden universalista

No cabe duda que la soberanía de los Estados, y por consiguiente la supremacía de sus textos fundamentales, ha sido formalmente restringida en el contexto de la comunidad internacional universalista.⁹⁰ Los Estados-Nación han perdido una parte considerable de sus capacidades de dirección y de control en áreas donde existía cierta independencia y libertad de tomar decisiones, especialmente durante la más reciente fase de la globalización, el último cuarto del siglo XX (Habermas, 2008).⁹¹ El *Di*, incluido el relacionado con los *Dh*, es el registro claro de la pérdida de soberanía aceptada por los mismos Estados (Donnelly, 1998).

⁹⁰ Como expuse anteriormente, autores como Salomon (2010) consideran que esto no necesariamente representa una pérdida de las potestades del Estado, sino que es una emanación de las mismas, al ser el Estado quien ‘voluntariamente’ las cede.

⁹¹ Habermas (2008) expone que el *Di* no se ha desarrollado exclusivamente en respuesta a las guerras y crímenes contra la humanidad, y sus avances no se limitan a la seguridad humana y a los *Dh*. Antes bien, a lo interno y más allá de las organizaciones internacionales se han desarrollado las formas de gobierno internacional en los campos de energía, el medio ambiente, finanzas, y política económica, trabajo, delincuencia organizada, el tráfico de armas, la lucha contra las epidemias, entre muchos otros (p. 444).

4.2.1. La supremacía constitucional tradicional

El concepto de la *Sc* fue siempre uno de los basamentos más importantes del constitucionalismo moderno. Su configuración formal se puede remontar hasta la redacción del artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos en 1789, que establece que la misma Constitución, y las leyes que se realicen en virtud de la misma, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema de la nación; y los jueces de cada estado estarán obligados a ella de la misma forma, a pesar de cualquier disposición en contrario en las constituciones o las leyes de cualquier estado.⁹²

La supremacía se entiende comúnmente como aquella cualidad o estado de ser supremo o superior en rango o autoridad (Samar, 2010). Sin embargo la “cláusula de supremacía” ideada por el constituyente estadounidense, explica Samar (2010), debería entenderse desde dos diferentes ángulos: el primero, que captura la concepción más común de supremacía, que considera a la Constitución como el instrumento jurídico de mayor rango y autoridad, en tanto que busca conservar las estructuras gubernamentales, subordinando a las entidades federativas a la autoridad delegada al gobierno federal; y, la segunda, que sugiere que las decisiones de los poderes judiciales federales respecto a cuál es la ley suprema, tendrán primacía sobre aquellas que hicieran los juzgadores estatales.

⁹² Traducción personal. A continuación presento textualmente el texto completo de artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos para su confrontación: “All debts contracted and engagements entered into, before the adoption of this Constitution, shall be as valid against the United States under this Constitution, as under the Confederation [...] This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding. [...] The Senators and Representatives before mentioned, and the members of the several state legislatures, and all executive and judicial officers, both of the United States and of the several states, shall be bound by oath or affirmation, to support this Constitution; but no religious test shall ever be required as a qualification to any office or public trust under the United States” (“U.S. Constitution,” 1789, Art. VI).

La *Sc* vista de esta forma, ha dominado al constitucionalismo moderno, y desde su concepción ha permanecido tal y como fue ideada, como la base para establecer la autoridad nacional sobre los estados (Samar, 2010). Sin embargo, el principio de *Sc* obedece a un contexto histórico en el que se buscaba establecer unidad y estructuras gubernamentales sólidas a entidades sub nacionales. La supremacía era la garantía de unidad por medio de la cual las entidades federativas otorgaban una autoridad suprema al gobierno federal a través del texto fundamental. Es evidente que el contexto en el que surge dicho principio contemplaba principalmente los posibles conflictos legislativos en un estado federal y no necesariamente una interacción entre ordenamientos jurídicos supranacionales. Como dice Samar (2010), sería complicado imaginarse cuál sería la postura de aquellos que dieron forma a los textos constitutivos y sus principios, ante el entorno supra nacional en el que nos encontremos.

No es de extrañar que aún dominen el debate jurídico aquellas posturas que apelan al mantenimiento de la visión originalista de la *Sc*, incluso ante la realidad del nuevo contexto universalista, ya que mientras la doctrina contemporánea y las concepciones actuales del Derecho difieren de las perspectivas originales de la *Sc*, estas diferencias no son insuperables y una combinación entre el planteamiento original del principio, aunado con la práctica judicial pueden suministrar soluciones viables a los debates actuales sobre la *Sc* (Ramsey, 2013).

Visto de esta forma, la *Sc*, como límite a las disposiciones de la normativa internacional en el contexto universalista, presenta un problema fundamental de operatividad, ya que las normas de *Dh* usualmente corren la misma suerte que cualquier otra norma de carácter internacional, que simplemente por pertenecer a un orden jurídico distinto, sucumben en el debate de las jerarquías normativas y terminan supeditadas a las normas constitucionales que muchas veces son menos

garantistas o qué incluso las limitan en aras de promover y salvaguardar otros elementos de la gobernabilidad interna de los estados.⁹³

4.2.2. Narrativas contemporáneas de la supremacía constitucional

El contexto universalista actual ha cambiado profundamente la narrativa de las relaciones de interacción entre sistemas jurídicos, de la misma forma que entre los Estados mismos. La visión del mundo desde la perspectiva universalista elucida que el “tejido global” se ha alejado de la dicotomía teórica monista-dualista, la cual se ha vuelto obsoleta, y nos encontramos más bien ante un nuevo contexto pluralista (Ludwikowski, 2001, p. 294).⁹⁴ La globalización ha reconfigurado el debate en torno a las interpretaciones teóricas de las relaciones entre el *Dn* y el *Di*, en tanto que todas las estructuras nacionales, regionales y supranacionales se traslapan y funden de forma que no se puede hablar ya de una supremacía pura (Ludwikowski, 2001, p. 254). El hecho de que el proceso de internacionalización del *Dn*—y viceversa—afecte profundamente el concepto de Constitución como ley suprema, obliga a replantearnos el principio de *Sc* en general (p. 253).

Ante la “crisis total del estado nación” que refiere Ferrajoli (2000, p. 397), los significados tradicionales se han sometido a cuestionamiento, suponiendo esto un cambio de paradigma entre el *Di* y la “estructura de los derechos de los estados”, que ha transformado el orden tradicional en un “orden jurídico supraestatal” (pp. 397-401). Esto exige “repensar el constitucionalismo”, ante la necesidad de diseñar garantías constitucionales tanto a nivel nacional como supranacional (p. 404).

⁹³ Sirva como ejemplo el caso de México y la C.T. 293/11, analizado a profundidad anteriormente.

⁹⁴ Recordemos la postura expresada previamente que hacia el “pluralismo” planteaba Brownlie (1990).

En la actualidad, los conceptos de pluralismo o de Constitución abierta someten a escrutinio la concepción tradicional de supremacía o soberanía constitucional, erosionando el principio unitario y la “pérdida de la posición central”, para dar lugar a un “significado que debe ser construido” en el contexto de una sociedad pluralista (Zagrebelsky, 1999, pp. 12-14).⁹⁵

Como menciona Habermas (2014, p. 6) se empiezan a notar los atisbos de una “constitucionalización” del *Di* correspondiente con la transformación de las relaciones internacionales, en donde es necesario suplementar los poderes de los Estados ante la creciente red de organizaciones internacionales para hacer posible la gobernanza más allá del Estado-Nación. Habermas (2008, p. 444) refiere que las funciones clásicas del Estado, desde salvaguardar la paz y seguridad física hasta garantizar la libertad, el estado de derecho, y la legitimación democrática se han ido alejando de la potestad del Estado, debido a los cambios asociados con política y economía a favor de los mercados globalizados, en donde el Estado se ha visto afectado de manera más profunda en su capacidad de ente responsable de la seguridad social de sus ciudadanos.

Nos encontramos ante un escenario que nos muestra al Estado cada vez más limitado en sus potestades y en constante escrutinio; a las organizaciones internacionales con más atribuciones y más responsabilidades de procurar la paz mundial y garantizar el desarrollo y la justicia; y a una persona humana, siendo más que un mero sujeto dependiente del Estado, convertida en el elemento central del *Di*.⁹⁶

Ante esta realidad cabe preguntarse ¿cuál es el papel que debe jugar el Estado en el nuevo orden universalista? ¿qué peso específico tiene la soberanía estatal ante el avance ‘universal’ de

⁹⁵ Para Zagrebelsky (1999), este entorno pluralista de reconstrucción constitucional da lugar a un nuevo constitucionalismo flexible o dúctil.

⁹⁶ Menciona Shaw (2005, p. 43) que hemos llegado a una cierta forma de orden jurídico supranacional, sin importar cuan falto de sofisticación u ocasionalmente cuan positivamente desordenado.

los *Dh*?⁹⁷ Más aún, es muy pertinente la pregunta que lanza Cassese (2005) en cuanto a cuál es la razón que ha impulsado al Estado, no sólo a existir y aceptar este *statu quo*, sino incluso a promoverlo.⁹⁸ Yo englobaría todo en una pregunta: ¿qué le queda al Estado en la era de los *Dh*?

Lo que teóricamente parecería la consumación del ideario universalista impulsado a partir de 1945, en la práctica parece aún estar muy lejos de ello, ante la serie de asuntos pendientes que la comunidad internacional no ha sido capaz de resolver. Ante el vacío que el *Di* ha dejado, se han planteado visiones como la de simplemente abandonar totalmente el proyecto internacionalista, o bien, la idealista de atribuir capacidades milagrosas a los procesos reformativos (Crawford, 2012, p. 18). Aún más, aunque al final siglo XX el Estado se encontraba cada vez más sujeto a controles jurídicos y morales, y se vaticinaba su eventual reemplazamiento por un nuevo ordenamiento jurídico e instituciones internacionales, en los comienzos del siglo XXI el Estado omnipotente y soberano ha experimentado un retorno ante las amenazas del nuevo siglo (Douzinas, 2007, p. 6).⁹⁹ Las amenazas a la civilización universalista del siglo XXI han traído consigo medidas extremas, de forma que la justicia y sus principios han debido ser sacrificados con el pretexto de proteger a los ciudadanos, y finalmente la seguridad ha triunfado por sobre los *Dh* (p. 6).¹⁰⁰

⁹⁷ La llegada, como dice Cassese (2005), de la doctrina de los *Dh* al ámbito internacional, es un ‘evento’ por demás relevante debido a que se trata de una ‘teoría subversiva’ que fomenta tensión y conflicto entre Estados.

⁹⁸ Textualmente el Cassese expresa: “Why then did States support and even advocate this ‘theory’ [of human rights] at an international level, knowing full well that it diverged radically from the political philosophy of State sovereignty and the basic principle on which the ‘Grotian model’ rested? What political and ideological motives induced certain members of the international community to propound ideas likely to undermine and disrupt their own authority?” (p. 375).

⁹⁹ Según Douzinas (pp. 6-7) las guerras del nuevo siglo continuarán la tradición que se empezó a finales del siglo pasado, guerras justas, justificadas por el cambio de régimen para liberar a los pueblos de dictadores y caudillos, para esparcir los *Dh*, libertad y democracia alrededor del mundo, pero cuyas victorias han representado un desastre en materia de derechos humanos para los pobladores de aquellas regiones.

¹⁰⁰ Para Douzinas (p. 6), ésta debe ser una época de defensa los derechos en contra de los ataques de gobiernos temerosos y que explotan el temor de los otros, pero también de defenderlos de aquellos que, defendiéndolos, se han dejado seducir por los estímulos del poder y han estado dispuestos a abandonarlos. Douzinas se refiere precisamente a un grupo de escritores liberales que han justificado violaciones a *Dh* a manos de las potencias occidentales en su combate al terrorismo.

Sin embargo, la opinión generalizada parece ser que, a pesar de los problemas e incapacidades, el sistema internacional ha sido capaz de sobrevivir a una etapa de cambios radicales y ha podido establecer un sistema armónico de convivencia con base en reglas determinadas (Crawford, 2012, p. 18).¹⁰¹ Para otros, no obstante, esto no es más que la evidencia incontestable del fracaso del *Di* en tanto que se ha basado en conceptos políticos obsoletos como la soberanía, la territorialidad y el Estado-Nación (Domingo, 2009, pp. 1543-1544).¹⁰²

4.3. Supremacía constitucional y derecho internacional: ¿El fracaso de los derechos humanos?

Si bien es cierto que tanto teórica como prácticamente los órdenes jurídicos han aprendido a operar de manera un tanto armónica, esto no significa que su operatividad esté garantizada. El largo debate teórico de las jerarquías entre sistemas jurídicos asume que ambos, son expresiones coherentes y fidedignas de la realidad que captamos de manera racional.

Si en este contexto volviera a la pregunta ¿qué le queda al Estado en la era universalista? Desde una concepción tradicional del Estado, podría concluir que al Estado no le queda casi nada. Se podría, también, responder a la pregunta concibiendo a un Estado internacional inmerso en el contexto universalista, en ejercicio de su soberanía y como expresión plena de ésta.

¹⁰¹ Al respecto Crawford (2012) indica: “In sum, international law provides a set of techniques for addressing the huge collective action problems presented by the co-existence of nearly 200 sovereign states. There is no large stock of available replacements for it. Despite its critics, it provides a normative structure for a rules-based system of international society. At present it is being tested, possibly to destruction. [...] But if it is destroyed we shall all be the worse for it.”

¹⁰² En palabras del propio Douzinas: “...we are faced with a crisis that stems from the very structure of international law, one that is based on political concepts that have become obsolete: those of sovereignty, territoriality, and the nation-state” (p. 1544).

Paradójicamente, ambas respuestas serían correctas en un marco como el que he narrado hasta este momento. En efecto, el Estado tradicional ha perdido cada vez más sus potestades ante la consolidación del orden universalista de los *Dh*, y la posibilidad de ese nuevo Estado universalista parecería la utopía cada vez más cercana en la que se alcanza el fin último de convivencia entre los seres humanos a través del *Di* y bajo el estandarte de los *Dh*.

Pero ambas respuestas olvidan un elemento muy importante, que el discurso jurídico es permeable a todo tipo de influencias, ideológicas, políticas, económicas, etc., y que el Estado, aún, es el elemento más importante en la práctica de los *Dh*, e, inclusive, que este orden universalista forjado por el *Di* obedece, en gran medida, a un discurso construido para fortalecer el avance de las democracias liberales de corte occidental.

La Codificación, desde Justiniano al Código de Napoleón, ha sido el último ejercicio de soberanía legislativa, la expresión suprema del poder del Estado. Los gobiernos eran el enemigo contra el que los derechos humanos se concibieron como defensa. Sin lugar a dudas, las atrocidades [del siglo XX] sacudieron y sorprendieron a algunos gobiernos y políticos tanto como a la gente común. Pero el negocio del gobierno es gobernar y no seguir principios morales. Las acciones gubernamentales en el ámbito internacional son dictadas por el interés nacional y las consideraciones políticas, y la moral aparece en escena siempre tarde, cuando el principio invocado resulta condenar las acciones de un adversario político (Douzinas, 2007, p. 23).¹⁰³

¹⁰³ Traducción personal del texto original en inglés: “Codification, from Justinian to the Code of Napoleon, has been the ultimate exercise of legislative sovereignty, the supreme expression of state power. Governments were the enemy against whom human rights were conceived as a defence. Undoubtedly, the atrocities of this century shook and shocked some governments and politicians as much as ordinary people. But the business of government is to govern

El estado más elevado de los *Dh* es percibido como el resultado de su globalización jurídica, en tanto se refiere a todos los Estados y a todos los seres humanos, y declara sus derechos como parte del patrimonio de la humanidad, sin embargo, en la era universalista, un Estado que adopta tratados internacionales se asume como Estado de *Dh*, convirtiéndoles en una estratagema para su legitimidad (Douzinas, 2007, p. 24).

Cada Estado y poder, se presenta bajo el manto del derecho internacional de los derechos humanos, cada gobierno se civiliza en tanto que la ‘ley de los príncipes’, finalmente se ha convertido en la ley ‘universal’ de la dignidad humana. Pero esta es una universalidad empírica, basada en la solidaridad competitiva de los gobiernos soberanos y en las preocupaciones pragmáticas y cálculos de la política internacional (Douzinas, 2007, p. 24).

Asumir que la “consolidación” de los *Dh* a través de los *Di* resulta un triunfo innegable y que se ha convertido en axioma de la humanidad no sería correcto. En efecto se ha puesto en marcha un proceso sin fin en la generación de instrumentos de *Di* con el objetivo de “proteger a las personas de las expresiones putativas de su propia soberanía”, es decir, la principal justificación para esta codificación incesante ha sido “el brutal tratamiento de las personas por sus propios gobiernos”, sin embargo, ese aumento aparentemente imparable de *Dh* no es precisamente claro (Douzinas, 2007, p. 23).¹⁰⁴

not to follow moral principles. Governmental actions in the international arena are dictated by national interest and political considerations, and morality enters the stage always late, when the principle invoked happens to condemn the actions of a political adversary” (p. 23).

¹⁰⁴ Traducción personal de un fragmento del texto original en inglés: “What lies behind this apparently unstoppable proliferation of human rights? At the level of international law and institutions, the main justification for this incessant codification has been the brutal treatment of people by their own governments [...] An endless process of international

Cuando los derechos humanos y el interés nacional coinciden, los gobiernos se convierten en sus más grandes campeones. Pero esta es la excepción. El derecho internacional de los derechos humanos operado por el gobierno es la mejor ilustración del cazador furtivo convertido en guardabosques (Douzinas, 2007, p. 23).¹⁰⁵

En efecto, los *Dh* fueron concebidos como herramientas contra “el despotismo del poder y la arrogancia de la riqueza”, pero su arrogación por los gobiernos significa que han sido despojados de su fuerza crítica y su objetivo inicial, y que ahora cumplen la función opuesta (Douzinas, 2007, p. 24).

and humanitarian law-making has been put into operation, aimed at protecting people from the putative expressions of their own sovereignty” (p. 23).

¹⁰⁵ Traducción personal del texto original en inglés: “When human rights and national interest coincide, governments become their greatest champions. But this is the exception. The government-operated international human rights law is the best illustration of the poacher turned gamekeeper”.(p. 23)

5. EL LÍMITE DE LOS LÍMITES: CONFLICTIVISMO Y RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Retomando el análisis de la C.T. 293/11, la segunda arista del problema que planteé a raíz de dicha resolución de la Suprema Corte consiste en la aparente permisibilidad, no acotada, de la restricción al ejercicio de los *Dh*, y la incapacidad de hacer un análisis crítico de dichas restricciones en el foro local. La cuestión central sería, entonces, preguntarnos si es posible limitar o restringir derechos fundamentales, y, de ser así, cuál sería la razón de estos límites o restricciones, y cómo se justifican. Una segunda cuestión que debemos plantearnos es determinar si existen mecanismos para resistir y combatir estas limitaciones, y, de existir, qué tan efectivos son, o pueden ser, en un contexto cambiante y no estático, como el de nuestra realidad histórico jurídico actual.

A continuación, abordaré las cuestiones antes expuestas, haciendo, previamente, un breve análisis de la literatura jurídica para evidenciar la multiplicidad de posturas teóricas respecto a la susceptibilidad de un derecho de entrar o no, en conflicto con otros derechos o bienes públicos, para plantear, con ello, una introducción lógica al tema de la restricción de *Dh*.

5.1. Conflictivismo: de la colisión y conflicto entre derechos

La posibilidad de que los derechos, o su ejercicio, sean restringidos o limitados, está estrictamente relacionada con la interpretación del concepto de ‘derecho’ en sí, y de su posibilidad de conflicto con otros derechos o bienes públicos.¹⁰⁶ En general, gran parte de las escuelas filosóficas del derecho han abordado este tema desde la óptica de colisión de derechos con otros derechos.

¹⁰⁶ Siguiendo a Cianciardo (2007), en adelante me referiré a este fenómeno de la colisión de derechos, como “conflictivismo”.

La noción general y dominante es que existen conflictos entre derechos y otros derechos u otros bienes, y, entonces, es necesario establecer límites a los mismos para resolver dichos conflictos. El conflictivismo consiste en “la posibilidad real de que los derechos fundamentales choquen entre sí, o choquen con bienes públicos (Cianciardo, p. 41). A menudo, se presupone que los conflictos de derechos son comunes, si no, inevitables, y la posibilidad de su ocurrencia no suele ser generalmente cuestionada (Preda, 2015), sin embargo, autores como Preda (p. 678) sostienen que lo anterior resulta muy problemático para una teoría de la justicia, ya que si los derechos entran en conflicto, uno de ellos debería ser anulado, y esto debilitaría el papel que deben jugar todos los derechos dentro de dicha teoría. La autora sugiere que, incluso si los conflictos de derechos fueran posibles, estos serían mucho menos comunes de lo que suele ser imaginado, ya que, en muchas instancias, dichos conflictos no lo serían entre derechos ‘genuinos’. A final de cuentas, las diferentes formas de establecer una concepción de ‘derecho’ o ‘derechos’ llevan a conclusiones muy diferentes sobre la posibilidad de que estos entren, o no, en conflicto (Waldron, 1989).

Pocos son los teóricos que han negado por completo la susceptibilidad de los derechos de entrar en conflicto. En Nozick (1974), por ejemplo, tales conflictos no existirían, o serían casi imposibles, en tanto que los derechos deben considerarse restricciones colaterales, es decir, límites a las acciones de otros, y, en ese sentido, son esencialmente negativos, o sea, requieren primordialmente de una abstención u omisión. El carácter negativo de los derechos entonces requeriría que cada quien se abstenga de realizar determinado tipo de acciones, pero nunca requeriría más que dicha omisión, y a cada quien le preocuparía sólo la propia observancia de dichas restricciones. Dado que cada restricción se presenta como un límite a su conducta, no se necesitaría una preocupación por tratar de limitar la conducta de otros para que los propios

derechos fueran respetados por ellos. Así, no existiría la cuestión de si uno mismo debe violar algunos derechos para evitar violaciones graves por parte de otros. Aún más, existirían derechos ‘particulares’ sobre cosas ‘particulares’, pertenecientes a personas ‘particulares’; y derechos ‘particulares’ para llegar a acuerdos con otros, y no existirían derechos en conflicto con esta subestructura de derechos ‘particulares’, y ya que no hay un contorno preciso para alcanzar un objetivo, o para satisfacer una necesidad que evitara la incompatibilidad con esta subestructura, pues, entonces, no existirían tales derechos (Nozick, p. 238). Con base en esta concepción, los derechos son, más o menos, incapaces de entrar en conflicto entre sí (Waldron, pp. 503-505).

Preda (2015, p. 689), por su parte, argumenta que un derecho en sentido positivo no entra en conflicto con uno negativo, aunque uno limite al otro, ya que, si ambos son derechos válidos, lo positivo de uno se correlaciona con un deber en el titular del negativo, mismo que puede ser coercible. Por lo tanto, los derechos en sentido positivo se pueden incluir en un conjunto de derechos generales, sin ocasionar conflictos con otros negativos. Así, no se debería concluir que el reconocimiento de los derechos en sentido positivo significa que los negativos son menos importantes, o que sus límites son porosos. Si bien evitan la interferencia con bienes o servicios debidos a otros, sirven para proteger al titular del derecho una vez que estos derechos se han cumplido.

Por otro lado, Toller (2006) y Cianciardo (2007) opinan que no existen propiamente conflictos de derechos, sino que pueden existir conflictos entre normas, pero la colisión de derechos es un mito, pues ellos se interrelacionan unos con otros de manera armónica.

Toller (2006) considera que los derechos subjetivos pueden ser expresados lógicamente con proposiciones categóricas de carácter universal, y, en este sentido, la posibilidad del conflictivismo implicaría abolir el principio lógico de ‘no contradicción’, que señala que no se

puede ser y no ser en el mismo momento. Para Toller, el bien jurídico o bien propio del Derecho—lo justo del derecho—no se puede oponer a lo justo, es decir, “que el ser derecho no puede oponerse al ser derecho” (p. 155).

Después de un análisis lógico formal, Toller concluye que, si fuese posible que dos proposiciones jurídicas contrarias o contradictorias fueran correctas, entonces, sólo se podría resolver dicha aporía mediante la jerarquización o balance de las pretensiones, y, dado que ambas serían verdaderas, esto sería siempre arbitrario y subjetivo, sin una motivación y argumentación adecuada, “pues no se puede alcanzar la justicia y la razón a partir de negar la protección a un derecho subjetivo o a un interés público que se reconoce como legítimo y existente”. Por lo tanto, no habría conflictos de verdaderos derechos, pues parte de cada uno de ellos, o ellos en su totalidad, serían sólo “espejismos” (pp. 180-181).

Por eso, es imposible que, en un litigio que involucre dos presuntos derechos—o un derecho individual y un bien común, o dos intereses generales—, que lógicamente son enunciables como proposiciones contrarias o contradictorias, ambos sean, a la vez y en plenitud, justos, eficaces, razonables y presentes, dejando así que la resolución descansa en los métodos consistentes en jerarquizar o en contrapesar (Toller, pp. 181-182).

Así, Toller considera que el punto de vista conflictivista es equivocado, pues el sacrificio de derechos resultante es contrario a las reglas de la lógica, ya que la idea de conflicto entre derechos violaría las reglas de la ciencia del pensamiento racional y metódico. No se debería tratar, entonces, de ver jerarquías o de ponderar pesos, sino de encontrar y determinar el *ius* del caso, mediante una

indagación prudencial y finalista, pues “el Derecho tiene un *telos* que es factible conocer y secundar” (p. 182).

Cianciardo (2007, p. 254), por su parte, propone diferenciar entre normas iusfundamentales, cuyo contenido es limitado y regulable, y derechos fundamentales, que son limitados, pero ilimitables. Así, se entendería que los derechos fundamentales no son limitables, pues protegen aquello que protegen y nada más, y si bien tienen un contenido limitado a lo que protegen en específico, su contenido como tal es ilimitable. Por lo tanto, es posible que existan conflictos entre normas iusfundamentales, pero nunca conflictos de derechos fundamentales.¹⁰⁷

No obstante, gran parte de la literatura jurídica contemporánea afirma que los derechos, de hecho, entran en conflicto. Lo anterior lo afirman, desde distintos ángulos teóricos, varios de los juristas más influyentes en el pensamiento actual, como Raz, Alexy, Dworkin, Rawls y muchos otros. Raz (1986), por ejemplo, considera que los conflictos son más o menos inevitables en las circunstancias del mundo real (Waldron, p. 505). A su vez, Dworkin (1980) plantea la posibilidad de conflicto e incluso de limitación de derechos por otros “no derechos”, e, incluso, ser anulados por otros sistemas de valores (Xu & Wilson, 2006).

En concreto, la teoría de derechos que esboza Raz (1986) plantea la existencia de derechos que se basan en intereses, mismos que se fundamentan en la importancia moral del titular del derecho—*right-holder*—, y, evidentemente, estos intereses individuales, a menudo, entran en conflicto entre sí (Waldron, 1989).¹⁰⁸ Para Raz (pp. 183-184) existe un conflicto necesario entre

¹⁰⁷ Más adelante abordaré la postura de Cianciardo con mayor detenimiento.

¹⁰⁸ Raz (pp. 180-183) observa la existencia de derechos en donde el interés del titular del mismo es, en ocasiones, suficiente para imponer una obligación en otro. En este sentido, los derechos son oponibles ante otras personas en específico; a veces ante cierto grupo, sector o categoría de personas; o a veces son oponibles *erga omnes*. Así, existen derechos que imponen deberes que pueden generar obligaciones a ciertas personas y no a otras, o imponer obligaciones de realizar ciertas acciones y no otras, y lo anterior depende de la base de cada derecho, es decir en las consideraciones que justifican su existencia, pero también depende de la ausencia de consideraciones opuestas. Es decir, si las consideraciones muestran que la ‘aspiración de derecho’—*would-be right*—no es suficiente para justificar la sujeción de otro a una obligación, entonces tal derecho no existe. En algunas ocasiones, sin embargo, el derecho sí existe,

ciertos derechos. Un derecho general es sólo una base *prima facie* para la existencia de un derecho particular, y en este sentido, los derechos pueden entrar en conflicto con otros derechos o con otros deberes, y los conflictos de derechos son posibles si los conflictos sobre las obligaciones o deberes que imponen también lo son.

Los derechos son la base de los deberes en tanto que una forma de sustentar que una persona esté sujeta a un deber es que esto sirva al interés sobre el cual se basan los derechos de otra persona. Considerado desde la perspectiva opuesta[,] el hecho de que los derechos sean suficientes para fundamentar los deberes[,] limita los derechos que uno tiene. Sólo cuando el interés de uno es una razón para que otro se comporte de una manera que lo proteja o lo promueva, y sólo cuando esta razón tenga el carácter perentorio de un deber, y finalmente, sólo cuando el deber sea por [una] conducta que haga una diferencia significativa para la promoción o protección de ese interés, [se] hace que el interés genere un derecho. Naturalmente, puede haber otros motivos para no mantener a una persona sujeta a tal deber. La definición requiere que el derecho sea una razón suficiente para un deber. Por lo tanto, [...] donde las consideraciones conflictivas derrotan por completo el interés del aspirante a titular del derecho, o cuando debilitan su fuerza y nadie puede ser justificadamente retenido por esos intereses, entonces no hay derecho. Cuando las consideraciones conflictivas anulan aquellas en las que el derecho se basa, en algunas, pero no en todas las oportunidades, existe el derecho básico

aunque impone obligaciones de manera satisfactoria sólo sobre algunas de las acciones que pueden promover el interés en el que se sustenta.

general, pero las consideraciones contradictorias pueden mostrar que algunas de sus posibles derivaciones, no (Raz, p. 183).¹⁰⁹

Por otra parte, es ampliamente conocida la teoría de los derechos como triunfos—*trumps*—de Dworkin,¹¹⁰ que se puede resumir en que los derechos, en última instancia, deben triunfar sobre otros sistemas de valores utilitaristas o de preferencias externas (Kamm, 2001; Waldron, 1989; Xu & Wilson, 2006). Dworkin (1980, p. xi) plantea la tesis de que los derechos individuales son ‘triumfos’ políticos que poseen los individuos, cuando no existe la justificación de que una meta colectiva se pueda imponer ante un deseo individual de tener o de hacer, o cuando no exista justificación de una pérdida o un perjuicio. En las palabras del autor:

Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio. Por cierto que una

¹⁰⁹ Traducción personal del texto original en inglés: “Rights are grounds of duties in the sense that one way of justifying holding a person to be subject to a duty is that this serves the interest on which another’s right is based. Regarded from the opposite perspective the fact that rights are sufficient to ground duties limits the right one has. Only where one’s interest is a reason for another to behave in a way which protects or promotes it, and only when this reason has the peremptory character of a duty, and finally, only when the duty is for conduct which makes a significant difference for the promotion or protection of that interest does the interest give rise to a right. Naturally there may be other grounds for not holding a person to be subject to such a duty. The definition requires that the right is a sufficient reason for a duty. Hence, as we saw, where the conflicting considerations altogether defeat the interest of the would-be right-holder, or when they weaken their force and no one could justifiably be held to be obligated on account of those interests, then there is no right. Where the conflicting considerations override those on which the right is based on some but not on all occasions, the general core right exists but the conflicting considerations may show that some of its possible derivations do not [sic]”.

¹¹⁰ He preferido consultar al autor directamente en su idioma original para este trabajo. Sin embargo, para algunas citas textuales he decidido auxiliarme de la traducción al castellano de mayor difusión, la de Marta Guastavino en la edición española de “Los derechos en serio” (Dworkin, 1989). En concreto adopto el uso del término “triumfo” como traducción de “*trump*” que hace Guastavino en la edición antes citada.

caracterización tal de un derecho es formal, en el sentido de que no indica qué derechos tiene la gente, ni garantiza siquiera que tengan alguno. Pero no supone que los derechos tengan ningún carácter metafísico especial, y la teoría que defendemos en estos ensayos se aparta, por ende, de otras teorías de los derechos más antiguas, que se apoyan efectivamente en tal suposición [sic] (Dworkin, 1989, p. 37).¹¹¹

En lo que toca al utilitarismo Rawlsiano, a veces se le considera, curiosamente, como la única teoría moral que logra evitar el conflicto. Una mejor manera de ver el estándar utilitario, dice Waldron (1989, p. 507), es verlo como una regla diseñada precisamente para resolver, en vez de evitar conflictos, es decir, la exhaustividad de la teoría no consiste en su valor por evitar conflictos, sino en su compromiso con el principio para resolverlos. En conexión con lo que plantea Dworkin, generalmente se considera que en Rawls (1971) es incluso posible que algunos “no derechos” superen a los derechos básicos, en la preservación de un sistema pre existente (Xu & Wilson, 2006).¹¹²

¹¹¹ Cita directa de la edición en castellano.

¹¹² Es importante mencionar que dicha afirmación no es extraída directamente de Rawls, sino de la interpretación que de él hace Martin (1985). Martin (p. 153) afirma lo siguiente: “El principal contraste, en mi opinión, es que en la teoría Rawlsiana, los derechos básicos pueden ser anulados por no derechos (por ejemplo, las consideraciones utilitarias de bienestar general, seguridad pública, etc.) sólo cuando se requiere tal anulación para preservar un sistema de derechos existente. Lo anterior es una traducción personal del siguiente párrafo: “The main contrast, in my view, is that in the Rawlsian theory, basic rights can be overridden by nonrights (e.g. the utilitarian considerations of general welfare, public safety, etc.) only when such an overriding is required in order to preserve a system of rights in existence”. Martin (p. 130) incluso afirma en otra parte: “Los derechos pueden entrar en conflicto. No pretendo sugerir aquí que ese conflicto sea inevitable (porque ese es el verdadero punto que debe resolverse). Más bien, simplemente quiero decir que tales conflictos son muy comunes [...] Y debido a que los derechos específicos tienden a entrar en conflicto, estamos dispuestos a decir, de una manera más general, que los derechos pueden entrar en conflicto [...] Pero la posibilidad de conflicto parece traspasar las diversas categorías principales y surgir no sólo para cualquier tipo de derecho jurídico sino también para los derechos constitucionales, los derechos humanos o naturales, para la clase de los derechos morales en su conjunto.”. Lo anterior es una traducción personal del siguiente párrafo: “Rights can conflict. I do not mean to suggest here that such conflict is inevitable (for that is the very point that needs resolving). Rather, I want simply to say that such conflicts are very common [...] And because specific rights do tend to conflict, we are prepared to say, in a more general way, that rights can conflict [...] But the possibility of conflict seems to cut across the various main categories and to arise not only for garden-variety legal rights but also for constitutional rights, for human or natural rights, for the class of moral rights as a whole”.

Existen muchos más juristas que plantean la posibilidad de conflictivismo. Por mencionar sólo un par más, podemos añadir a Kamm (2001), quien examina las formas en que los derechos entran en conflicto, o que al menos aparentan entrar, y considera que la resolución de dichos conflictos no es únicamente una función de ponderación de intereses, como es comúnmente afirmado. Para otros como Gewirth (1982), es imposible que haya *Dh* que no limiten otros derechos, excepto los valores generales no adecuados que pueden contener elementos de derechos humanos (Xu & Wilson, 2006). Pero, quizá uno de los juristas que más ha desarrollado el tema de los conflictos entre derechos es, también, uno de los más influyentes pensadores de los últimos tiempos, Robert Alexy.

Alexy (2002, pp. 300-301)—citando a Müller—establece que “ningún derecho fundamental está garantizado ilimitadamente”, y que depende de una restricción “inmanente” de su “calidad de derecho”. Es decir, en tanto que son derechos, “están fundamentados en la Constitución”, y, por ende, pertenecen al orden jurídico constitucional “de donde resulta la imposibilidad de una ilimitabilidad ‘en todas direcciones’”. Para el propio Alexy (p. 277), “[l]os derechos fundamentales, en tanto derechos de rango constitucional, pueden ser restringidos sólo a través de, o sobre la base de, normas con rango constitucional”. Por tanto, “las restricciones de derechos fundamentales son normas que restringen posiciones iusfundamentales *prima facie*”; así, “las restricciones a derechos fundamentales son *normas*”, pero estas normas pueden restringir un derecho fundamental sólo si son constitucionales, y, entonces, si no lo son, “su imposición puede [...] tener un carácter de intervención pero no de restricción”, de tal forma, “las normas son restricciones de derechos fundamentales sólo si son constitucionales” (p. 272).

¿Entonces, quiere decir que si concebimos los derechos como susceptibles de conflicto, entonces también es necesario y/o posible limitarlos o restringirlos? Y, consecuentemente, ¿si

concebimos que los derechos no son susceptibles de conflicto, entonces no procede su limitación?

La respuesta, como veremos, no es tan sencilla.¹¹³

5.2. De la limitación y restricción a los derechos

Como mencioné anteriormente, la limitación o restricción a los derechos está estrechamente relacionada con la posibilidad de que los derechos entren en conflicto o no, y lo anterior está determinado por la concepción de derechos desde la cual se parta.

Al inicio de esta investigación partí desde varias perspectivas para explicar los derechos fundamentales y/o humanos como los derechos más básicos inherentes a la persona por el simple hecho de serlo. Lo anterior, me lleva a cuestionar si los *Dh*, como los derechos más básicos que toda persona debe tener, son también susceptibles de conflicto y entonces de ser limitables. Esto, también, me conduce a la cuestión de si los derechos son, a su vez, limitados o, alternativamente, si son completamente absolutos. A continuación, analizaré esta última cuestión.

¹¹³ Una vez revisada la vasta literatura relacionada a la colisión y limitación de los derechos, puedo plantear que todas aquellas teorías que en efecto consideran plausible la colisión entre derechos fundamentales, así como su posible limitación, y que en consecuencia plantean mecanismos para solucionar dichos conflictos, parten, como lo evidencia Cianciardo, de la identificación entre ‘derecho’ y ‘norma’. Como abordaré en capítulos posteriores, un redimensionamiento de los *Dh* requiere pensar en los distintos momentos de cada ‘derecho’, y, por lo tanto, entender que la ‘norma’ positiva no comprende en su totalidad al derecho; antes bien, el derecho fundamental cuenta con un núcleo, en el que se encuentra su formulación jurídica más completa, y fuera de este núcleo, en su corteza, se encuentran las normas positivas que enuncian dicho derecho. Sin embargo, el derecho fundamental parte de una dimensión más radical, la cual permanece, incluso, fuera del núcleo jurídico. En ese sentido, la norma que enuncia el ‘derecho’, en tanto elemento eminentemente normativo y positivo, de manera natural puede entrar en conflicto e, incluso, ser restringida o limitada por otras normas, aunque el núcleo del derecho permanezca sin afectación. No obstante, más allá de una situación natural de colisión de normas de derecho, y ante la posibilidad de un ataque normativo al núcleo mismo del derecho, es necesario ir más allá, y buscar en esa imagen radical del derecho—la cual no entra en conflicto con ningún otro derecho y la cual por su naturaleza no es susceptible de limitación—cuál norma prevalece antes que la otra, más allá del otorgamiento de pesos y valores formales. A este particular dedicaré un capítulo completo más adelante.

5.2.1. Del absolutismo de los derechos

Como menciona Gewirth (1982), la idea de derechos absolutos es doblemente normativa, ya que incluye no sólo la idea de un reclamo o prerrogativa justificados, sino también, la justificación irrestricta del objeto de aquella prerrogativa. Sin embargo, los objetos de estos derechos ‘morales’ están jerárquicamente ordenados de acuerdo con su grado de necesidad, aunque no necesariamente en cuanto a los sujetos de esos derechos. Así que, para ser absoluto, un derecho debería ser conclusivamente válido sin excepciones, pero en tanto los derechos varían en su generalidad y en el resultado de las especificaciones de sus sujetos y objetos, entonces, se pueden constituir excepciones a los derechos más generales, en los que estas especificaciones no se encuentran presentes. Por lo tanto, ya que un derecho absoluto es aquel que es válido sin excepciones, entonces, o bien, no existen derechos absolutos pues todos requieren alguna especificación, o bien todos los derechos son igualmente absolutos, en tanto que, cuando sus especificaciones han sido admitidas, son igualmente válidos sin alguna otra excepción. Lo anterior, si consideramos que no todas las especificaciones de sujetos y objetos de derechos morales constituyen un tipo de excepciones, cuya aplicabilidad a un determinado derecho no le quita, a éste, la calidad de absoluto (pp. 219-222).

Para Gewirth (p. 233) la cuestión para saber si existen derechos absolutos, es saber si distintas personas con iguales derechos morales tienen derechos que nunca pueden ser anulados por otras consideraciones, e incluso, por derechos colectivos. Para lidiar con esta cuestión Gewirth propone la distinción entre absolutismo abstracto y absolutismo concreto:

Para abordar adecuadamente esta cuestión, es de vital importancia distinguir entre el absolutismo abstracto y el concreto. El [...] abstracto en

ningún momento tiene en cuenta las consecuencias o las conexiones empíricas o causales que pueden afectar los resultados posteriores de las dos alternativas que considera [...] mutuamente excluyentes y exhaustivas. Su única preocupación es la inocencia moral del agente, frente a los efectos de las elecciones del agente para el bienestar o la desgracia humana. Por el contrario, [...] el [...] concreto se ocupa de las consecuencias y las conexiones empíricas, pero siempre dentro de los límites del derecho que defiende como absoluto. Su consecuencialismo es, por lo tanto, limitado en lugar de ilimitado. Debido a su preocupación por las conexiones empíricas, toma en cuenta un rango más amplio de alternativas posibles que el simple dualismo al que se limita el [...] abstracto. Su enfoque principal no está en la inocencia moral del agente sino en los derechos básicos de las personas a no ser sometidas a males indescriptibles. Dentro de este enfoque, sin embargo, el [...] concreto también está profundamente preocupado por los efectos del cumplimiento de estos derechos en el bienestar básico de otras personas (Gewirth, p. 231).¹¹⁴

¹¹⁴ Traducción personal del texto en inglés: “Properly to deal with this question, it is vitally important to distinguish between abstract and concrete absolutism. The abstract absolutist at no point takes account of consequences or of empirical or causal connections that may affect the subsequent outcomes of the two alternatives he considers. He views the alternatives as being both mutually exclusive and exhaustive. His sole concern is for the moral guiltlessness of the agent, as against the effects of the agent’s choices for human weal or woe. In contrast, as I suggested earlier, the concrete absolutist is concerned with consequences and empirical connections, but always within the limits of the right he upholds as absolute. His consequentialism is thus limited rather than unlimited. Because of his concern with empirical connections, he takes account of a broader range of possible alternatives than the simple dualism to which the abstract absolutist confines himself. His primary focus is not on the moral guiltlessness of the agent but rather on the basic rights of persons not to be subjected to unspeakable evils. Within this focus, however, the concrete absolutist is also deeply concerned with the effects of the fulfilment of these rights on the basic well-being of other persons”.

Gewirth concluye que al final ciertos derechos son absolutos en tanto que sirven para proteger presupuestos básicos del principio válido de moralidad, en su igual aplicación a las personas. Pero atendiendo al principio de universalismo concreto, ciertos derechos son universales, aunque, debido a sus especificaciones, pueden ser, incluso, anulados.

Este carácter central y fundamental de los derechos humanos no significa que todos esos derechos sean absolutos. Pero cuando un derecho humano es anulado, debe ser por otro derecho humano, especialmente cuando el Objeto de este último es más necesario para la acción que el anterior. Incluso cuando un derecho es anulado por consideraciones de bienestar general, el último criterio que debe prevalecer genuinamente, debe estar compuesto por los derechos de individuos” (Gewirth, p. 6).¹¹⁵

Así, cuando un *dh* es anulado, este debe ser por otro *dh*, en atención a la necesidad del objeto, incluso en casos de bienestar público, pues aquí se entiende que este bienestar se compone de los derechos de otros individuos (Gewirth, p. 6).

5.2.2. De los límites externos y los límites internos de los derechos

Asumiendo, entonces, que los *Dh* pueden ser afectados por las especificaciones respecto a la necesidad de sus objetos, entonces, podemos decir que, estos, pueden ser restringidos e incluso

¹¹⁵ Traducción personal del texto en inglés: “This central and fundamental character of human rights does not mean that all such rights are absolute. But when a human right is overridden, it must be by another human right, especially, when the latter's Object is more necessary for action than the former's. Even when a right is overridden by considerations of the general welfare, the latter criterion to be genuinely overriding, must be composed of the rights of individuals”.

anulados sin que se afecte su naturaleza. Esto nos lleva a la cuestión que planteé anteriormente: dado que son afectables por la necesidad del objeto ¿entonces deberíamos entender que los *Dh* son limitados y limitables? Para dar una respuesta adecuada a esta pregunta es necesario, entonces, analizar los argumentos en torno a los límites de los derechos.

En el desarrollo contemporáneo del derecho, principalmente en Europa, distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales han desarrollado dos grandes corrientes teóricas para estudiar y entender la limitación a los derechos fundamentales: por un lado la teoría interna y por otro, la teoría externa (Cianciardo, 2007).

La teoría de los límites internos—o teoría interna—deriva del modo en que “el derecho es concretamente expresado en el texto constitucional”, mientras que la teoría de los límites externos—o teoría externa—considera que los límites a los derechos “emergerían de la colisión de un derecho y otro” (Cianciardo, 2007, p. 300). En ambos casos, la concepción del derecho iusfundamental varía. Por ejemplo, la teoría de los límites internos considera los derechos como limitados e ilimitables, y cualquier limitación debe “descubrirse” dentro de la Constitución.¹¹⁶ Por otro lado, la teoría de los límites externos considera a los derechos como carentes de todo límite *per se*, sin embargo, la vida social exige la coordinación entre derechos y bienes, y, por ello, esos otros derechos y bienes constituyen, desde el exterior, límites a los derechos (pp. 249-250).

La teoría externa parte de una comprensión de los derechos fundamentales como ilimitados. Para sus sostenedores, los derechos carecen, en su génesis, de todo límite. La vida social, sin embargo—se advierte inmediatamente—exige una coordinación entre los distintos derechos

¹¹⁶ Los principales defensores de la teoría de los límites internos o teoría interna según Cianciardo (2007) son Müller y Alexy.

entre sí y con otros bienes. Esta exigencia lleva a la necesidad de recortar los derechos fundamentales para hacerlos operativos. Son los otros derechos y los bienes quienes, desde el exterior, vienen a constituirse en límites de cada derecho. Poco importa que se trate de límites instituidos por el constituyente o el legislador: lo decisivo, lo que hay que llevar a cabo, es una articulación de los derechos en juego que los salve de su impracticabilidad (Cianciardo, 2007, p. 249).

La teoría externa—desde su concepción de libertades ilimitadas—cae en el conflictivismo—por la colisión con otros derechos—y, además, no le son aplicables la garantía del contenido esencial y el principio de proporcionalidad—vitales, según Cianciardo (2007), para determinar los límites a los derechos. Por su parte, la teoría interna se asienta sobre “un dogma probadamente falso, el de la autosuficiencia del texto constitucional y de las disposiciones iusfundamentales”, es decir, cae en una ilusión de pensar que “todas las soluciones constitucionales se encuentran en la Constitución”. A final de cuentas—Cianciardo critica—, ambas posiciones comparten algo que “las esteriliza como propuestas: identifican al derecho fundamental con la norma iusfundamental” (pp. 250-251).

El conflictivismo “plantea la necesidad de limitar los derechos para hacerlos realmente operativos”, lo que conduce a una pérdida del vigor normativo de los derechos, y, por ende, “les impide la consecución de uno de sus fines principales: la resistencia a toda limitación” (Cianciardo, 2007, p. 293). Cianciardo, entonces, nos propone diferenciar entre normas iusfundamentales, cuyo contenido es limitado y regulable, y derechos fundamentales, que son limitados, pero ilimitables. En atención a ello, y como mencionaba antes en este mismo capítulo, Cianciardo propone una nueva concepción teórica de las limitaciones a los derechos—una acotación o adaptación a la teoría

externa—, que entiende que los derechos fundamentales no son limitables, es decir, “protegen aquello que protegen y nada más”, y aunque su contenido es limitado—a aquello a lo que protegen específicamente—, dentro de sus propias limitaciones, su contenido es ilimitable. “Esto nos lleva a reiterar que es verdad que hay conflictos de normas iusfundamentales, pero que nunca, en ningún caso existen auténticos conflictos de derechos” (p. 254), y, yo añadiría, tampoco conflictos de derechos con bienes protegidos constitucionalmente.

5.2.3. De los alcances de la restricción de derechos

La limitación a los derechos es un tema común dentro del *Dn* y del *Di*. Textos constitucionales en todo el mundo son explícitos en cuanto a la potestad del poder público de imponer límites y restricciones a derechos constitucionalmente establecidos. Recordemos por ejemplo el caso de Alemania, que reconoce que un derecho puede ser restringido por ley o en virtud de una ley general pero sin afectar su contenido esencial (“Ley Fundamental de la República Federal de Alemania,” 1949), o bien el de España, que establece que podrá regularse el ejercicio de derechos y libertades, también sólo por ley y respetando su contenido esencial (“Constitución Española,” 1978). Por su parte la Constitución mexicana, en su artículo 29, determina que cualquier “restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación”.

La limitación o restricción al ejercicio de derechos en situaciones de “normalidad institucional”—como oposición a aquellos donde existe una catástrofe o un amenaza mayor que

se consideran de ‘anormalidad institucional’—debe superar por un lado, un requisito material, esto es, que las limitaciones obedezcan a razones de orden público, y por otro, uno formal, esto es, que se establezcan sólo a través de leyes y no a partir de actos del ejecutivo o resoluciones judiciales (Nogueira Alcalá, 2003, pp. 141-142). El problema radica, como bien reconoce Nogueira (p. 141), en que “las limitaciones ordinarias a los derechos se basan en conceptos jurídicos indeterminados”, es decir, conceptos que “no se encuentran conceptualmente delimitados con precisión siendo susceptibles de interpretaciones”, como lo son aquellos de “‘bien común’, ‘orden público’, ‘moral pública’, ‘utilidad’ o ‘salubridad pública’, ‘seguridad pública’, ‘interés nacional’, entre otros”.

Dice Nogueira (p. 142) que “aquellos valores y principios se encuentran vinculados con el estándar o parámetros de una sociedad democrática y no pueden afectar el contenido o núcleo esencial del derecho asegurado y protegido”. De tal forma, el “bien común o el orden público no pueden invocarse como ‘medios para suprimir un derecho [...]’, además de que deben interpretarse de acuerdo a las justas exigencias de una sociedad democrática”.¹¹⁷

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

¹¹⁷ En este sentido la Corte IDH intentó delimitar el concepto de ‘orden público’ en el análisis del caso ‘Colegiación obligatoria de periodistas’: “En efecto, una acepción posible del orden público [...] hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público” (“OC-5/85”, 1985 §64). Al respecto del bien común, la Corte IDH, en el mismo caso, estableció lo siguiente: “Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana” (“OC-5/85”, 1985 §66).

regular su conducta—; y, finalmente, que existan salvaguardias contra el abuso de la ley (Ross, 1984, pp. 199-200).¹¹⁸

Sin embargo, además existen una serie de “valores y principios”, como los llama Nogueira (2003), que requieren que cualquier limitación a *Dh* sea razonable y justificada (Ross, 1984). Si bien las limitaciones a *Dh* se ven con mayor evidencia en situaciones de emergencia—o de anormalidad institucional—, donde es, quizá, más fácil demostrar la necesidad y razonabilidad de dichas limitaciones, en un contexto de normalidad institucional, la norma debe ser singularmente precisa y concreta al establecer la “necesidad” de las limitaciones, permitiendo, entonces, la posibilidad de un análisis e, incluso, ponderación de las circunstancias de la limitación del derecho con los alcances del derecho mismo (Nogueira Alcalá, 2003).

Todas las posturas anteriormente descritas se circunscriben en la máxima de razonabilidad o principio de proporcionalidad, es decir, que la limitación o restricción sea razonable o proporcionada. Este principio prescribe que la regulación o limitación debe ser razonable, con base en una serie de requisitos o de sub principios: a) adecuación—que la norma que regula o limita un derecho sea adecuada o idónea para la consecución del fin deseado—; b) necesidad—que se escoja el medio que resulte menos restrictivo de los derechos involucrados—; y c) razonabilidad—que la medida guarde una relación razonable con el fin que se busca. A final de cuentas, todo se reduce a un balanceo entre ventajas y desventajas, o bien, a un análisis de costos y beneficios (Cianciardo, 2007, pp. 282-284).

¹¹⁸ Ross (1984), reconoce que no es posible tener una certeza absoluta, y que, a menudo, es necesaria cierta flexibilidad, de modo que las leyes pueden expresarse en términos relativamente vagos, sin embargo, deben ser previsibles a través de su interpretación y aplicación en la práctica. Sin embargo, una ‘ley’ que permite el ejercicio de una discreción sin restricción en casos individuales, no puede tener la característica esencial de previsibilidad y, por lo tanto, no puede ser ‘legal. Así, el alcance de la discrecionalidad debe indicarse con una certeza razonable, en este caso, en la ley misma (Ross, 1984, pp. 199-200).

5.3. La interpretación como límite a la restricción de derechos humanos

En la práctica jurisdiccional el límite a las restricciones de *Dh* es una cuestión de interpretación. Ya que se trata de normas constitucionales, cuando estas entran en conflicto y son limitadas por otras normas, es necesario para el juzgador ir más allá de su contenido normativo para buscar su aplicabilidad y operatividad, y así, los jueces deben aplicar técnicas interpretativas que les permitan abordar y solucionar los conflictos entre derechos. En este sentido, existen varias técnicas interpretativas que se usan en el análisis del conflictivismo, entre ellas, “la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos [...], el principio *pro personae*, etcétera” (Carbonell, 2008, p. 11). A continuación, me referiré a algunos de las más relevantes.

5.3.1. Ponderación

Según Prieto Sanchís (2008, p. 100), la mejor forma de entender la ponderación en su sentido jurídico es “la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas”.

Para Alexy (2008, p. 13) la ponderación es una operación fundamental de aplicación jurídica. Según el autor, el núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina ‘ley de la ponderación’, entendida como que cuanto mayor sea “el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” (p. 15). Según Alexy (p. 16) la ponderación se divide en tres pasos: a) “definir el grado de la

no satisfacción o de afectación de uno de los principios”; b) definir “la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario”; y c) definir “si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro”.

El hecho de que dos derechos puedan ser valorados en cuanto a su “peso” ha sido ampliamente criticada. Quizá uno de los críticos más importantes de esta técnica hermenéutica, fuertemente defendida por Alexy, es Habermas. Para Habermas (1996, pp. 258-259), la ponderación orilla a una especie de negociación irracional y arbitraria de valores, pues al momento de una colisión, los derechos son transformados en bienes y valores, con el mismo nivel de prioridad que el argumento contrario, incluso aquellos funcionalistas y de carácter político, y, de tal forma, la protección que el discurso jurídico ha erigido tras el entendimiento deontológico de las normas y principios, se viene abajo.

Alexy (2004b, pp. 49-50) defiende la ponderación ante las acusaciones de irracionalidad expresadas por Habermas y otros pensadores, afirmando que la ponderación establece un resultado de forma racional para todos los casos, o incluso, de no ser así, con la ponderación puede, al menos, obtenerse un resultado de manera racional en algunos casos.¹¹⁹

Para Alexy (2009, p. 11), la ponderación es parte de un principio más amplio, el de proporcionalidad. Este principio constituye una alternativa al problema de los conflictos entre derechos, y entre derechos y bienes públicos, y representa “una técnica idónea para dar con el derecho fundamental o con el bien público postergable en el caso, con referencia a una idea de

¹¹⁹ Me parece acertada la crítica planteada por Habermas, ya que la ponderación, tal y como la plantea Alexy, al tratar de buscar una técnica para solucionar el conflicto entre derechos, convierte a los derechos en constantes aplicables a una operación cuasi matemática, despojándoles de todas sus diferentes capas y de su posible mutabilidad contextual. En efecto, Habermas (1996, p. 260) afirma que cuando el carácter deontológico de los derechos es tomado en serio, estos se alejan del análisis de costo beneficio, y así, en caso de colisión, no se debe decidir respecto a la optimización de valores en competencia, sino, simplemente, examinar *prima facie* las normas aplicables para determinar, entonces, cuál es la mejor aplicable al caso. En este sentido, es necesario establecer la conexión plausible entre la norma pertinente y la norma que no prevalece, sin la disminución de su validez general, de forma que la coherencia general del sistema normativo permanezca sin afectación.

justicia, aunque manteniendo estrictamente una aproximación avalorativa del derecho” (Cianciardo, 2007, p. 281).

5.3.2. Principio de proporcionalidad

Barnés (1994) explica el principio de proporcionalidad en términos generales como:

[P]rincipio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—) y “proporcional” en sentido estricto, es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquélla [con] más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades (Barnés, 1994, p. 500).

El principio de proporcionalidad, tiene tres sub principios: a) idoneidad; b) necesidad; y c) proporcionalidad en sentido estricto (Alexy, 2008, p. 15). Los sub principios de idoneidad y necesidad “expresan la pretensión contenida en el concepto del principio, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades fácticas” (Alexy, 2004b, p. 39), es decir, se trata de una optimización relativa a las posibilidades materiales (Alexy, 2009, p. 8). Para Alexy (2004b, p. 41) la idoneidad funciona en sentido negativo, es decir, que detecta qué medios no son

idóneos o adecuados, mientras que la necesidad implica escoger de entre dos medios igualmente idóneos, el más benigno con el derecho fundamental afectado; es decir, que con estos dos sub principios se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios (Alexy, 2008, p. 15). Por otro lado, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas (Alexy, 2008, p. 15), y expresa lo que significa la optimización con relación a los principios que juegan en sentido contrario (Alexy, 2004b, p. 48).

Cianciardo (1999) considera que la aplicación del principio de proporcionalidad no impide, siempre y en cada caso, que se violen derechos fundamentales, y, por consiguiente, debe salvársele de una pérdida de sentido. Para ello, Cianciardo (2007, pp. 285-286) propone añadir la máxima de razonabilidad al principio de proporcionalidad:

[U]na conceptualización del principio de proporcionalidad que acabe en un balance entre el peso del derecho de que se trate y el de las razones que han conducido al legislador a decidir su restricción determina, en última instancia, que los derechos fundamentales pierdan su carácter de barrera infranqueable para el poder. En efecto, bastará el concurso de ‘razones de estado’ más o menos convincentes para que los derechos sean dejados de lado (Cianciardo, 2007, p. 286).

Cianciardo (2007, p. 293) concluye que la formulación habitual del principio de proporcionalidad es insuficiente, y ante ello, propone como salida al problema “ampliar el sub principio de razonabilidad en sentido estricto, hacia una dimensión nueva” que atienda al “contenido del derecho”. Concretamente el autor argentino propone como una alternativa para salvar al principio

de proporcionalidad de su pérdida de sentido, añadir al “*test* de razonabilidad”, aquel del contenido esencial, es decir, “sostener que la garantía del contenido esencial opera como control de constitucionalidad de las medidas proporcionadas, que ya han superado el test de la razonabilidad”. Con ello, una medida restrictiva o de limitación sería inconstitucional cuando afecte el contenido esencial del derecho fundamental (pp. 286-287).¹²⁰

5.3.3. *¿El límite de los límites?: El contenido esencial de los derechos*

La gran mayoría de las posturas teóricas reconocen que debe haber un criterio que evite una restricción indiscriminada de derechos fundamentales. Incluso para Alexy (2002, p. 277)—como partidario de la teoría interna—, que establece que sólo se puede restringir un derecho fundamental por normas constitucionales, “[l]os derechos fundamentales, en tanto derechos de rango constitucional, pueden ser restringidos sólo a través de, o sobre la base de, normas con rango constitucional”. Pero incluso reconociendo que pueden ser restringidos simplemente en tanto constitucionales, Alexy reconoce que estas restricciones deben ser restringibles:

Del carácter de principio de las normas iusfundamentales resultó no sólo que, en vista de los principios opuestos, los derechos fundamentales están restringidos y son restringibles sino también que su restricción y restringibilidad son restringidas. Una restricción de los derechos fundamentales es sólo admisible si en el caso concreto a principios

¹²⁰ Me parece oportuna y acertada la propuesta de Cianciardo, ya que, en general, se tiende a percibir a las técnicas interpretativas como meras herramientas hermenéuticas, y se olvida, a mi parecer, que estos mecanismos más bien constituyen imperativos que, alejados de las formulas, traten de escudriñar el objeto y contenido de los derechos, en sus distintas dimensiones y capas, que no necesariamente se circunscriben a lo jurídico.

opuestos les corresponde un peso mayor que al principio iusfundamental [...]. Por ello, se puede decir que los derechos fundamentales, en tanto tales, son restricciones a su restricción y restringibilidad (Alexy, 2002, p. 286).

En este sentido, el contenido esencial se muestra como uno de los principales criterios para determinar límites en la limitación de derechos fundamentales. Este criterio generalmente se concibe partiendo desde dos grandes postulados teóricos: una teoría objetiva y una relativa (Alexy, 2002, pp. 286-287). Por un lado, la teoría objetiva considera que el contenido esencial protege el derecho como institución jurídica, es decir, el derecho objetivo. La teoría subjetiva, por su parte, afirma que la protección de la garantía del contenido esencial considera la dimensión individual de los derechos, es decir, el derecho subjetivo (Cianciardo, 2007, pp. 257-259). Alexy (2002, p. 288), opina que la teoría relativa se divide a su vez en sub teorías absolutas y relativas. Para el autor alemán, según la teoría subjetiva relativa, el contenido esencial es lo que queda después de una ponderación, es decir, reducen el contenido esencial al principio de proporcionalidad, y entonces, las restricciones bajo este supuesto “no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando [...] no dejen nada del derecho fundamental”. Para la teoría subjetiva absoluta, “existe un núcleo de cada derecho fundamental que en ningún caso puede ser afectado”.¹²¹

No obstante, para Cianciardo (2007, p. 301), ninguna de las distintas teorías “alcanzan a explicar satisfactoriamente su funcionamiento en un régimen constitucional, [y] se muestran incapaces de impedir las colisiones entre los contenidos de diferentes derechos”. Acorde a su

¹²¹ Alexy (2002, p. 288), al respecto de la teoría relativa, establece: “El hecho de que los problemas de la garantía del contenido esencial sean quizás más fácilmente solucionables dentro del marco de una teoría objetiva que dentro del marco de una teoría subjetiva no es razón suficiente para arrojar por la borda la teoría subjetiva. El carácter de los derechos fundamentales como derechos individuales habla a favor de un mantenimiento de la teoría subjetiva, por lo menos, al lado de la objetiva”.

distinción entre derecho fundamental y norma iusfundamental, Cianciardo busca dejar claro que el contenido esencial es el contenido del derecho fundamental, y no de la norma iusfundamental:

[E]l sujeto, el destinatario y el objeto del derecho fundamental *prima facie* no pueden ser alterados, es decir, modificados inconstitucionalmente por la ley limitadora de la norma iusfundamental. La pauta que permite distinguir las modificaciones constitucionales de las inconstitucionales es el fundamento del derecho, convertible, [...] con su finalidad. Estaremos en presencia de una modificación legal inconstitucional de la estructura del derecho fundamental toda vez que la ley en cuestión impida el cumplimiento del fin del derecho fundamental” (Cianciardo, 2007, p. 276).

Cianciardo (2007, p. 293) replantea la cuestión sobre el contenido esencial teniendo en cuenta la complejidad de la estructura del derecho fundamental, “que recibe sentido y unidad desde su fundamento, convertible con su finalidad”. De tal forma, la determinación del derecho fundamental y de su contenido “es siempre abierta [y] nunca definitiva”.

5.4. El principio *pro personae* como herramienta hermenéutica

Una de las principales aplicaciones prácticas del principio de proporcionalidad en materia de *Dh* ha sido en la actualidad el *ppp* o principio *pro homine*. El *ppp* se ha ganado un lugar en el *mainstream* jurisprudencial y constitucional, sobre todo en América Latina, pero también fuertemente en Europa, y es, quizá, el principio que mejor puede solucionar la colisión entre

normas de derechos fundamentales, y, sobre todo, el que mejor puede establecer un límite a las restricciones a los derechos.

Si bien el *ppp* ha sido extensamente usado y expresado en la jurisprudencia, rescato la definición del principio, en términos teóricos, que propone Pinto (1997):

El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (Pinto, 1997, p. 163).

El *ppp*, entonces, consiste en una expresión del principio de proporcionalidad aplicado a los *Dh*, en tanto que, en casos de conflictos normativos, esta práctica interpretativa busca la aplicación de una norma que sea: a) adecuada al fin; b) menos restrictiva de los *Dh* entre todas las opciones adecuadas que podrían ser aplicadas; y, finalmente, c) que sea proporcional en *stricto sensu*, es decir, debe mantener el equilibrio entre los costos y sus beneficios, como plantea Cianciardo (2010, p. 181).

Aunque el *ppp* es una institución ampliamente aceptada, no es muy claro de dónde surge originalmente. Las primeras referencias que encontramos al principio salen de la jurisprudencia de la Corte IDH, y su primera mención se contiene en una opinión separada de Rodolfo Piza Escalante

en la opinión consultiva “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)” (“OC-5/85 ”, 1985), en donde el juez afirmó que si la Convención prohíbe restricciones indirectas a un derecho, no es posible entender que permita las directas. Así, con las restricciones directas pueden y deben considerarse implícitamente contempladas las indirectas “en virtud del principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones (principio pro homine), y del criterio universal de hermenéutica de que ‘donde hay la misma razón hay la misma disposición’”.¹²²

Sin embargo, la conformación formal del principio no vendría hasta el año siguiente donde el mismo juez Piza en la opinión consultiva “Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)” (“OC-7/86,” 1986), considerara que el criterio fundamental que impone la naturaleza de los *Dh* “obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen”.

Ese criterio fundamental—principio pro homine del Derecho de los Derechos Humanos—, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción, de manera que si, en los términos en que está definido por la Convención el derecho de rectificación o respuesta, podría ser aplicado aún a falta de las referidas ‘condiciones que establezca la ley’, es un derecho exigible per se (“OC-7/86,” 1986).

¹²² En esta opinión se argumentaba que cuando la Convención Americana reconocía un derecho de forma más amplia, en comparación con otro tratado internacional, se debería estar a la norma menos gravosa para la actuación estatal. El argumento central era la posibilidad de trasladar desde otro tratado una restricción no contenida en la Convención, en detrimento del alcance de un *dh*. La Corte IDH desestimó el argumento y resolvió que en el proceso de la creación de leyes, éstas deben sujetarse a los estándares internacionales más protectores, aun si éstos no están contenidos en todos los tratados de los cuales el Estado es parte (“OC-5/85 ”, 1985).

De tal forma tenemos que los elementos esenciales del *ppp* reconocen la posibilidad de recurrir a otras normas jurídicas para interpretar expansivamente el contenido y alcance de los derechos, es decir, se debe realizar una interpretación expansiva de los *Dh*, pero ello no ocurre cuando se trate de ampliar las limitaciones que se impongan al ejercicio de los *Dh*, es decir, una interpretación restrictiva de las limitaciones (Medellín Urquiaga, 2013).

Al respecto, Pinto (1997) considera que, a pesar de la autonomía que tienen los Estados para establecer el orden jerárquico de sus normas, la pluralidad de fuentes requiere una compatibilización entre los derechos protegidos y las obligaciones asumidas por los Estados. Para ello propone recurrir a una serie de principios generales del *Di* y del Derecho en general, ante la necesidad de obtener pautas de interpretación y criterios que posibiliten optar por la aplicación o interpretación de una u otra norma, sobre todo cuando estas normas pertenecientes a distintos órdenes jurídicos coexisten.¹²³

Es decir, se trata de que la norma de *Dh* que mejor proteja a la persona, prevalezca sobre otra de igual, inferior o incluso de superior rango, mientras su aplicación obedezca a una mayor protección de los derechos de la persona. Ello significa que la tradicional regla de la jerarquía cede frente a la conveniencia de otra norma de jerarquía inferior, en caso que ofrezca una mayor protección (Henderson, 2004, p. 93).

Así, no se plantea un problema de ‘ilegalidad’ al aplicar una norma inferior, dado que es la misma norma de rango superior la que expresamente permite la aplicación de otra norma más protectora, tratándose de dos normas de fuente internacional o, incluso, de una norma internacional

¹²³ Pinto (1997, p. 165) añade: “En el mismo sentido, nada obsta a que en el ámbito interno puedan consagrarse derechos protegidos con un alcance mayor al establecido por las normas internacionales. Aún en las sentencias judiciales que reconozcan un alcance de protección más amplio deberían prevalecer, especialmente las de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando se refieren al contenido de las normas de derechos humanos”.

y una nacional (Henderson, p. 93). Como expresan Bigliani, & Bovino (2008), el *ppp* no trae consigo declaraciones de inconstitucionalidad, es decir, es un principio interpretativo que debe ser utilizado por tribunales locales, y que permite aplicar una solución normativa más favorable a un caso, sin impugnar otras normas de posible aplicación, aún y cuando éstas sean de mayor jerarquía normativa.

En este sentido, explica Henderson (pp. 93-94), no hay un problema de derogación ni abrogación, sino de aplicabilidad e interpretación de distintas fuentes de igual o diferente rango, por lo que si una norma de rango inferior consagra menor protección, el juzgador puede aplicar la regla de jerarquía y preferir la norma superior, ya que en el proceso de interpretación y aplicación del principio, se debe obedecer a las reglas de “la norma más protectora”—con todos los problemas técnicos que implica calificar a una norma como más protectora al compararla con otra—, y de la jerarquía.

Indudablemente que si la norma de rango inferior consagra menor protección, el juzgador debe volver a aplicar la regla tradicional de la jerarquía y disponer el cumplimiento de la norma superior, sea una ley, sea un tratado, en tanto conceda mayores reaseguros a las personas en el ejercicio de sus derechos humanos. Son las reglas de la norma más protectora y la jerarquía las que operan en este proceso de interpretación y aplicación del derecho (Henderson, 2004, p. 93).

Así, el principio establece tres reglas interpretativas: a) que las normas de *Dh* deben ser ampliamente interpretadas cuando se trate de aplicar dichos derechos, e interpretadas restrictivamente cuando se trate de limitarlos; b) que en caso de duda o conflicto entre diferentes

normas, se debe adoptar la más protectora; y c) que en el *Dn* los conflictos entre ordenamientos jurídicos no se guíen por reglas de jerarquía o de especialidad, sino por la mayor protección de la persona en una situación específica (De Oliveira Mazzuoli & Ribeiro, 2014).

En este sentido, el *ppp* representa una herramienta fundamental en la defensa de los *Dh*, ya que es un mecanismo interpretativo que ataca directamente las estructuras jerárquicas persistentes en el razonamiento jurídico actual. En efecto, el *ppp* es el primer paso para realizar un análisis crítico de los derechos. Sin embargo, el principio enfrenta algunos problemas que ponen en riesgo su potencialidad crítica de protección a los *Dh*.

A mi parecer el *ppp* se enfrenta a grandes problemas si quiere subsistir como mecanismo jurídico crítico. Uno de ellos, en cuanto a principio de interpretación y como imagen del principio de proporcionalidad, ya que la búsqueda de un equilibrio entre el derecho y los motivos de la restricción pueden sucumbir ante el poder del Estado. El segundo, como herramienta hermenéutica, ya que enfrenta el problema de un formalismo estricto de aplicación de fórmulas pre establecidas que busquen simplemente—como el principio de supremacía relativa, que expondré más adelante—favorecer el derecho de una parte sobre otra, o un derecho sobre otro, como una operación aritmética. Esto trae consigo varias consecuencias altamente riesgosas: primero, la posibilidad de extraer su práctica de la arena de los *Dh* para el beneficio de partes ‘privadas’, y, finalmente, su supeditación a tecnicismos jurídicos que restrinjan su operatividad.

5.4.1.1. Los riesgos del principio pro personae

El riesgo del *ppp* como principio de proporcionalidad reducido a mera ponderación recae en que si el análisis entre un derecho y su limitación fuera sólo un equilibrio entre el ‘peso’ del derecho y

el de los motivos que han llevado al legislador a restringir ese derecho, entonces, en última instancia, ese *dh* podría perder su característica de barrera infranqueable para el Estado. Recordemos aquí la crítica de Habermas (1996) respecto a la ponderación irracional y arbitraria de valores como una afrenta directa al discurso deontológico del derecho.

De hecho, la invocación de una *raison d'état* más o menos convincente podría justificar el sacrificio de algunos *Dh* (Cianciardo, 2007, p. 286; 2010, p. 182). Las consecuencias de este punto de vista, para Cianciardo (2007, p. 286; 2010, p. 182), no pueden ser más “nefastas” para la teoría general de los *Dh*, ya que en el mejor de los casos, los derechos dependerán del consenso; pero en todos los casos, no podrán ser ‘victorias frente a las mayorías’.

Así, sería suficiente encontrar un fin que sea lo suficientemente importante y un medio que pueda ser justificado por ese fin, para transformar el principio de proporcionalidad en un mero criterio formal, es decir, sin la capacidad de garantizar la supremacía de los *Dh* (Cianciardo, 2010, p. 182).

Ahora bien, por otro lado, el riesgo de extraer el *ppp* de la arena de los *Dh* a nuevas arenas es uno real. Actualmente existen voces que sostienen que el alcance del *ppp* se pueda extender a la protección de personas morales o jurídico-colectivas (Amezcu Gutiérrez, 2013). Al respecto se ha dicho que determinar su extensión tuteladora únicamente para el ser humano resulta “reduccionista” e “ilógico”, ya que desde un ángulo lógico conceptual, el principio tiene más sentido “como una pauta directriz subyacente cuya protección abarca a los sujetos del derecho o personas, sean físicas o morales”, pues como pauta hermenéutica, lejos de postular “interpretaciones restrictivas o reduccionistas” impone “la protección o tutela más amplia, posibilitando incluso la asignación de significado más extensivo” (Amezcu Gutiérrez, 2013).¹²⁴

¹²⁴ No olvidemos que las corporaciones tienen intereses muy distintos a los intereses de la persona. Siguiendo a Mignolo (2014, p. 167), podríamos decir que la ética de las corporaciones no prioriza los derechos de la naturaleza y

Este problema trae consigo el riesgo de querer dotar de *humanitas* a entidades abstractas, es decir, de humanizar lo no humano.

El movimiento hacia una confirmación de que las personas jurídicas o morales sean sujetos de protección de los *Dh* se ha presentado ya en varias instancias a nivel nacional e internacional, principalmente en Europa. El sistema europeo ha encontrado la utilidad de la protección a los *Dh* a través de las personas jurídicas entendiéndolas como simples creaciones para el beneficio humano (Núñez Marín, 2010). Efectivamente en el Tribunal Europeo en los casos *Internationale Handelsgesellschaft* ("Internationale Handelsgesellschaft," 1970) y *Nold* ("Nold," 1973) aplica principios e instrumentos de protección de *Dh* a personas jurídicas. Más aún, en *Pine Valley* ("Pine Valley," 1991) el TEDH reconoce que las personas jurídicas son vehículos por los cuales las personas físicas ejercen sus derechos y, por lo tanto, la protección a una persona jurídica se resuelve en la protección a las personas físicas que la conforman. A su vez, el sistema interamericano se ha mostrado cada vez más proclive a dotar de ese reconocimiento, aunque hasta el momento la mayoría de los casos no hayan ido más allá de lo que ya la ICJ había resuelto en *Barcelona Traction* ("Barcelona Traction," 1970), diferenciando los derechos de los accionistas de una empresa de los de la empresa misma, reconociendo a los accionistas derechos directos. Así, la Corte IDH, a raíz de casos como *Ivcher Bronstein* ("Ivcher Bronstein," 2001), *Cantos* ("Cantos vs. Argentina," 2001) y posteriormente *Perozo* ("Perozo y otros vs. Venezuela," 2009), ha insinuado una especie de protección indirecta a personas jurídicas, a través de una ficción jurídica en donde los derechos y deberes individuales se trasladan como derechos y deberes de quienes integran la persona colectiva (Núñez Marín, 2010). Incluso, algunas constituciones europeas, como la de Portugal y Alemania, otorgan protección de derechos fundamentales a las personas jurídicas

de la humanidad, al contrario los supedita en el nombre del desarrollo económico, un desarrollo que legitima violaciones y legaliza ilegalidades.

con base en su naturaleza (Camarena Vázquez & Rosillo Martínez, 2014). El mismo criterio tuvo eco en México (SCJN, 2013a), y aunque en un principio fue superado por una interpretación de la Corte, al final la jurisprudencia mexicana terminó por reconocer a las personas morales como titulares de *Dh* a raíz de las reformas constitucionales del año 2011 (SCJN, 2013b).

La restricción de la operatividad del *ppp* con base en tecnicismos jurídicos es también algo real, ya que los *Dh* aún se piensan en términos de jerarquía, y al *ppp* como ponderación de una norma sobre otra, beneficiando a una parte sobre otra. Por ejemplo en la C.T. 293/11, en donde la Suprema Corte, si bien reconoce la aplicabilidad del *ppp*, simultáneamente le quita la posibilidad de ir en contra de cualquier norma constitucional restrictiva, sólo por el hecho de haber subsumido la norma que garantiza un derecho mayor al marco constitucional ("C.T. 293/11," 2013).¹²⁵

Si el *ppp* es la mejor herramienta disponible para realizar una defensa crítica de la limitación de los *Dh* ¿qué podemos hacer ante su detracción para beneficiar intereses ajenos a la protección de la persona humana?

Hasta aquí he planteado un análisis teórico de las dos aristas del problema fundamental que he encontrado en virtud de la C.T. 293/11. Primeramente, expuse algunos argumentos que constituyen una afrenta crítica a la teoría y la práctica tradicional moderna del *Di* y de los *Dh*, que nos permiten replantearnos por completo las concepciones de los derechos y del Derecho en general. En segundo lugar, expuse algunos planteamientos teóricos sobre la posibilidad de los derechos de entrar en conflicto con otros derechos y/o bienes mayores, lo que me llevó a plantear

¹²⁵ La Suprema Corte había reconocido la validez del *ppp* a raíz de la sentencia condenatoria de la Corte IDH en el año de 2009 en el caso Radilla Pacheco vs. México ("Caso Radilla," 2010), y el análisis que tuvo que emprender para analizar y orientar al Estado a la luz de las obligaciones producto de la sentencia condenatoria de la Corte IDH por la participación de militares en la desaparición forzada de Rosendo Radilla en 1974 ("V. 912/10," 2011). La Corte se pronunció en el siguiente sentido: "De este modo, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio pro persona"("V. 912/10," 2011).

las limitaciones a los *Dh* y analizar al *ppp* como una herramienta crítica fundamental ante las limitaciones y restricciones al ejercicio de los derechos, pero que, a la vez, enfrenta problemas que deben ser superados.

En los capítulos siguientes ofreceré un análisis de los movimientos críticos jurídicos más importantes y trataré de extraer algunos argumentos para plantear una idea alternativa de los *Dh* y tratar de encontrar una herramienta crítica para aportar una solución al problema de los conflictos normativos en materia de *Dh*.

6. LA CRÍTICA DE LOS CRÍTICOS I: DERECHOS HUMANOS DESDE LA IZQUIERDA

La gente a veces dice: ¿Una crítica de los derechos? Pero si nos deshacemos de los derechos, entonces el Estado podría hacer todo lo que quisiera! ¿Qué pasa con el derecho a la privacidad? ¡No tendríamos ninguna manera de oponernos a la intrusión del Estado! ¡Ellos simplemente no entienden el punto!

Duncan Kennedy¹²⁶

Hasta aquí he narrado una historia de los *Dh* al más puro estilo de la academia *ius* humanista, internacionalista y filosófica, dando cuenta de sus orígenes en el derecho natural, su tránsito a la positivización con el constitucionalismo revolucionario, y con la pincelada final tras su consolidación en el orden universalista del *Di*.

Sin embargo, muchas veces se olvida que la historia del triunfo de los *Dh* no terminó en 1945, y que el último gran hito que impactó profundamente la historia de los *Dh* fue, precisamente, la caída del muro de Berlín, como símbolo de la desintegración del mundo bipolar de la guerra fría y el colapso del bloque comunista. En efecto, fue 1989 el momento que significó el triunfo y expansión por el mundo del discurso de los *Dh*, indudablemente apegado a la consolidación de las democracias liberales (Douzinas, 2000).¹²⁷

Los *Dh* han triunfado, han unido posiciones políticas y religiosas divergentes; los dirigentes políticos, hombres de negocios, sociedad civil y el ciudadano común y corriente han asumido el

¹²⁶ Traducción personal del texto original en inglés: “People sometimes say, ‘A critique of rights? But if you got rid of rights, then the state could do anything it wanted to you! What about the right of privacy? We wouldn’t have any way to object to state intrusion!’ They are just missing the point!” (Kennedy, 1998, p. 333).

¹²⁷ Según Gearty (2012) los dos grandes resultados que siguieron a 1945 fue la internacionalización de los *Dh*, y, basados en ellos, las democracias que se construyeron en los países perdedores. De la misma forma que en 1945, los acontecimientos ocurridos a partir de 1989 produjeron un proceso a gran escala de “construcción de naciones” basados en los grandes principios de democracia y *Dh* (p. 214).

lenguaje de los *Dh* (Douzinas, 2000). Los *Dh* históricos, originalmente vinculados con intereses de clases sociales determinadas, y las armas político-ideológicas de la naciente burguesía para combatir el poder político despótico y la organización social que le acogía, devinieron en la base ideológica de los regímenes políticos dominantes contemporáneos, trascendiendo su limitada vocación originaria, en función de clases determinadas (p. 1). Los *Dh* ganaron las batallas de la modernidad, y se han convertido en la ideología después del fin, la ideología que derrotó a las ideologías, la ideología al “fin de la Historia” (p. 1).¹²⁸

Los *Dh* se han convertido en un componente mayor en el escenario filosófico, el entorno político y las aspiraciones de nuestros tiempos, de modo que su fuerza puede ser difícilmente rechazada en tanto que dota de validez cualquier discurso político, filosófico y jurídico. Sin embargo, el carácter post histórico de los *Dh* se encuentra también en una encrucijada, frente a la paradoja del triunfo de su espíritu, pero sumido en una desconfianza universal sobre su práctica (Douzinas, 2000, pp. 3-5).

Aún persisten muchas dudas, y nunca como en el siglo XX—y en lo que va del XXI—la humanidad ha visto más violaciones a los principios que enarbolan los *Dh* (Douzinas, 2000, p. 2). Así, este aparente “triunfo” de los *Dh* de la mano del “fin de la Historia”, no es otra cosa que el fin de los *Dh*, caracterizado por la pérdida de la vocación disidente y revolucionaria de sus orígenes, y obscurecido por el enramaje burocrático cada vez más denso, lleno de tratados, declaraciones y diplomacia, la mutación final de la larga trayectoria de los derechos, en la consolidación de un humanidad monolítica (p. 380).

¹²⁸ Las referencias que hace Douzinas al fin de la Historia son en relación a la tesis de Fukuyama (2002) de que la consolidación del modelo democrático liberal occidental podría indicar el final en el proceso de evolución social y cultural de la humanidad y podría representar el modelo último de gobierno de la humanidad.

El “triumfo” de los *Dh* y la muerte de las ideologías viene de la mano del triunfo del modelo democrático liberal, aparejado del dominio y la victoria de un discurso pragmático, que conlleva a la pérdida de un elemento medular de los *Dh*, la utopía (Douzinas, 2000, p. 380). Pero los *Dh* son más, son la utopía detrás de los derechos, que, a diferencia de cualquier utopía clásica, no obtienen su fuerza de una futura perfección, sino que se alimentan del dolor y el hartazgo de los seres humanos, obtienen la fuerza del sufrimiento del pasado y de las injusticias del presente, son el reclamo necesario—y no obstante imposible—del derecho a la justicia (pp. 379-380).

Así, la pérdida de la naturaleza revolucionaria de los *Dh*, evidencia una ideología erosionada, que complica la resolución de las problemáticas actuales debido a su propensión a la intervención político-ideológica. Por tanto, considero fundamental plantear una narrativa alternativa de los *Dh*, como mecanismo para replantear sus alcances, y, no así, para su abandono o total aniquilación. Sin ánimo de desechar por completo el proyecto de los *Dh*, considero fundamental reconocer que, a pesar de ser una institución desgastada y erosionada, no existe, a la fecha, otro mecanismo que permita fundamentar las luchas y los reclamos ante la opresión del poder público.

De tal forma, basado en la crítica, busco desacralizar varios elementos de los *Dh* y de otros principios fundamentales de los proyectos jurídicos dominantes y de las democracias liberales, para así buscar su replanteamiento, e intentar reedificar sobre la base construida, para afrontar, de una manera alternativa, los problemas del mundo contemporáneo.

6.1. Crítica y derechos

Como lo planteé inicialmente, la línea en la que basaré mi lectura de los *Dh* parte de una teoría crítica originada en Marx, la cuál, a través de la filosofía post marxista llega a los *Critical Legal Studies* [CLS] y a la base teórica que fundamenta mi investigación.

6.1.1. Marx y la crítica a los derechos

Marx no desarrolló una teoría crítica de los *Dh*, sin embargo, desarrolló una profunda crítica a la idea de los derechos del hombre y del ciudadano, consagrada por el constitucionalismo moderno. Para Marx (1963), la de los ‘derechos del hombre’, es una idea “descubierta” por el mundo cristiano hasta el siglo XVIII, cuando son reivindicados por las declaraciones y constituciones burguesas. Marx (pp. 22-24) concibe los derechos no como “regalo de la naturaleza”, o como legado de una historia pasada, sino como la recompensa de una lucha “contra el accidente de nacer y contra los privilegios que hasta [entonces] la historia [había] transmitido de generación en generación”. Estos derechos son resultado de la cultura, y el ‘hombre’ sólo puede poseerlos cuando ha hecho por merecerlos y se los ha ganado.¹²⁹

Los derechos del hombre a los que se refiere Marx (1963, p. 23) son derechos que sólo pueden ejercerse como miembro de una comunidad. Su contenido es la participación en la vida política de la comunidad y del Estado. En *Sobre la cuestión judía*, Marx expresa:

¹²⁹ Traducción personal del texto original en inglés: “The idea of the rights of man was only discovered in the Christian world, in the last century. It is not an innate idea; on the contrary, it is acquired in a struggle against the historical traditions in which man has been educated up to the present time. The rights of man are not, therefore, a gift of nature, nor a legacy from past history, but the reward of a struggle against the accident of birth and against the privileges which history has hitherto transmitted from generation to generation. They are the results of culture, and only he can possess them who has merited and earned them” (p. 24).

Permítanos constatar primeramente que los llamados ‘derechos del hombre’ distinguidos de los ‘derechos del ciudadano’ no son otra cosa que los derechos del ‘miembro de la sociedad civil’ [burguesa], es decir del hombre egoísta, del hombre separado del otro hombre y de la comunidad (Marx, 1963, p. 24).¹³⁰

Marx (1963, p. 27) reconoce que el derecho—en este caso el derecho a la libertad—deja de ser un derecho tan pronto como entra en conflicto con la vida política—el medio para alcanzar el fin de la ‘sociedad civil’ hegeliana. Ya que, en la teoría, la vida política no es más que la garantía de los ‘derechos del hombre’—del hombre individual—, por tanto, este derecho debe ser suspendido tan pronto como entra en contradicción con su ‘fin’. Así, la práctica no es más que la excepción, mientras que la teoría es la regla.

Estos derechos según la crítica marxista idealizaban y apoyaban un orden social inhumano, apoyado por el hombre abstracto de las declaraciones de las revoluciones burguesas, lo que transformaba a la gente real en entes genéricos, dejando al sujeto de los *Dh* como un humano vacío e indeterminado (Douzinas, 2000, p. 159), un hombre separado del otro hombre y de la comunidad (Marx, 1963, p. 24). El sujeto de los *Dh* según Marx, pierde su identidad concreta, con su clase, su género y sus características étnicas, sacrificando al humano real ante el hombre abstracto, carente de historia y de contexto, y sus derechos sustentan a la persona de la sociedad burguesa (Douzinas, 2000, p. 159).

¹³⁰ En algunos textos en español, el término “sociedad civil” que usa Marx ha sido traducido como sociedad burguesa, sin embargo me apego a la traducción literal en inglés de “*civil society*” para resaltar el concepto que el mismo Marx obtiene de Hegel. Marx (1973) declara que la vida política es sólo un medio cuyo fin es la vida de la sociedad civil, y más adelante expresa que la sociedad entera, existe sólo con el fin de garantizar a cada uno de sus miembros la conservación de su persona, sus derechos y su propiedad, precisamente en el sentido en que Hegel concibe a la sociedad civil, “el estado de necesidad y de la razón” (pp. 26-27).

Atienza (1982, 2008) critica al Marx de *La cuestión judía* en tanto que, el filósofo de Trier, ignora los aspectos más revolucionarios de los movimientos constitucionalistas burgueses, como es el derecho de resistencia a la opresión. Atienza (1982) critica también: a) la subordinación que establece de los derechos del ciudadano a los derechos del hombre; b) la interpretación negativa de la libertad; c) el reduccionismo de la igualdad a la ‘igualdad ante la ley’; y d) la separación entre la sociedad civil y el Estado, lo que no podría describir a las sociedades actuales. La crítica de Marx “estaría, en todo caso, limitada, en cuanto a su alcance, a un determinado momento en el desarrollo histórico de los derechos humanos, pero no podría extenderse a lo que hoy son los derechos humanos” (Atienza, 1982, p. 18).

Aunque la crítica planteada por Marx en *Sobre la cuestión judía* se centraba en el sujeto titular de estos derechos, sus posteriores trabajos amplían una invectiva respecto a los ‘logros’ de las revoluciones burguesas—emancipación política e igualdad de derechos—, que consumaron una libertad incompleta, y con ello, fracasaron en la superación de las condiciones subyacentes que les dieron origen, y sólo generaron beneficios ilusorios a las clases subordinadas (Roth, 2008, pp. 223-224).

Hacia el final de su vida, y ya en los tiempos de la *Crítica al Programa de Gotha* (Marx, 2001), Marx sigue otorgando un carácter subordinado al Derecho, pero parece abandonar la tesis de la eliminación del Estado y el Derecho (Atienza, 2008, pp. 205-206), y parece adoptar una postura “ampliamente favorable” hacia los *Dh*, mostrando la necesidad de su profundización (p. 214).

Como dice Atienza (2008), la postura de Marx al respecto de los derechos parece un tanto confusa y ambigua. En sus primeros escritos asume una postura relativamente neutral hacia los derechos, pero a partir de *La cuestión judía* desarrolla una posición profundamente crítica y

descalificadora, y, finalmente, el Marx tardío termina por favorecer determinados derechos—los derechos sociales—. En efecto, la crítica original de Marx planteada en *La cuestión judía* concibe los *Dh* como instrumentos burgueses de alienación humana, sin embargo, para la *Crítica al Programa de Gotha*, les considera medios importantes—no obstante aún burgueses—para la lucha por el logro de la sociedad comunista (p. 134).

Por ello, Atienza (2008, p. 134) considera que los *Dh* en Marx tendrían un valor político estratégico, pero no uno ético. En este sentido, los *Dh* dentro del sistema burgués, cumplen una función de “enmascarar la explotación capitalista dando a la misma una apariencia de relaciones presididas por la libertad e igualdad” (p. 177). En su obra cumbre, *El Capital*, parece entenderse que los *Dh* liberales dentro del sistema burgués constituyen realidades ilusorias o limitadas, por lo que debería procurarse hacerlas reales, pero ello, dentro del sistema capitalista, pareciera ser algo meramente “utópico, contradictorio o, al menos, sólo realizable en una mínima medida” (p. 184).

Para Atienza (1982, 2008) la aportación de Marx a la teoría de los *Dh*, aunque esencialmente crítica, ha mostrado el carácter ideológico y abstracto de los derechos tal y como son concebidos por el ideario burgués, además de evidenciar su naturaleza histórica, ligada a la aparición de la sociedad capitalista. Douzinas (2000, p. 163), por su parte, opina que la crítica marxista evidenció que, si bien los *Dh* se presentaron como objetos eternos, son más bien creaciones de la modernidad; que aunque pasaban por naturales, son constructos sociales y jurídicos; que aunque se planteaban como absolutos, son instrumentos del Derecho, limitados y limitantes; que mientras se pensaban por encima de la política, son producto de la política de su tiempo; y, por último, que mientras que se afirmaron como racionales, son el resultado de la razón del capital y no de la razón pública de la sociedad (p. 163).¹³¹

¹³¹ Traducción personal del texto original en inglés: “After the critique of Marx, it became clear that while human rights were presented as eternal, they are the creations of modernity; while they passed for natural, they are social and

6.1.2. Teoría crítica y postmarxismo

La postura política con relación a los *Dh* que siguió al pensamiento marxista, se desarrolló en dos vertientes, según explica Atienza (1982, 2008), la desarrollada por Lenin y el pensamiento jurídico soviético tradicional, que enfatizó el aspecto crítico de Marx sobre los derechos, pues en una primera fase de transición hacia el comunismo, no podían plantearse los mismos derechos para las clases burguesas que para las proletarias, por su naturaleza desigual; y en una segunda fase, los derechos dejarían de tener sentido en tanto que todos los seres serían libres e iguales. Por otro lado, la vertiente de Kautsky sigue la línea interpretativa del último Marx y Engels en la *Crítica al Programa de Gotha* (Marx, 2001), conformando lo que se ha denominado como humanismo socialista o socialismo democrático, en el cual los *Dh* si tienen un carácter irrenunciable—aunque susceptible de profundización—como los concibió el constitucionalismo burgués (Atienza, 1982, pp. 14-15).

Como consecuencia de la amplia diseminación y consolidación de la interpretación leninista soviética, el pensamiento marxista mantuvo una conexión genealógica innegable con la imposibilidad de hacer efectivos derechos en contra del Estado, esto en el nombre de una verdad revolucionaria de que las libertades civiles burguesas eran una mistificación reaccionaria o contrarrevolucionaria (Kennedy, 2002, p. 183). Así, para 1989, con el colapso del bloque soviético, las críticas marxistas y de izquierda eran percibidas como irrelevantes en el mejor de los casos, pero incluso desastrosamente erróneas (Douzinas, 2000, p. 167).

legal constructs; while they were presented as absolute, they are limited and limiting instruments of law; while they were thought of as above politics, they are the product of the politics of their time; finally, while they were asserted as rational, they are the outcome of the reason of capital and not of the public reason of society” (p. 163).

No obstante, durante todo el siglo XX se desarrollaron varias corrientes de corte filosófico marxista, que, más allá de las prácticas y concepciones soviéticas, desarrollaron las limitaciones y potencialidades de la crítica de Marx, con procesos de evaluación de la vieja ortodoxia—que en algunos casos les acercaron más a la vía democrática—, reposicionando el argumento de los *Dh* desde una crítica de izquierda (Douzinas, 2000, pp. 167-168).

Esta etapa del pensamiento crítico tiende a conocerse como post marxismo, sin embargo, esta clasificación no representa para nada una corriente de pensamiento homogénea, sino más bien una pléyade heterodoxa de pensamientos y pensadores que no necesariamente siguieron, a cabalidad, el pensamiento de Marx, y que además debieron experimentar las grandes bifurcaciones del marxismo ortodoxo, frente a la consolidación y posterior caída del bloque socialista soviético.

La generación de nuevas críticas de izquierda, que se multiplicaron previamente, durante y a raíz del colapso del socialismo soviético, planteaban la necesidad de repensar a Marx y su legado para reconstruir su crítica, así como para generar una respuesta política alternativa al avance, ya inexorable, del capitalismo en el mundo (Tormey & Townshend, 2006, pp. 1-4). Muchos pensadores y escuelas son consideradas como de tradición post marxista, aunque no todos se consideraron a sí mismos como tal. Típicamente solemos encontrar entre ellos a Luckacs, Gramsci, Althusser, Deleuze, Guattari, Foucault, Lyotard, Habermas y Derrida entre muchos otros (Tormey & Townshend, 2006).

La influencia que recibió la crítica a los derechos, de estas corrientes de pensamiento, fue muy variada y no necesariamente directa. Gramsci (2012, p. 246), por ejemplo, concibe al Derecho como instrumento para construir un nuevo tipo de civilización, por lo que debe ser desarrollado de una forma adecuada en aras de una nueva sociedad civil, siendo necesario liberarlo de residuos trascendentalistas absolutos.

Además de la crítica de Marx, muchos autores conjuntaron también otras teorías críticas como la de Nietzsche, e incluso las del psicoanálisis de Freud y Lacan, las que desarrollaron nuevas concepciones del yo y del otro, que impactaron también de manera directa e indirecta en la concepción del humano en los *Dh* (Douzinas, 2000, pp. 297-318). Otros autores se enfocaron más concretamente en la cuestión del Derecho y de los derechos, como Habermas, que plantea una crítica de los *Dh* en sentido liberal, y que apela a una necesidad de elaboración discursiva, para consolidarles en un sistema comprensivo de reglas nacionales e internacionales (Flynn, 2003).

Como legado de las muchas teorías críticas, podemos concebir a los *Dh* como constructos políticos que encubren las formas en que el poder es ejercido, aunque, al mismo tiempo, también constituyen grandes herramientas para combatir la opresión y la dominación por parte del poder (Douzinas, 2000, p. 371).

6.1.3. Los Critical Legal Studies

Los *Critical Legal Studies* (CLS) o estudios críticos del derecho, representaron una serie de movimientos y proyectos heterogéneos cuyos albores se anclan en la radicalización y redefinición de la tradición crítica previa. Por un lado, en los Estados Unidos retomaron los postulados realistas, considerándolos como una ruptura con el pasado, con el objetivo de abrir nuevos senderos de análisis, mientras que los movimientos europeos parten directamente de las teorías jurídicas marxistas (Douzinas & Geary, 2005, p. 230).

Algunas de las características fundamentales de los distintos movimientos asociados con los CLS consistían en la necesidad de contrarrestar las injusticias, que ellos identificaban, en la doctrina jurídica, y por tanto, eran movimientos de pensamiento netamente jurídico y no

sociológico o de filosofía política como otras corrientes críticas, aunque, adoptaron métodos multidisciplinarios de análisis—incluyendo, ahora si, a la política, la filosofía, la crítica literaria, el psicoanálisis, la lingüística y la semiótica, entre otros—para explicar su crítica del derecho (Wacks, 2014, p. 114).

Los CLS representan una serie de movimientos que originalmente buscaban poner al descubierto el sentido político de la práctica jurídica, atacar el *statu quo* social, cultural, jurídico y político; como resistencia a la desigualdad y a los patrones sociales existentes, así como la deconstrucción de todo tipo de objetos de la tradición jurídica (Rodríguez, 1999). Los CLS entienden al Derecho como un conjunto de normas que tienen una textura abierta y que se encuentran en tensión permanente, debido a que protegen simultáneamente intereses de grupos enfrentados (p. 21).

Los CLS nunca fueron concebidos para crear un género permanente en la literatura jurídica, o menos para tomar un lugar entre las escuelas iusfilosóficas, sin embargo representaron un acontecimiento disruptivo en la concepción y práctica del Derecho. El gran deber de los CLS, según Unger (2015, p. 32), era “convertir el pensamiento jurídico en una fuente de comprensión de la estructura institucional e ideológica establecida de la sociedad, y en una fuente de ideas acerca de regímenes sociales alternativos”. Su gran merito, fue atacar los proyectos jurídicos dominantes, desarrollando ideas alternativas producto de las contradicciones dentro del sistema jurídico establecido, y cualquiera que haya sido su mayor logro, lo han conseguido proporcionando un ejemplo de corrientes de pensamiento opuestas a tendencias supuestamente antagónicas (p. 17).

6.2. El ascenso y caída de las izquierdas jurídicas en los Estados Unidos

Después de la segunda guerra mundial, surgen en los Estados Unidos, proyectos reestructivos originales de izquierda, relacionados con el socialismo, que buscaban reformar e influenciar el entorno económico, político y social mediante cambios estructurales, encontrando, quizá, su justificación última en ideas como la libertad y los *Dh*, pero con una predisposición a la protección de minorías o de poblaciones oprimidas, y favoreciendo a determinados grupos sociales (Kennedy, 2002).

6.2.1. Ascenso y caída de la *'intelligentsia'* liberal de izquierda

La *intelligentsia* liberal de izquierda, que creció de manera exponencial en los Estados Unidos en la década de los cincuenta, comenzó a experimentar rupturas respecto a temas fundamentales, como también respecto a su postura acerca del “radicalismo” necesario para generar un verdadero cambio (Kennedy, 2002, p. 181).¹³² Los diferentes sub discursos dentro de la *intelligentsia* liberal de izquierda reinterpretaron las luchas y acontecimientos de los sesenta, y los tradujeron simplemente en los triunfos de los derechos civiles, como las verdades ideales y como el triunfo

¹³² Kennedy (pp. 179-181) da cuenta de al menos 3 sub discursos que parten del proyecto liberal de los derechos: a) el constitucionalismo liberal; b) los proyectos reestructivos de la filosofía jurídica “ostentosa”; y c) el lenguaje jurídico-político popular de los derechos. Por un lado el constitucionalismo liberal busca generar reformas legales a través de la trabajo jurisprudencial, el que se desarrolla a través de la labor de abogados litigantes, jueces, activistas, etc., y al cuál se ha sumado el activismo jurídico internacional, basado ya no sólo en la constitución, sino también en el *Di*. Por otro lado, los proyectos reestructivistas filosóficos “ostentosos” constituyen un cuerpo de intelectuales que han logrado plasmarse e influir en el discurso jurídico, preocupados por universalizar los intereses de grupos oprimidos o en desventaja, quienes consideran que la filosofía—más sofisticada, con mayor determinación y superior al discurso jurídico constitucional—debe sustentar las demandas de derechos. Kennedy usa el término *fancy* que se entiende como elegante o lujoso. He decidido traducir el término como “ostentoso” ya que refleja mejor la crítica sarcástica de Kennedy a dichos pensadores, entre los que ubica a Rawls, Habermas y Derrida. Finalmente, el discurso popular de los derechos se presenta no sólo en el discurso político formal, sino en el consciente colectivo social y en las creencias populares de lo que se debe hacer y de quién debe hacerlo.

universalizador de aquellos intelectuales y activistas que defendieron los derechos ante el poder que los limitaba (p. 182).

Ya hacia los setenta y ochenta se fueron difuminando los movimientos populares y las demandas de derechos, alguna vez agresivas, así como también las decisiones judiciales que generaron cambios legislativos, reivindicando los intereses de grupos oprimidos. Las cosas comenzaban a verse diferentes. La *intelligentsia* liberal de izquierda se encontraba con un reducto radical limitado y un creciente *mainstream* liberal, que corría el riesgo de ser devorado por propuestas más moderadas o incluso por el neoconservadurismo. Los liberales de izquierda, se convirtieron entonces en la izquierda, una izquierda más participadora y colaborativa, y menos opositora al *mainstream*.¹³³ Esta nueva izquierda jurídica, permanece como un movimiento progresivo concurrente, aunque disperso y rudimentario, que carece del liderazgo y del lenguaje moral que le dio vitalidad y sentido en algún momento, y que le ha garantizado cierta permanencia, la cual se ve sobre todo dentro del activismo racial, ecológico, de género y de identidad sexual (Kennedy, 2002, pp. 181-182).

Distintos movimientos asociados con la izquierda—e incluso con los CLS—han aportado rasgos críticos a la legislación y a la práctica del derecho—por ejemplo en cuestiones de feminismo, identidad de género, raza entre otros—, y han logrado que algunas de sus agendas hayan sido reconocidas por el *establishment* político y jurídico.

¹³³ Dice Kennedy (pp. 181-182): “Pienso que mucha de su fuerza, como un proyecto de *intelligentsia*, derivó de la combinación de la corrección política (luchas de los grupos oprimidos), la corrección jurídica (la Constitución era la ley y con autoridad demandaba una reforma liberal a gran escala), y la corrección filosófica (la filosofía moral más elegante y ostentosa apoyaba una reforma liberal de izquierda en nombre de los grupos oprimidos). Wow.” Traducción personal del texto original en inglés: “I think a lot of its strength, as an *intelligentsia* project, derived from the combination of political correctness (struggles of oppressed groups), legal correctness (the Constitution was law and authoritatively demanded massive liberal reform), and philosophical correctness (the fanciest moral philosophy supported left liberal law reform on behalf of oppressed groups). Wow”.

6.2.2. *Ascenso y caída de los ‘Crits’*

Contra el orden de ideas desarrollado por las críticas de izquierda en los Estados Unidos, la crítica de los derechos iniciada por los CLS fue “perversa” (Kennedy, 2002).¹³⁴ Alejados de ortodoxias marxistas o de interpretaciones leninistas, del totalitarismo estalinista, y del *mainstream* liberal, los CLS no sólo perdieron la fe en el razonamiento jurídico prevalente, sino que desarrollaron una crítica interna que derivó en la pérdida de la fe en el discurso de los derechos. La objeción al discurso de los derechos no se basó en una tendencia totalitaria de negación de derechos—como sería en el socialismo de corte soviético—, sino en el reconocimiento de la necesidad de su existencia bajo una crítica imperiosa, no obstante las consecuencias desmoralizadoras de ello (pp. 183-184).

Los *Crits*—como se les conoce eufemísticamente—en los Estados Unidos, son una crítica de izquierda a las doctrinas jurídicas ortodoxas, que retoman la historia, no necesariamente como continuación, sino para plantear un nuevo comienzo (Douzinas & Geary, 2005, p. 232). En los Estados Unidos, los CLS atacaron de frente, no sólo a la izquierda liberal (Kennedy, 2002), sino al realismo jurídico, que hasta entonces se presentaba como la única alternativa viable de pensamiento jurídico, y como el único proyecto para el futuro (Unger, 2015).

La metodología de los *Crits* estadounidenses consistía en el análisis minucioso de los objetos de la tradición jurídica—textos, prácticas, teorías, decisiones—, con el fin de mostrar sus profundas inconsistencias internas y su carácter contingente, y desarrollar una demolición—*trashing*—de los objetos tradicionales (Rodríguez, 1999). Ante la serie de propuestas que

¹³⁴ Para Kennedy (pp. 180-181), las distintas versiones del proyecto de la *intelligentsia* liberal de izquierda pueden encontrar puntos de encuentro e identificarse de alguna forma, en mayor o menor medida, con la línea crítica de los CLS .

intentaban demostrar la coherencia interna del derecho y la neutralidad de la aplicación judicial de las mismas, los CLS desarrollaron una perspectiva crítica que subrayaba la radical indeterminación interna del derecho, la dimensión política de la adjudicación y la función ideológica del dogma de la neutralidad judicial (Rodríguez, 1999).

Los *Crits*, como apunta Unger (2015), permanecieron como un movimiento organizado en los Estados Unidos solamente hasta finales de los ochenta, esto porque sus fundadores nunca planearon crear una escuela de pensamiento. Según Unger (p. 43), el movimiento de los CLS recibió un gran afluente de simpatizantes que lo vieron simplemente como un vehículo para la promoción y continuación de ideas y políticas de la agenda progresista estadounidense. Su gran fracaso radicó en su incapacidad para contribuir a la realización de un modelo alternativo, que respondiera a las necesidades y aspiraciones de la mayoría obrera, y su falta de propuestas institucionales para la reconstrucción del Estado y la economía, y su antipatía a la ambición teórica y a la imaginación institucional (Unger, 2015).¹³⁵

Los *Crits* estadounidenses se encuentran en la encrucijada entre la ruptura de la tradición y la aceptación de la historia, este es el signo que define su individualismo y su ‘ansiedad de la influencia’, y que define su autenticidad, ya que no están restringidos ni atrapados por el pasado (Douzinas & Geary, 2005, p. 236).¹³⁶ Según Douzinas & Geary (p. 237) esa ansiedad de la

¹³⁵ De hecho, originalmente los CLS rechazan los proyectos reconstructivos basados en la crítica (Kennedy, 1998, pp. 359-361). Como mostraré posteriormente, la crítica para Kennedy es un proceso viral inacabable, por lo que no es posible plantear un proyecto reconstructivo desde la crítica, una vez que se ha destruido el objeto criticado.

¹³⁶ La referencia de Douzinas & Geary (2005) respecto a la ansiedad de la influencia o *anxiety of influence* me recuerda—quizá de manera acertada—a Harold Bloom que en su *The Anxiety of Influence* (1997) desarrolla una teoría de la poesía a través de la descripción de la influencia poética o la historia de relaciones intra poéticas. En este sentido, la historia de la poesía es indistinguible de la influencia política, ya que los poetas fuertes hacen esa historia leyéndose erróneamente el uno al otro, hasta limpiar su espacio imaginativo. Parafraseando a Bloom (p. 23), la ansiedad puede o no ser interiorizada por el escritor posterior, dependiendo del temperamento y las circunstancias, sin embargo, esto poco importa: el poema fuerte es la ansiedad lograda. La ‘influencia’ es una metáfora, una que implica una matriz de relaciones—imaginistas, temporales, espirituales, psicológicas—, todas ellas, en última instancia, defensivas por naturaleza. La ansiedad de la influencia proviene de un acto complejo, de una profunda malinterpretación, una interpretación creativa o encubrimiento poético. Lo que los escritores experimentan como ansiedad y lo que sus obras están obligadas a manifestar, son la consecuencia del encubrimiento poético, más que la causa del mismo (p. 23).

influencia, persistente en el pensamiento de los CLS en Estados Unidos, se caracteriza por el reconocimiento de sus antecedentes, sin estar atrapados o restringidos por el pasado. Antes bien, la crítica requiere siempre un nuevo comienzo, lo cual, en opinión de los autores, fue quizá el elemento que terminó por destruir el movimiento.

6.3. Kennedy y la pérdida de fe en los derechos

Uno de los personajes más representativos de los CLS en los Estados Unidos ha sido Duncan Kennedy, ex profesor de la Universidad de Harvard, cuyo principal objetivo fue demostrar que la aplicación de las leyes sin ningún prejuicio por parte de los jueces, era inaceptable y no representaba un modelo real, ya que si bien la interpretación está constreñida por las normas a interpretar, está también abierta a deseos personales, lo que evidencia un área difusa de reglas o normas que pueden ser manipuladas, y que influyen la forma en que el conflicto es percibido y, por consecuencia, resuelto (Douzinas & Geary, 2005, p. 236).¹³⁷

Entre las más importantes aportaciones de Kennedy (1992) a los CLS podemos encontrar su crítica a la adjudicación, en donde plantea elementos centrales de los *Crits* sobre la textura abierta y la indeterminación del Derecho y las normas, las cuales se encuentran en un estado de permanente tensión ya que representan simultáneamente intereses de grupos opuestos.

Kennedy no había tratado mucho el tema concreto de los derechos, sin embargo, en una temprana obra—publicada treinta años después—titulada “*The Rise & Fall of Classical Legal Thought*” (2006), narra como los derechos individuales, en el pensamiento jurídico clásico

¹³⁷ Para Douzinas & Geary (pp. 236-237) la gran contribución de Kennedy es el empeño creativo para desarrollar su propia posición, la cual es también un intento, ansioso e impaciente, de ubicarse a si mismo dentro de la tradición, reconociendo que su ubicación en la historia forzaba a una confrontación fundamental, es decir, estar a la vez dentro y en contra de la tradición.

estadounidense, adquirieron una naturaleza multidimensional—al igual que el poder y otros elementos del Estado como la economía, o el poder público. Es decir, les fue reconocida una unidad al mismo tiempo que se reconocieron el uno al otro, en otras palabras, ocurrió un proceso fenomenológico—y no tanto lógico—de unificación de los derechos en todas sus relaciones externas, y, entonces, los distintos elementos del Estado asumieron una ontología única, que se identificó como la ‘verdad’ del poder y del derecho (p. 22).

Kennedy abundaría más sobre la crítica a los derechos y a este proceso fenomenológico de producción de la verdad del Derecho y los derechos en su *Critique of Rights* (2002)—obra posterior en tiempo pero anterior publicación—, extendiendo su concepto de la pérdida de la fe en el Derecho, a los derechos en particular.

6.3.1. Universalidad y objetividad de los derechos en el pensamiento jurídico

Kennedy (2002, p. 184) afirma que dentro de los proyectos jurídicos dominantes—y muy particularmente en el proyecto liberal estadounidense—, los derechos son mediadores entre hechos y juicios de valor, se encuentran en medio de ambos y por ello cuentan con elementos de ambos, lo que permite que un juicio—en cuanto a discernimiento—esté en lo correcto, sin que caiga en el campo de una mera preferencia. Es decir, al mismo tiempo de tener una carga de valoración, también tienen una investidura de razonamiento lógico, que les da una posibilidad de certeza y les acerca al campo de los hechos. Esta capacidad de mediación es sólo posible en atención a dos características necesarias, la universalidad y la “factualidad”, las cuales permiten que el derecho abandone el campo de la subjetividad y se acerque, de alguna forma, al campo de lo objetivo (p. 185).

Los derechos adquieren su universalidad en tanto que son preferencias, necesidades o valores que el grueso de la población humana comparte o que debería compartir, por ende, todos estamos o deberíamos estar de acuerdo con ellos, sin embargo, aunque surgen de necesidades y/o preferencias, los derechos no son arbitrarios ni subjetivos, ya que cuentan con una naturaleza factual, es decir, que una vez reconocida su existencia—universal—, se acepta que su observancia requiere de elementos formales que les otorgan una investidura racional y objetiva para ser transformados en normas jurídicas (Kennedy, 2002, p. 185).

Ahora bien, la universalidad, según Kennedy (2002, p. 188), representa el tránsito de los intereses de un grupo determinado, al ser interpretados como los intereses e ideales de todos, es decir, se atribuyen características de un todo, a un interés particular—o de grupo—. Una vez que los intereses particulares o de grupo son asimilados como intereses de la colectividad, se traducen al lenguaje de derechos, lo que les da una característica de “factoides”, o sea, adquieren aquella naturaleza factual que les permite ser usados como argumentos de razón, y ya no sólo de mera preferencia. Consecuentemente, todos están o deberían estar de acuerdo con el derecho universal, de lo contrario, y si incluso se niega su validez, más que una muestra de egoísmo por no compartir los intereses del grupo, ‘uno’ estaría mal, estaría en el error (p. 188).

La necesidad de universalizar derechos según Kennedy (2002, p. 188), no es limitativa a corrientes de pensamiento determinadas, ya que cualquier *intelligentsia* conservadora, liberal, e incluso de izquierda, busca que sus propios intereses o necesidades sean reconocidos por el Derecho, ya que la creencia de que provienen de alguna especie de derecho externo, les permite atribuir certeza—estar en lo correcto—a sus argumentos de derechos.¹³⁸

¹³⁸ Basar un argumento de derecho en la exterioridad del mismo ayuda a resistir embates reformistas contra los intereses grupales. Por ello, explica Kennedy, el velo de universalidad que se le otorga a los intereses grupales les protege, aún y cuando aquellos no representan los intereses populares, por lo que es posible que el discurso de los

6.3.2. *Derechos exteriores, interiores y constitucionales*

Para Kennedy (2002, p. 186) los derechos ocupan un papel ambiguo en el discurso jurídico, ya que no sólo representan normas en sí, sino la razón o fundamento de las mismas.

Para poder explicar lo anterior, pondré el ejemplo de una norma concreta, la norma *B*, la cual, a su vez, es expresión formal de la razón de ser o del motivo de la misma, es decir el fundamento *A*. Por lo tanto, el motivo o el fundamento *A*, es algo exterior y preexistente a la norma *B*, es decir, antecede al razonamiento jurídico concreto de la norma. El derecho exterior—el fundamento *A* en mi ejemplo—representa, en Kennedy (2002, p. 186), algo que la persona tiene, aún y cuando el orden jurídico no lo reconoce, o, incluso, cuando ejercitarlo es contrario a Derecho. Así, la constitución y las leyes “positivizan” algunos derechos altamente abstractos, o derechos exteriores (p. 186), que una vez incluidos dentro del orden jurídico, se convierten en derechos interiores—es decir, en la norma *B* planteada en mi ejemplo.¹³⁹

Los derechos exteriores como son concebidos por Kennedy (2002, p. 186), equivalen a lo que los distintos proyectos jurídicos conocen como ‘derechos naturales’, mismos que el Estado es responsable de incorporar al ordenamiento jurídico y transformar en derecho positivo. Estos derechos exteriores, una vez positivizados, adquieren una doble existencia, en tanto que siguen siendo naturales e independientes de cualquier régimen jurídico, a la vez de que son positivos, al ser, también, parte de un régimen jurídico específico. Para que ello ocurra, el Estado está encargado de hacer una traducción judicial, legislativa y/o administrativa de aquellos derechos exteriores,

derechos sea planteado de manera cínica o incluso de mala fe, cuando los grupos en comento están consientes de ello (p. 188).

¹³⁹ No todos los derechos interiores son traducciones de derechos exteriores, ya que a su vez, la Constitución y las leyes “positivizan” otros derechos menos abstractos, que, si bien aún no tienen la cualidad de normas interiores, no cuentan tampoco con la naturaleza de exterioridad, ya que se entienden como derivaciones de otros derechos exteriores (p. 186).

para entonces transformarlos en normas jurídicas concretas, por medio del análisis de sus implicaciones prácticas (p. 186).

Si bien es cierto que los regímenes jurídicos dependen únicamente de normas estrictamente interiores, ya sea que provengan de algún derecho exterior o no, en ocasiones se ha argumentado que los regímenes jurídicos protegen derechos exteriores, aún y cuando no estén reconocidos explícitamente en sus ordenamientos escritos, e incluso existen argumentos a favor de que los derechos exteriores deben ser de aplicación directa, sin necesidad de la interiorización (Kennedy, 1998, p. 307). Las normas positivas de carácter constitucional se encuentran en medio de estos argumentos, interpretan un derecho exterior que ha sido interiorizado, es decir, están basados en normas positivas y por eso son legales, pero también son afirmaciones de un derecho exterior y de cómo debe ser traducido positivamente (Kennedy, 2002, p. 187).

6.3.3. Pérdida de la fe en los derechos

Kennedy (2002, p. 197) aporta un elemento fundamental a la crítica de los derechos, la “pérdida de fe” en el discurso de los derechos. Al hablar de derechos, Kennedy (p. 197) se refiere a derechos ‘jurídicos’ o interiorizados, los cuales son, para el autor, normas abiertas a la labor estratégica de quienes las interpretan, y las cuales estarían destinadas a ser explotadas o a generar vacíos, conflictos o ambigüedades, lo que las hace determinables por intereses ideológicos.

Kennedy había analizado previamente la figura de la pérdida de fe, la cual se enfocaba en el razonamiento jurídico en general, y mediante la cual hacía evidente que los argumentos propios del razonamiento jurídico eran mera retórica—aunque no por ello erróneos o sin sentido. Dada la evidente susceptibilidad a ser explotados, ningún resultado que se genere de un determinado

argumento jurídico, podría percibirse como una aplicación “correcta” del razonamiento jurídico que obedezca a una interpretación fiel de los elementos del argumento (Kennedy, 2002, p. 191).

140

Perder la fe es una pérdida, una ausencia: ‘Antes percibía que el procedimiento y los elementos producían el resultado, pero ahora percibo el procedimiento como algo que hago con los elementos para producir el resultado que yo quiero. A veces funciona y a veces no, es decir a veces obtengo el resultado que quiero y a veces no’ (Kennedy, 1998, p. 312).

El que pierde la fe, abandona la idea de negar los elementos políticos, ideológicos, subjetivos o de cualquier tipo, dentro del razonamiento jurídico, y, entonces, los concibe como elementos que pueden ser manejados y explotados dentro del procedimiento (Kennedy, 2002, p. 191).

Según Kennedy (2002, p. 194), el punto más cercano entre el razonamiento jurídico en general, y el discurso de los derechos en particular, es cuando se razona sobre los derechos interiorizados, es decir, las normas jurídicas positivas. Esto es muy relevante, ya que, como planteé anteriormente, estos derechos son concebidos por Kennedy como la traducción de derechos exteriores, por lo que cualquier falla en la mencionada traducción, sería un fracaso total del

¹⁴⁰ Para Kennedy (p. 193) la pérdida de fe en el razonamiento jurídico tiene similitudes con la pérdida de fe en la divinidad, y como con la divinidad, esta nueva posición no es ni una de certeza, ni una de ausencia de la misma, antes bien, la cuestión ha terminado o se detuvo por completo, es una posición “post Dios”. Dice Kennedy (p. 194): “Aunque es ‘arracional’, un ‘salto’ a la inversa, en lugar de una ‘consecuencia’ de la crítica, la pérdida de la fe no es en absoluto un evento totalmente al azar. Es una noción familiar que la crítica puede ‘minar’ o ‘debilitar’ la fe, preparando sin determinar el momento en el que se pierde. Y la pérdida, a veces, es precedida por un proceso como la metáfora (o se trata de metonimia?) en la poesía. La pérdida de fe parece ‘extenderse’ como una enfermedad, o ‘expandirse’ como un incendio forestal”. Traducción personal del texto original en inglés: “Though it is arational, a “leap” in reverse, rather than a “consequence” of critique, loss of faith is nothing like a fully random event. It is a familiar notion that critique may “undermine” or “weaken” faith, preparing without determining the moment at which it is lost. And loss sometimes precedes by a process like metaphor (or is it metonymy?) in poetry. Loss of faith can seem to “spread” like a disease, or “jump” like a forest fire”.

discurso de los derechos dentro el proyecto liberal moderno. En concreto, una de aquellas fallas sería, curiosamente, la pérdida de fe en la posibilidad de realizar dicha traducción manteniendo intacta la mediación entre juicios factuales y juicios de valor, y, además, logrando que, al realizarla, se mantuviera una mediación paralela entre el discurso político y el discurso jurídico.¹⁴¹

Los derechos como normas jurídicas, al igual que otras reglas del sistema jurídico, resultan estar abiertas al trabajo estratégico, diseñado para explotar o para generar lagunas, conflictos y ambigüedades en casos particulares, con el objetivo de crear normas positivas que favorezcan intereses ideológicos (Kennedy, 2002, p. 197). Por ello, resultaría claro que los derechos son susceptibles del mismo análisis de textura abierta e indeterminación, que aplicara inicialmente Kennedy al razonamiento jurídico en general (p. 195).¹⁴² El punto crucial de la crítica de los derechos como normas positivas es, según Kennedy, la propensión del discurso jurídico a ser manipulable, que se demuestra en tanto que: a) las normas positivas se interpretan haciendo uso de argumentos políticos, es decir que el derecho “es” en función de un procedimiento definitorio abierto; y b) la ponderación entre normas, al momento de la adjudicación, reduce el procedimiento

¹⁴¹ Explica Kennedy (p. 199) que la aplicación de la crítica del razonamiento acerca de los derechos interiorizados sugiere que los derechos hacen más que mediar entre hechos y valores. Dentro del discurso jurídico, los argumentos de derechos se sitúan en medio de argumentos meramente ‘técnicos’ o deductivos sobre la aplicación de normas, como son la intención del legislador, el *stare decisis* o la voluntad de las partes, y otros argumentos de tipo político, que requieren del juez para ponderar el conflicto de intereses entre las partes. Los argumentos políticos están inevitablemente presentes en el discurso jurídico, pero son desfavorecidos y marginales, en comparación con aquellos que parecen más en consonancia con el carácter supuestamente objetivo de la adjudicación. Los argumentos de derecho implican algo más que la lógica de la validez, porque explican y justifican reglas, en lugar de limitarse a aplicarlas, pero son menos ‘subjetivos’ que los argumentos puramente políticos, debido a su carácter de ‘factoides’, es decir su capacidad de mediar entre hechos y valores. La pérdida de fe, o el fracaso de la mediación, se produce, entonces, cuando comenzamos a ver técnicas manipulativas de argumentación de derechos, como lo suficientemente fuertes para poder reducir todos, o, al menos, algún argumento de derecho en particular, a una cuestión de ponderación.

¹⁴² En *Freedom & Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology* (1992), Kennedy narra una historia—casi novelada—del proceso racional de un juez que se enfrenta a un caso complejo y sin precedente, cuya resolución, mediante la aplicación fiel de la ley, podría generar un resultado que no necesariamente sería el mejor o el más justo. Por ello, se da a la tarea de interpretar y aplicar la norma de forma tal, que genere un resultado que él considera mejor, con base en sus propias convicciones, y bajo la influencia de otros elementos de tipo político y económico. En esta historia vemos todos los contextos que enfrenta el juez, y cómo cada una influye en su razonamiento. Kennedy ataca la idea de la supuesta obligatoriedad e interpretación fiel de la norma, ya que concibe el razonamiento jurídico como un campo creativo en donde la norma se replantea y reformula con base en factores externos e, incluso, con la mística propia del juzgador.

a una serie de cuestiones y situaciones políticas, es decir, que el trabajo de ponderación no está determinado por un derecho u otro, sino que depende de un procedimiento externo, que considera argumentos de textura abierta como la moralidad, el bien común, las expectativas de las partes, argumentos de admisibilidad, e incluso, la capacidad institucional (Kennedy, 2002, pp. 195-196).

Lo anterior se puede explicar, según Kennedy (2002, p. 196), primeramente por que la crítica a las normas positivas como argumentos políticos, estriba en la habilidad de emitir razonamientos jurídicos concluyentes y convincentes acerca de situaciones jurídicas concretas, bajo una aparente interpretación fiel de la norma, esto, debido a que las normas positivas son reglas más o menos fáciles de “administrar”, las cuales se deben interpretar junto con otro tipo de argumentos para justificar los resultados. La idea de objetividad en la interpretación de la norma puede generar, a ojos de Kennedy (p. 196), la pérdida de fe en la ley y en la autoridad, aunque no necesariamente signifique la pérdida de fe en la normatividad o en el “uso” del discurso de los derechos. En segundo lugar, cuando en un caso concreto existe la necesidad de ponderación entre derechos en conflicto, es evidente que no son los derechos, en si mismos, los que otorgan la resolución, sino que se abre la puerta a discernimientos políticos e ideológicos de quien adjudica (p. 197). En resumen, las normas positivas—derechos interiorizados—son manipulables, y al reducirlos a una cuestión de ponderación entre presupuestos de igual valor, se advierte la posibilidad de intrusión político ideológica del encargado de realizar dicha ponderación.

Esta crítica a las normas positivas como derechos interiores se puede extender, de la misma forma, a aquellos derechos de carácter constitucional, en tanto que representan la concretización positiva de derechos exteriores. Kennedy (2002, p. 199) percibe que el problema fundamental en la interiorización de un derecho externo como norma positiva de carácter constitucional consiste, por un lado, en el ‘qué’ de ese derecho, es decir, en la definición de sus alcances y los beneficiarios

de la norma constitucional, así como en el ‘cómo’ de la norma, es decir, en el desarrollo del proceso de interiorización. La interiorización de los derechos exteriores en la formulación de una norma positiva de carácter constitucional implica la contraposición de derechos e incluso de proyectos ideológicos, en donde distintas facciones o grupos de interés, que esgrimen uno u otro derecho, consideran a su contraparte como equivocada, con base en una propia interpretación de un derecho exterior, y en este proceso, logran establecer reformas o programas jurídicos específicos que representen sus intereses o interpretaciones (pp. 199-206).

El punto medular de la adopción de un discurso de derechos es, contrariamente, que éste pudiera ir más allá de intereses grupales o ideológicos. Sin embargo, para Kennedy (2002, p. 206), esto no es, ni ha sido el caso, más aún, mientras más derechos son interiorizados y constitucionalizados, y más determinados sus beneficiarios, más difícil es entonces concebirlos como universales.

Cualquier duda respecto a la coherencia del razonamiento de derechos interiorizados—normas positivas—o de la continuidad—*continuum*—de los derechos, por así decirlo, se extiende al ámbito de los derechos constitucionales, y, con ello, existe el riesgo de que pueda esparcirse también al campo de los derechos exteriores (Kennedy, 2002, pp. 194-195). Por tanto, la discusión sobre la influencia política en el discurso de los derechos constitucionales tiene mucha relevancia, ya que la pérdida de fe en el razonamiento sobre los derechos, en su carácter de normas interiores, plantea la cuestión de si aún se puede tener fe en el proyecto normativo inspirado o basado en derechos exteriores, o en el discurso de los mismos (p. 208). En otras palabras, si la traducción a derechos interiores es mera retórica, bajo la sospecha constante de influencia partisana, entonces, podría ocurrir lo mismo con los derechos exteriores.

Es cierto que podemos reconocer la naturaleza retórica del discurso intralegal—es decir aquel de los derechos interiores—, y aún creer en una realidad diferente en relación con los derechos exteriores, o sea, aún se puede estar en lo correcto respecto a un derecho exterior, y no por ello dejar de reconocer la indeterminación del discurso jurídico—si estoy en lo cierto en cuanto a un derecho exterior, entonces no es tan malo negar la objetividad del razonamiento jurídico en sí—(Kennedy, 2002, p. 209). Sin embargo, Kennedy (pp. 210-212) reconoce que ha sido imposible demostrar de manera convincente el discurso de derechos exteriores. Esto se evidencia tanto en el discurso lego sobre los derechos, en donde se apela a los derechos exteriores volviéndolos al ámbito de juicios de valor, como en el discurso de la filosofía política, donde no se ha logrado plantear un argumento convincente de derechos exteriores, o, incluso, reconstruir su discurso (pp. 212-213).¹⁴³ Ante tal imposibilidad, y sabiendo que nadie lo ha hecho y que nadie será capaz de hacerlo, se va perdiendo, entonces, la fe en el discurso de los derechos (p. 213).

Ahora bien, Kennedy (2002, pp. 213-214) explica que cuando la gente quiere reclamar las cosas desde el propio sistema jurídico, formula sus demandas en lenguaje de derechos, de la misma manera en que alguna vez dichas demandas se formularon en lenguaje religioso; y de la misma forma en que en algún momento aquel lenguaje religioso era el lenguaje de un grupo definido; el lenguaje de los derechos es también el idioma de un grupo determinado, aquel que se conformó a la imagen de, y que representa al hombre blanco burgués, que resquebrajó el régimen feudal y reconstituyó, después, el régimen mercantilista de Europa Occidental, todo ello en nombre y bajo el estandarte de la razón.

¹⁴³ Kennedy (p. 212) afirma que no se ha demostrado la imposibilidad de plantear un argumento convincente de derechos exteriores, ni que se haya probado tajantemente que los derechos no existen, o que son cosas sin sentido, ya que no es cuestión de probar o demostrar nada, sino de si se puede obtener algo más del discurso jurídico que de algún otro, como de tipo moral o meramente utilitario.

La crítica, entonces, nos muestra que el humano beneficiario de los derechos es, como lo vimos previamente en Marx, un constructo determinado, producto de las revoluciones burguesas, y desde entonces, grupo tras grupo, ha definido su lucha para la inclusión en el orden social, económico y político, como una exigencia racional para el goce de los mismos derechos de libertad e igualdad que pertenecen al ciudadano normal y abstracto de la democracia burguesa (Kennedy, 2002, p. 214).

En este sentido, la crítica de Kennedy (Kennedy, 2002, p. 214) no menosprecia a grupos originalmente marginales—mujeres, negros, inmigrantes o gays—, en su deseo de inclusión y reconocimiento como iguales, y tampoco sugiere que dichos grupos deban mutilar su propia retórica de derechos, sin embargo, la crítica aplica a los grupos marginales, en este momento histórico, de la misma forma que aplicó al hombre blanco de clase trabajadora del siglo XIX, en el cual Marx basó su crítica original a los derechos. Pero si la crítica y la pérdida de fe pueden afectar las demandas de igualdad de grupos marginales, y si la crítica, como tal, no es una panacea, ni tampoco soluciona ningún problema, entonces ¿cuál sería el objetivo de la crítica? (p. 218).

Kennedy (2002, p. 213) explica que en las democracias occidentales, los derechos ‘existen’ en el sentido de que existen normas legales para limitar lo que la gente puede hacer, y para la limitación del poder público. La crítica de los derechos reconoce la realidad de la elaboración de normas, de la obediencia a las mismas, y de su aplicación y cumplimiento. La retórica del discurso de los derechos funciona, pero el hecho de que funcione, no constituye un argumento a favor de los derechos en sí (p. 217). Se trata entonces de ‘atacar’ la fe en los procedimientos racionales, a través de los cuales los legisladores, los jueces, o las autoridades ejecutivas, crean lagunas, conflictos, y ambigüedades en el discurso de los derechos interiores y exteriores (p. 213). Para el autor no hay nada en la crítica que sugiera reducir los derechos de los ciudadanos *vis-à-vis* el

Estado. La pérdida de fe en el discurso de los derechos es perfectamente coherente con una creencia apasionada en la radical expansión de los derechos de los ciudadanos contra el Estado. No se trata de cuáles son las normas legales que deberíamos adoptar para definir los límites de los derechos en conflicto, sino, más bien, de cómo nos debemos sentir por el discurso a través del cual argumentamos esos límites (p. 213).

Kennedy (2002, p. 208) no tiene una teoría específica sobre pérdida de la fe, pero sugiere, como hipótesis, la propensión del discurso jurídico a la “erosión”, “debilitamiento”, “desintegración” y “contagio”, precipitados por el manejo altamente político de los derechos, y la intromisión ideológica y partisana de los grupos de interés, liberales, conservadores, de izquierda, etc. Entonces, si el discurso de los derechos es propenso, de manera inmanente, al debilitamiento, desintegración, e intromisión ideológica de cualquier grupo de interés ¿por qué la crítica?

6.3.4. ¿Por qué la crítica?

Kennedy (2002, p. 218) parte de la coyuntura entre dos proyectos, uno de izquierda que busca transformar las estructuras sociales con base en una crítica a sus injusticias—como modelo patriarcal capitalista—, buscando reemplazarlo, pieza por pieza, o bloque por bloque, por un sistema mejor; y un proyecto moderno/posmoderno que es una crítica a las formas características de la verdad—o lo correcto—, que busca la liberación de un constreñimiento de la razón hacia una relación dialéctica del sistema y anti sistema, mediante artefactos transgresivos que reafirmen, de manera paradójica, las formas superiores de los valores que ellos mismos representan.¹⁴⁴

¹⁴⁴ El proyecto crítico de “izquierda” tiene una dimensión analítica utópica que critica la injusticia y la opresión, y una dimensión teórica positiva que da cuenta de cómo el contexto socio-político se fue deteriorando y por qué ha permanecido de esa forma; y el proyecto crítico “modernista/posmodernista”, pretende lograr experiencias trascendentes (intelectuales, estéticas, emocionales) en los intersticios de un andamiaje racional quebrantado, con una

Desde el proyecto estrictamente de izquierda, la creencia en los derechos, dentro de la determinación del razonamiento jurídico, es una parte fundamental en el proyecto burgués de la verdad y la razón; para el proyecto moderno/posmoderno, cualquier concepto con pretensiones de objetividad es el enemigo, así los conceptos teórico éticos de la cultura burguesa, incluyendo a Dios, la moralidad, la familia, el Estado-Nación, la masculinidad o feminidad, y la humanidad, entre otros, son artefactos que deben ser contrarrestados u opuestos (Kennedy, 2002, p. 219).¹⁴⁵

Así, en ocasiones se desarrolla una crítica con el objeto de reemplazar el objeto criticado por otro nuevo, pero en ocasiones se favorece a un proyecto, no porque uno tenga una propuesta, sino porque uno cree que debe tener, o al menos intentar tener una. Una crítica común es que es fácil hacer la crítica, es fácil ir destruyendo de artefacto en artefacto, mientras que la reconstrucción es lo complicado—y por tanto preferible y más constructivo (Kennedy, 2002, p. 219).

Si bien un proyecto de “reconstrucción” es posible, cualquier proyecto de esa naturaleza está obligado a considerar las consecuencias negativas de no poder reconstruir lo destruido (Kennedy, 2002, p. 222). Antes bien, una crítica como la que desarrolla Kennedy (p. 222), niega la experiencia particular de la razón—lo correcto—, en favor de otra experiencia nueva, es decir, plantea la crítica y pierde la fe, sin un compromiso de generar otras formas de razón.

El proyecto de reconstrucción [...] parece la reificación o fetichismo sobre la teoría, en un modo similar al fetichismo sobre Dios, el mercado, la clase, el Derecho y los derechos. [El proyecto de Kennedy] por el contrario, se encuentra atrapado para bien o para mal en una progresión ‘viral’ de la

actividad práctica centrada en creación o realización del “artefacto”, es decir cosas concretas—obras de arte, deconstrucción de textos literarios, etc.—(pp. 180-181).

¹⁴⁵ Kennedy (p. 219) afirma que el de izquierda es también un proyecto cultural burgués en donde sus seguidores pensaban estar en lo correcto.

crítica, y si es que puede haber una lección sobre la evolución del virus, parecería ser la de anticipar la pérdida de la fe en la teoría en general y, de la teoría general en lo particular (Kennedy, 1998, p. 361).¹⁴⁶

Pero no es que la crítica nos deje con “nada”, en el sentido de que es imposible decidir qué hacer, o imposible saber cómo el orden social funciona para elegir una estrategia mejor. Kennedy (2002, p. 222)—que no se considera realista moral o creyente en la objetividad y verdad de las proposiciones morales—expresa que es posible comprometerse con proyectos y determinar estrategias, con base en un equilibrio entre el conflicto ético y las consideraciones prácticas.

La imposibilidad de demostrar la razón y objetividad de dichos proyectos no es nihilismo; la pérdida de fe en la teoría no significa rendirse de hacer teoría, solamente renunciar a la expectativa de razón y objetividad, de estar en ‘lo correcto’ (Kennedy, 1998, p. 361). Pero, según Kennedy (2002, pp. 222-223), entenderíamos mal la crítica si imaginamos que ésta nos podría llevar a una situación en la que se pierde la fe en “todo”, dejándonos sin saber qué creer o hacer. La crítica por el contrario, cambia nuestra actitud hacia una teoría particular—lo que criticamos con éxito—, generando un sentimiento particular de justicia.

Por supuesto, la pérdida de la fe en los derechos podría conducir a abandonar el igualitarismo a favor de otro tipo de actitudes, por ejemplo, la creencia en la desigualdad natural, que parecería más plausible cuando ésta no es contrarrestada por una creencia en los derechos. Sin embargo, perder la fe en la razón, por ejemplo, no significa que sea imposible la teoría sobre la razón. Parece poco posible el creer totalmente o no creer absolutamente en la razón en general, o

¹⁴⁶ Traducción personal del texto original en inglés: “The project of reconstruction (as opposed to any particular proposal) looks, from a left/mpm point of view, like the reification or fetishism of theory, in a mode parallel to the fetishism of God, the market, class, law, and rights. Left/mpm, by contrast, is caught up for better or worse in the ‘viral’ progress of critique, and in so much as there is a lesson from the progress of the virus, it would seem to be to anticipate loss of faith in theory in general and general theory in particular” (p. 361).

en cualquier construcción racional particular, antes bien parecería más probable que la creencia y/o negación de la razón, así como también de los derechos, representara, de otra manera, la posibilidad de creer en muchos significados diferentes, que se combinan en un número infinito de formas, con idiosincrasias o actitudes socialmente construidas, así como sentimientos y otras disposiciones (Kennedy, 2002, p. 223).

7. LA CRÍTICA DE LOS CRÍTICOS II: EL FIN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como la vida, que está llena de contradicciones, son sus paradojas, dilemas y aporías las que mueven la práctica de los derechos humanos. Cuando los abogados, activistas y disidentes movilizan estos conflictos y tensiones—entre el derecho internacional y el nacional; entre las pretensiones de universalidad y la exclusión de la particularidad; entre el derecho y la justicia—, entonces podemos ver el potencial para el futuro y el saldo de la humanidad brillando como un fuerte sol a través de la trillada casa del Derecho.

Costas Douzinas y Conor Gearty.¹⁴⁷

Las corrientes críticas del derecho han transitado por diversas etapas. Desde aquella basada en los postulados marxistas que planteaba una crítica global del Derecho, al tiempo que clamaba y vaticinaba su aniquilación (Douzinas, Goodrich, & Hachamovitch, 1994); a la generación de críticos que se popularizó ampliamente con el estructuralismo de Althusser y Levi-Strauss, o bien la generación de los juristas soviéticos como Pashukanis, que desde la sociología hasta el Derecho criticaban la forma jurídica y su vinculación con los modelos de producción (p. 10). Posteriormente, la generación de los *Crits* estadounidenses, con Kennedy, Unger y varios otros (Douzinas et al., 1994), atacaban la coherencia e indeterminación del Derecho y los derechos (Kennedy, 1992, 2002), así como la intrusión ideológica de la práctica, supuestamente positivista, del Derecho (Unger, 2015). Esta generación plantea el rompimiento con los postulados del realismo estadounidense para abrir nuevas vías de análisis, pero, a la vez, se encuentra libremente atrapada entre la crítica y la aceptación de la historia y tradición (Douzinas & Gearty, 2005, p. 230).

¹⁴⁷ Traducción personal del texto original en inglés: “Like life, which is full of contradictions, it is paradoxes, dilemmas and aporias that move human rights practice on. When lawyers, campaigners and dissidents mobilise these conflicts and tensions—between international and national law; between the claims to universality and the exclusions of particularity; between law and justice—then we can see the potential of the future and the dues of humanity shining like a strong sun through the hackneyed house of law” (Douzinas & Gearty, 2012, p. 14).

Estar, a la vez, ‘dentro y en contra’ de la tradición es un buen comienzo, según Douzinas & Geary (2005, p. 237), pero el pensamiento no debe conformarse, y por ende, otras generaciones replantearon las corrientes críticas retomando una línea mayoritariamente marxista (p. 230), para generar una nueva etapa en los CLS (Douzinas et al., 1994).

7.1. Los Brit Crits

La *British Critical Legal Conference* (CLC) o Conferencia Crítica del Derecho Británica, es un movimiento intelectual que busca una pluralidad de enfoques teóricos acerca del Derecho y la política radical, surgido en el marco de un encuentro en la Universidad de Kent en 1985, y que, hasta la fecha, se sigue reuniendo anualmente de manera ininterrumpida (Douzinas, 2014, p. 187).¹⁴⁸ Esta corriente crítica británica, o *Brit Crits*—como se hacen llamar de manera eufemística—, no tiene interés en el nominalismo y en muchas de las posiciones de los *Crits* estadounidenses, pero ofrecen una cierta continuación a la perturbación dentro de la jurisprudencia y a la ansiedad de la influencia (Douzinas & Geary, 2005, p. 240). Mientras que los *Crits* estadounidenses se encuentran en la angustia de vivir en, y estar en contra de la tradición, los *Brit Crits* deben definirse a sí mismos en contra de la ortodoxia jurisprudencial, y también en contra de la tradición crítica estadounidense, y deben determinar un sentido de coherencia intelectual dentro del movimiento mismo (p. 240).

¹⁴⁸ Si bien la primera conferencia ocurrió a mediados de los ochenta, sus raíces se encuentran incluso desde los setenta. Douzinas (p. 187) describe la CLC como una comunidad inoperante, sin representantes ni directores, cuyo único propósito es fungir como un foro que congrega gente que comparte las ideas y la opinión del papel del Derecho en la sociedad y su propio papel dentro de la institución.

Las diferencias entre los CLS estadounidenses y la CLC británica son bastante pronunciadas, aunque no siempre reconocidas. Los CLS fueron un movimiento político con poca política. Su principal actividad intelectual fue la crítica del razonamiento y las instituciones judiciales, mientras que la política del movimiento se agotaba en gran medida en la intriga de la academia, y en la interminable búsqueda de exposición ante los medios de comunicación. Los académicos europeos encontraron un poco extraña la pre-ocupación de los principales miembros de los CLS estadounidenses con la (in)coherencia interna del razonamiento judicial. La CLC, por el contrario, es un movimiento intelectual con mucha política [...] La conferencia ha sido y sigue siendo sólo eso: una conferencia y un nombre genérico. La CLC es ‘una comunidad siempre por venir’ (Douzinas & Geary, 2005, p. 240).¹⁴⁹

Los *Brit Crits* tuvieron sus propias ‘ansiedades’, por ejemplo, su falta de satisfacción con las injusticias provocadas por el Derecho y con la tradición jurídica ortodoxa que, o bien justificaba o ignoraba dichas fallas (Douzinas & Geary, 2005, p. 241). Desde un principio, los *Brit Crits* buscaron anclarse a una temática unitaria, y encontraron en Marx una visión central común, y el paliativo para su ansiedad; sin embargo, tampoco encontraron en él su salvación, ya que estaban marcados por una desconfianza generalizada en los modelos clásicos de pensamiento social y crítico (pp. 241-242).

¹⁴⁹ Traducción personal del texto original en inglés: “The differences between American CLS and the British CLC are quite pronounced, although not always acknowledged. CLS was a political movement with little politics. Its main intellectual activity was the critique of judicial institutions and reasoning, while the politics of the movement were largely exhausted in the intrigue of the academy and the endless search for media exposure. European scholars found the pre-occupation of leading members of the American CLS with the internal in(coherence) of judicial reasoning a little bizarre. CLC, on the other hand, is an intellectual movement with lots politics [...] The conference was and remains just that: a conference and an umbrella name. CLC is ‘a community always to come ’” (p. 240).

Eventualmente la ansiedad de los *Brit Critics* fue enfrentada mediante un intento de reclamar la historia desde una perspectiva crítica, y con el posmodernismo alcanzaron su apoteosis (Douzinas & Geary, 2005, pp. 242-245). La ansiedad de la crítica se renovó a si misma en un deseo de comenzar nuevamente, de repensar sus términos y de reinventarse alrededor de una nueva problemática (p. 242).¹⁵⁰ Con la llegada del posmodernismo, llegó también el anuncio de un tipo de jurisprudencia que no daba una respuesta a la gran pregunta ¿qué es el Derecho? y que, al contrario, trajo consigo la preocupación de cómo se experimenta el Derecho en distintas situaciones, centrando la preocupación del pensamiento crítico en las conexiones problemáticas entre el mundo que vivimos y las formas del Derecho (p. 243).¹⁵¹

La Historia como la elaboración predeterminada de un patrón, o como algo a lo que tenemos acceso a través de una narrativa central, debe ser rechazada. Estamos obligados a crear nuestras propias historias con los materiales que tengamos disponibles, siempre con el ojo y el oído en el hecho de que lo que parece ser la opinión dominante o autorizada es así, porque otras han sido borradas; pero nada está completamente olvidado (Douzinas & Geary, 2005, p. 242).¹⁵²

¹⁵⁰ Según Douzinas y Geary (p. 242), el posmodernismo en los estudios críticos del Derecho representa el retorno a la tradición continental. En vez del existencialismo sartreano o el marxismo de la Escuela de Frankfurt, las tendencias filosóficas dominantes están representadas por Nietzsche, Freud, Foucault, Derrida, Lacan y Levinas.

¹⁵¹ La exigencia de la posmodernidad era regresar a las ‘verdades’ de la experiencia de vivir, a las emociones y al sentido de que, ésta, está atrapada y disciplinada por el Derecho, y ante esto, la intelectualidad crítica trató de encontrar un sentido más amplio de cómo se constituye el sujeto como producto del poder (p. 243).

¹⁵² Traducción personal del texto original en inglés: “History as the predetermined working out of a pattern, or as something to which we have access through a central narrative, must be rejected. We are forced to create our own histories out of the materials that become available, always with an eye and an ear to the fact that what appears to be the dominant or licensed view is only so because other voices have been erased; but nothing is completely forgotten” (p. 242).

Con el agotamiento de los recursos morales de la modernidad, experimentados a lo extremo dentro del Derecho, los *Brit Critics*, reintrodujeron el pensamiento jurídico a la academia—a donde siempre perteneció según Douzinas & Geary (p. 240)—, y crearon la obligación política e intelectual de imaginar un nuevo tipo de derecho natural, con la justicia como parte fundamental, pero siempre por venir (p. 245).

A través de una mirada crítica de la Historia, Costas Douzinas, una de las figuras más activas de los *Brit Critics*, reinterpreta el derecho natural desde una crítica de izquierda (Douzinas, 2000), y trata de elaborar una politosofía¹⁵³ de la resistencia, encarnando y articulando la irritación de la izquierda hacia las injusticias perpetradas dentro de las relaciones internacionales actuales (Langlois, 2012). El profesor de origen griego, director del *Birkbeck Institute for the Humanities* de la Universidad de Londres en Birkbeck, ha centrado su producción bibliográfica principalmente en la crítica a los *Dh*, mediante una reinterpretación del derecho natural.

A lo largo del presente capítulo expondré varios de los puntos fundamentales y más relevantes de la filosofía crítica de los *Dh* de Costas Douzinas.

7.2. Douzinas: Imperio y fin de los derechos humanos

Douzinas intenta volver a introducir una justificación de los derechos trascendente para la humanidad, a través de una crítica genealógica de sus antiguas manifestaciones liberales. Busca establecer las bases filosóficas de unos *Dh* alternativos a través de la genealogía de un derecho natural radical como su motivo trascendente, pero reconociendo su ideal utópico e imposible de una justicia siempre ‘por venir’ (Motha & Zartaloudis, 2003).

¹⁵³ Término usado por Basave (1985) en referencia a “filosofía política”.

7.2.1. Los derechos humanos al fin de la historia

En su *The End of Human Rights*, Douzinas (2000) lanza una tesis controversial, ‘el fin de los *Dh*’. Douzinas (2013, p. 51) expone que en el contexto de la ‘consolidación’ de los *Dh*, estos habrían mutado de una relativa defensa contra el poder, a una modalidad de su operación. Es decir, los *Dh* que se identificaron con intereses de clase, y que fueron armas ideológicas y políticas para la lucha de la naciente burguesía contra el poder político despótico, mutaron hasta convertirse en la ideología central de los regímenes contemporáneos (Douzinas, 2000). Así, al vencer las batallas ideológicas de la modernidad, los *Dh* se convirtieron en la última ideología y, paradójicamente, en la derrota de las ideologías, o en palabras de Douzinas (2000, p. 1; 2013, p. 51), la ideología al fin de la historia.

Por consiguiente, el ‘triumfo’ de los *Dh*, de la mano del ‘fin de la historia’, pueden representar la mutación final de una larga trayectoria del derecho natural, en donde el llamado de la naturaleza ha pasado de ser la defensa frente a una sabiduría convencional y el letargo institucional, a ser la legitimación de los regímenes y poderes más escleróticos—incapaces de evolucionar o adaptarse a nuevos contextos. El triunfo de los *Dh* representaría también, de manera irónica, su punto final (Douzinas, 2000, p. 380).

7.2.2. El imperio de los derechos humanos

Douzinas en su *Human Rights and Empire* (2007) lanza la pregunta: ¿son los *Dh* una herramienta de defensa eficaz contra la dominación y la opresión, o son el resplandor ideológico de un imperio emergente?

El siglo XX concluyó con agitados debates sobre la globalización y la sujeción del Estado a normas de tipo jurídico y moral, y se discutía el eventual reemplazamiento de la figura tradicional del Estado por instituciones internacionales y una nueva legislación “cosmopolita” (Douzinas, 2007, p. 6). Sin embargo, el Estado experimentó un retorno ante las amenazas a la civilización que trajo consigo el siglo XXI, las cuales, aparentemente, habrían requerido medidas extremas, demandando que el Derecho y sus principios fueran suspendidos en aras de proteger a los ciudadanos de los ‘peligros’ del nuevo siglo (p. 6). En este sentido, Douzinas (p. 6) considera acertado su vaticinio lanzado en *The End*, el discurso de la seguridad habría triunfado por sobre los *Dh*, y la era de optimismo y la esperanza globalizada se convirtió en la nueva época oscura del miedo. Como siempre, las libertades civiles son la primera víctima de los miedos y de las ansiedades públicas (p. 6).

Quando los derechos humanos se convierten en su medio y su objeto, la política se moraliza, su habilidad para mediar en el conflicto se erosiona. Las sociedades post políticas occidentales han abandonado, pero no pacificado, el antagonismo en favor de la lucha contra el mal. La gente se divide en gobernantes, gobernados y excluidos; y el discurso contemporáneo de los derechos humanos afirma y mantiene dicha jerarquía (Douzinas, 2007, p. 7).¹⁵⁴

¹⁵⁴ Traducción personal del texto original en inglés: “When human rights become its means and object, politics is moralised, its ability to mediate conflict eroded. Post-political Western societies have abandoned—but not pacified—antagonism in favour of combating evil. People are divided into rulers, ruled and excluded. Human rights both record and uphold this hierarchy [...] Rights offer defences against power” (p. 7).

Desde finales del siglo XX el humanitarismo o el humanismo militar, una de las facetas del nuevo imperio cosmopolita que concibe a la humanidad como una esencia rígida y estática, colocó a occidente en el papel de salvador, que rescata a las víctimas de sus compatriotas ‘malignos’ en el Tercer Mundo (Douzinas, 2007, p. 7).

7.3. La piel de la cebolla: naturaleza y ontología de los derechos humanos

Para Douzinas (2007, p. 9), a lo largo de su historia y sobre todo en la actualidad, los *Dh* se han utilizado en un sinnúmero de contextos. Mientras que el uso del término en todos estos textos y contextos no es inexacto, tampoco existe una teoría, doctrina o descripción empírica que pueda abarcarlos todos, y dar una definición exacta, es decir, no hay un único campo de actividad denominado *Dh*, ni puede haber una única teoría que los describa.

Como derechos, los derechos humanos son una categoría jurídica [...] [pero también son] derechos morales o reclamos individuales, que pueden o no haber sido reconocidos por un sistema jurídico particular. Introducen ciertas normas mínimas de tratamiento al que tienen derecho las personas, y crean un marco moral en el que la política del Estado, la administración y la ley deben operar. La institución de los derechos humanos, por lo tanto combina derecho y moral, descripción y prescripción (Douzinas, 2007, p. 9).¹⁵⁵

¹⁵⁵ Traducción personal del texto original en inglés: “As rights, human rights are a legal category [...] [but they are also] moral rights or claims by individuals, which may or may not have been recognised by a particular legal system. They introduce certain minimum standards of treatment to which people are entitled and create a moral framework within which state policy, administration and the law should operate. The institution of human rights therefore combines law and morality, description and prescription” (p. 9)

De tal manera hay derechos que existen, aún dentro de aquellos regímenes que abiertamente los niegan o los coartan, es decir, donde no consta una norma jurídica susceptible de ejecución (Douzinas, 2007, p. 10). El ‘derecho’ en estas circunstancias no se refiere a un precepto jurídico pre existente, sino a una afirmación de exigencias morales—o ideológicas, o de *Di*, o de algo incluso más alto. “Es la declaración de una aspiración contra el estado actual del Derecho, o una llamada a las armas para las reformas del sistema político y jurídico [...] Esta confusión entre lo real y lo ideal es característico del discurso de los derechos humanos” (p. 10).

La solución es leer las afirmaciones descriptivas de las declaraciones [de *Dh*] como prescriptivas: ‘las personas no deben ser más que libres e iguales’. De hecho, la gran potencia de los derechos humanos reside en su ambigüedad retórica y la oscilación entre el estado existente de Derecho y un estadio ausente y deseado de perfección. Esta ambigüedad es una característica central de la demanda de derechos en los Estados que violan sus principios básicos; y que todavía está presente, aunque de manera menos evidente, en aquellos sistemas jurídicos que han adoptado catálogos de derechos (Douzinas, 2007, p. 10).¹⁵⁶

Durante su larga historia, la fuente de los derechos naturales se ha movido de Dios y de las Escrituras, a la naturaleza humana, de la naturaleza a la razón, y, en su mutación final, a la Constitución del Estado y al *Di* (Douzinas, 2007, p. 10). Como criterio moral, los *Dh* derivan de

¹⁵⁶ Traducción personal del texto original en inglés: “The way out is to read the descriptive statements of the Declarations as prescriptive: people are not but ought to be free and equal. Indeed the great power of human rights lies in their rhetorical ambiguity and oscillation between the extant state of law and an absent and desired state of perfection. This ambiguity is a central characteristic of the appeal to rights, in states that violate their basic principles; it is still active, albeit in a less obvious manner, in legal systems that have incorporated lists of rights” (p. 10).

un conjunto de hipótesis antropológicas y morales sobre afirmaciones de libertad e igualdad, del bienestar de los individuos y su relación con la sociedad en general (p. 10).

La transformación de los derechos naturales marcó una pérdida de fe en la capacidad para justificar derechos sobre la base de una revelación trascendente o de verdades generalmente aceptables sobre la naturaleza humana (Douzinas, 2007, p. 11). “[E]l ‘humano’ de los derechos humanos se refiere principalmente a su alcance, antes que a su justificación. Hechos comúnmente aceptados sobre la naturaleza humana van cambiando con el conocimiento científico y, cualquiera que sea su estado más reciente, no puede generar compromisos morales por sí mismos” (p. 11).¹⁵⁷

Así, según Douzinas (2007, pp. 11-12), los *Dh* son una inflexión moral, deben encontrarse por encima de la política, deben ser un discurso y una praxis neutral, racional y natural, y un “comodín” que permita terminar los conflictos, sin embargo los discursos políticos se han encargado de arrogar el concepto, lo que los ha hecho perder su *statu* jurídico-moral, y los ha convertido en instrumento de una ideología más amplia, en la vía moral para conducir la política, y en el ideal en la organización de la unión social.

El potencial radical del derecho, simultáneamente revelado y oculto en los derechos humanos, permanece abierto a la idea de posiciones y tradiciones heterogéneas, cuando el énfasis se desplaza desde el fomento que hace el Derecho de una obediencia pacificada, hacia la indeterminación y la apertura de uno mismo y la sociedad, límites que son siempre objeto de

¹⁵⁷ Traducción personal del texto original en inglés: “[T]he ‘human’ of human rights refers mainly to their scope rather to their justification. Commonly accepted facts about human nature keep changing with scientific knowledge and, whatever their latest state, cannot generate moral commitments on their own” (p. 11).

controversia y que nunca coinciden con las cristalizaciones del poder y del Derecho (Douzinas, 2007, p. 13).¹⁵⁸

Para Douzinas (2007, p. 14), la única respuesta a la pregunta ¿Qué son los *Dh*? o ¿qué derechos tiene la gente? es discutir casos específicos de tratamiento de las personas en los lugares y momentos concretos.

En lugar de debatir si existe la libertad de expresión en general y en lo abstracto [...] deberíamos hacer preguntas específicas [...]

Para responder a estas preguntas específicas, debemos examinar las leyes internacionales, estatales y locales en el momento pertinente; prácticas judiciales y administrativas; la opinión pública, la actitud de los medios de comunicación, las presiones laborales, etc. Por encima de cualquier análisis legal, doctrinal o jurisprudencial, sin embargo, esta la experiencia de las personas en el terreno (Douzinas, 2007, p. 14).¹⁵⁹

Douzinas (2007, p. 14) considera de una relevancia enorme el ámbito local de aplicación de los *Dh*. Para él, los *Dh* están protegidos o se violan a nivel local, es decir, en la casa, en la calle, en la escuela, en el lugar de trabajo, en las prisiones, en las oficinas gubernamentales e incluso en los medios de comunicación, y a nivel local “los tratados de derechos humanos, las convenciones, las

¹⁵⁸ Traducción personal del texto original en inglés: “The radical potential of right, both revealed and concealed in human rights, remains open to the idea of heterogeneous positions and traditions, when the emphasis moves from law’s promotion of pacified obedience to that of indeterminacy and openness of self and society, the boundaries of which are always contested and never coincide with the crystallisations of power and legal entitlement” (p. 13).

¹⁵⁹ Traducción personal del texto original en inglés: “Rather than debating whether freedom of expression exists generally and in the abstract [...] we should be asking specific questions [...] To answer these specific questions, we must examine international, state and local laws at the relevant time; judicial and administrative practices; public opinion, media attitudes, workplace pressures, etc. More important than any legal, doctrinal or jurisprudential analysis, however, is the experience of the people on the ground” (p. 14).

comisiones, y los informes son de una irrelevancia gigantesca. Un aire de auto satisfacción irrelevante es la característica permanente en las conferencias sobre derechos humanos” (p. 14).¹⁶⁰

Al final, sin embargo, cada enfoque disciplinario de los *Dh* es como la piel de una cebolla, que conduce a la siguiente, una y otra vez. “No hay nada en el núcleo de la cebolla, ningún centro o núcleo que dé a los derechos humanos su forma total” (Douzinas, 2007, p. 14).¹⁶¹

Ninguna de las teorías puede captar la multiplicidad de discursos, prácticas, instituciones, acontecimientos y luchas que utilicen el término *Dh* (Douzinas, 2007, p. 14). “Las diversas pieles, las capas sucesivas, los enfoques disciplinarios, son perspectivas dispares sobre los derechos humanos; ‘los derechos humanos no son más que las diversas perspectivas sobre ellos’” (p. 14).¹⁶² Entonces, cualquier historia, y/o análisis jurisprudencial o doctrinal de los *Dh* sólo es útil como una sola capa. “No hace a la cebolla por sí misma y, si su uso se sobreestima, se puede generar una visión distorsionada de la totalidad” (p. 15).¹⁶³

El pedigrí intelectual de los derechos humanos es el resultado improbable de una combinación de eventos dispares, ideas y tradiciones. El derecho natural clásico, la teología judeocristiana, las ideas de la Ilustración, el racionalismo moderno y el multiculturalismo posmoderno, con sus debates internos, sus conflictos y sus herejías, todos han jugado un papel importante. Los eventos relevantes, como la revolución francesa y la

¹⁶⁰Traducción del autor del texto original en inglés: “[...] human rights treaties, conventions, commissions, and reports are a gigantic irrelevance. An air of self-satisfied irrelevance is the permanent characteristic of human rights conferences” (p. 14).

¹⁶¹Traducción personal del texto original en inglés: “There is nothing at the core of the onion, no centre or kernel that gives human rights their overall shape” (p. 14).

¹⁶²Traducción personal del texto original en inglés: “The various skins, the successive layers, the disparate disciplinary approaches are perspectives on human rights; ‘human rights are nothing more than the various perspectives on them’” (p. 14).

¹⁶³Traducción personal del texto original en inglés: “It does not make the onion on its own and, if its use is overestimated, it can give a distorted view of the whole” (p. 15).

guerra de independencia estadounidense, la revolución rusa y sus secuelas, los crímenes nazis y estalinistas, el holocausto y la repulsión universal generada, todos se conjuntaron con aquellos eventos ‘menos importantes’, como son las preocupaciones y prioridades de los políticos occidentales (principalmente estadounidenses) para crear lo que hoy se llama ‘movimiento de derechos humanos’ (Douzinas, 2007, p. 15).¹⁶⁴

7.3.1. Naturaleza y derechos humanos

Douzinas (2007, p. 13) fundamenta su crítica en la interpretación de un derecho natural radical, en donde los *Dh* operan en la brecha entre la naturaleza ideal y el Derecho o, entre lo existente y su trascendencia.

En la tradición jurídica clásica, la naturaleza humana era la pauta cuasi objetiva que justificaba la crítica hacia cualquier tipo de norma, hasta que la positivización normativa del modernismo eliminó cualquier reducto de trascendencia histórica o de exterioridad,¹⁶⁵ y entonces la naturaleza dejó de ser ese estándar mínimo, y, por lo tanto, cualquier deseo individual tenía la posibilidad de alcanzar un estatus de derecho (Douzinas, 2000, p. 10). En la posmodernidad, los derechos se han vuelto extensiones de uno mismo, una elaborada colección de mascarar que el sujeto se coloca bajo el imperativo de ser auténtico, de ser ‘uno mismo’, de elegir la versión propia

¹⁶⁴Traducción personal del texto original en inglés: “The intellectual pedigree of human rights is the unlikely result of a combination of disparate events, ideas and traditions. Classical natural law, Jewish and Christian theology, the ideas of the Enlightenment, modern rationalism and postmodern multiculturalism, with their internal debates, conflicts and heresies, have all played a part. Major events such as the French Revolution and the American War of Independence, the Russian Revolution and its aftermath, the Nazi and Stalinist crimes, the Holocaust and the universal revulsion it caused join with ‘less important’ ones, like the preoccupations and priorities of Western (predominantly American) politicians to create what is called today ‘the human rights movement’” (p. 15).

¹⁶⁵ Recordemos que la exterioridad de los derechos es un tema también analizado por Kennedy (2002) como aquellos derechos naturales que existen independientemente de haber sido reconocidos o no por los ordenamientos jurídicos.

de la identidad, es decir, los derechos se convirtieron en el reconocimiento de la voluntad individual (pp. 10-11).

Los derechos naturales y su fundamento en el iusnaturalismo eran radicalmente anti historicistas, es decir, había en ellos algo objetivo, pero a diferencia de aquel ‘objetivo’ planteado en el modernismo, el derecho como tal no era estático, no era ‘cierto’ ni reflejaba una naturaleza inerte (Douzinas, 2000, p. 28), antes bien, la naturaleza en el sentido clásico debía ser descubierta, pues se encontraba ocluida por una combinación entre convención y sabiduría ancestral, y su descubrimiento y elevación como estándar axiológico en contra de la convención—como resistencia contra la autoridad y el derecho dado—, emancipó a la razón de la tutela del poder y dio origen a los derechos naturales (p. 32).¹⁶⁶

Convertir la naturaleza en norma o en estándar del derecho fue, para Douzinas (2002), el más grande de los primeros pasos de la civilización, pero también era un truco astuto contra los sacerdotes y gobernantes. El descubrimiento o, más bien, la invención de la concepción de la naturaleza, puso en tela de juicio la afirmación de lo ancestral; la filosofía ahora podría transitar de apelar a lo ancestral, a apelar a lo bueno intrínsecamente y por la naturaleza. La naturaleza, como un concepto crítico, adquirió actualidad filosófica cuando fue utilizado por los sofistas contra la costumbre y la ley, y a su vez por Sócrates y Platón contra el relativismo moral de los sofistas, para restaurar la autoridad de la razón. La naturaleza—el más culto de los conceptos—, la idea de lo bueno y la filosofía política, nacieron todas juntas en un acto de rebelión (Douzinas, 2002).

Pero con el tránsito hacia el humanismo modernista, se concibió a la humanidad como capaz de determinar su propio destino y, además, plenamente consciente de si misma, transparente hacia si misma a través de la auto observación y reflexión, siendo estas sus características únicas

¹⁶⁶ Douzinas (2002) destaca que si bien es cierto todos los filósofos clásicos coinciden en este punto, no todos tuvieron la misma interpretación de ‘naturaleza’.

(Douzinas, 2000, p. 16). En este contexto, los derechos se convirtieron en el primer reconocimiento público del sujeto, los derechos se vuelven subjetivos e individuales, y se despojan de cualquier reducto de trascendencia sustantiva, adquiriendo un carácter formal (p. 10), influenciando fuertemente la metafísica de la subjetividad moderna (p. 17). Los *Dh* son tanto creaciones, como creadores de la modernidad, la más grande invención política y jurídica de la filosofía política y del pensamiento jurídico modernos (p. 19).¹⁶⁷

El trayecto del derecho natural clásico a los *Dh* está marcado por dos tendencias analíticas independientes, pero ligadas entre sí: la primera, el cambio del estándar de los derechos, de la naturaleza a la humanidad, o como le llama Douzinas, la positivización de la naturaleza (Douzinas, 2000, p. 20); y, la segunda, aquella que denomina “legislación del deseo”, en donde el ‘hombre’ fue puesto en el centro del mundo, su libre albedrío se convirtió en el principio de la organización social, y se le otorgó reconocimiento público a su infinito e imparable deseo (p. 20).

Pese a ello, los *Dh* se han mantenido como arma de resistencia contra la omnipotencia estatal, y el antídoto contra la potencialidad inherente del poder soberano de negar autonomía al individuo, en cuyo nombre, paradójicamente, los mismos derechos fueron concebidos (Douzinas, 2000, p. 20).¹⁶⁸ A la par de la naturaleza sombría y obediente de la ley que concordaba con los intereses de la burguesía, la concepción diferente de una *natura immaculata* se mantuvo latente por debajo de la superficie, en el estado puro y armonioso del clasicismo, las visiones edénicas del romanticismo y la perfectibilidad del socialismo utópico (Douzinas, 2000, p. 67). Esta concepción marginal de una naturaleza pura y perfecta, vinculada con la tradición clásica, proporcionó una

¹⁶⁷ Para Douzinas (2002), la función crítica de la naturaleza se puso en evidencia en la apelación a los derechos naturales por las revoluciones burguesas del siglo XIX, cuyos documentos— fundamento simbólico y punto de partida de la modernidad—volvieron a la función crítica del derecho natural clásico, que había sido ocultado por sucesivas generaciones de la teología católica.

¹⁶⁸ En este sentido, ante la ausencia de estándares externos, el desarrollo de un enfoque crítico hacia la autoridad tradicional es imposible: “lo dado no se cuestiona y los esclavos permanecen en línea. Originalmente, la raíz de toda autoridad es la ancestral” (Douzinas, 2002).

perspectiva crítica y redentora contra las injusticias y opresiones que el sistema social, justificado por el derecho natural racional, toleró e incluso promovió. Esta concepción de la naturaleza finalmente se combina con la idea de utopía social y proporciona el lado radical de los *Dh* (pp. 67-68).

Para aquellos que luchan contra la injusticia y por una sociedad que trascienda el presente, el derecho natural ha sido el método, y la ley natural ha definido el contenido [...] Este es el enlace entre el derecho natural, los derechos naturales y los derechos humanos. Pero el voluntarismo del derecho moderno no puede proporcionar un fundamento suficiente para los derechos humanos. Su inevitable entrelazado con el positivismo jurídico ha significado que la tradición que creó los derechos naturales y más tarde los derechos humanos, haya contribuido también a las repetidas y brutales violaciones a la dignidad e igualdad que han acompañado a la modernidad, como su sombra ineludible (Douzinas, 2000, p. 68).¹⁶⁹

Dice Douzinas (2000, p. 376) que al escribir acerca de la historia de los *Dh* estamos inmersos en la duplicidad de una mirada hacia atrás, que está firmemente establecida en la política del futuro.¹⁷⁰

El derecho natural—origen y acompañante eterno de los *Dh*—no pertenece propiamente a época

¹⁶⁹Traducción personal del texto original en inglés: “For those fighting against injustice and for a society that transcends the present, natural right has been the method and natural law has defined the content of the new. This is the link between natural law, natural and human rights. But the voluntarism of modern law cannot provide a sufficient foundation for human rights. Its inevitable intertwining with legal positivism meant that the tradition which created natural and later human rights has also contributed to the repeated and brutal violations of dignity and equality which have accompanied modernity, like its inescapable shadow” (p. 68).

¹⁷⁰ Cualquier análisis historiográfico nunca puede evitar una proyección desde el pasado, es decir, leemos el pasado desde nuestra posición en el presente, y escribimos la historia—consciente o inconscientemente—teniendo siempre presente intereses actuales (p. 376). Esto como dice Douzinas, no es necesariamente un defecto, sino una inevitable virtud que se vuelve problemática cuando se esconde en una pantalla de humo de objetividad y desapego.

alguna, a diferencia de otras teorías clásicas, ha trascendido el tiempo, no en términos de ley eterna, sino juzgando el presente de acuerdo a los protocolos del pasado, en nombre del futuro; el derecho natural habita en los límites de la historia, es una pista del pasado y la prefiguración del futuro en el presente; el derecho natural mira hacia atrás, hacia una época dorada con un estadio mítico de absoluta libertad y de igualdad irrestricta, y mira hacia adelante, hacia una época donde la redención y la paz llegarán a este mundo (p. 377).

Sin embargo, si hay algo que nos enseñe la historia del derecho natural es que la promesa de la dignidad humana y de la justicia social aún no han sido alcanzadas, e incluso, que nunca podrán serlo (Douzinas, 2000, p. 15). Como mito y utopía, expresa el poder de la imaginación y la energía poética de la sociedad, sin embargo, al mismo tiempo, el derecho natural es una tradición que se opone al presente en nombre del futuro, el derecho natural a la vez ha trastornado y consolidado el orden existente (pp. 376-377).

La incesante búsqueda del derecho natural nos ofrece el mapa más coherente de la habilidad humana para alterar el mundo empírico y pasar más allá de lo dado, con el deseo de que el presente pueda y deba ser dejado de lado con el fin de liberar el futuro. Su inevitable fracaso, la traición ineludible de la utopía, muestra que la humanidad es un proyecto incompleto, enardecido por las injusticias y las infamias de este mundo, pero incapaz de alcanzar un estado de gracia (Douzinas, 2000, p. 377).¹⁷¹

¹⁷¹Traducción personal del texto original en inglés: “The unceasing quest for natural right offers the most consistent map of the human ability to disrupt the empirical world and pass beyond the given, in the hope that the present can and must be pushed aside in order to liberate the future. Its inevitable failure, the inescapable betrayal of utopia, shows humanity to be an incomplete project fired by the injustices and infamies of this world but unable to reach the state of grace” (p. 377).

La realidad nunca está completa, y todo realismo incluye un ‘aún no’; o, en palabras de Bloch (1996), no existe realismo que pueda jactarse de serlo, si no se abstrae del elemento más fuerte en la realidad, una realidad inacabada (Douzinas, 2000, p. 377).

Entonces bien, los *Dh* descienden de la tradición del derecho natural, éste último les da su elemento utópico, más allá de los derechos propiamente jurídicos, pero a diferencia de cualquier ideología clásica, los *Dh* no obtienen su fuerza de un futuro perfecto preconcebido, antes bien, sino del sufrimiento del pasado y las injusticias del presente (Douzinas, 2000, pp. 378-379).

Muchas de las corrientes críticas han insistido en la ruptura radical entre el derecho natural y los *Dh*, sin embargo, Douzinas (2000, pp. 378-379), aún aceptando que pueden estar en lo correcto, considera que el derecho natural y los *Dh* han compartido una trayectoria común de resistencia y disidencia ante la explotación y degradación, una preocupación con una utopía ética y política, la epifanía de aquello que nunca ocurrirá pero cuyo principio puede aún enfrentar los juicios del Derecho actual.¹⁷² Sin embargo, cuando se pierde dicho elemento, pueden permanecer como instrumento de reforma y en ocasiones como un sofisticado mecanismo de análisis, pero dejan de ser el ‘tribunal de la historia’ (p. 380).

7.3.2. Ontología de los derechos humanos

Un tema recurrente en la crítica desde el mismo Marx y hasta la fecha, ha sido la ontología de los derechos, y la construcción de la humanidad por el y los derechos. Para Douzinas (2000, p. 371)

¹⁷² Douzinas (2002) considera que el mismo ímpetu de las revoluciones del siglo XIX se vio también una y otra vez en las rebeliones populares en Europa del Este en la década de 1980, pero el resultado—como en gran parte de las revoluciones—es que al convertirse en gobernantes, los revolucionarios victoriosos demostraron que podían ser tan opresivos como sus predecesores, lo que ocasionó que su popularidad se redujera drásticamente después de que las grandes revoluciones de los ochenta se convirtieran en los gobiernos amafiados de los noventa, y en la destrucción de culturas y poblaciones enteras a través de la disciplina del mercado.

los *Dh* construyen humanos con base en el reconocimiento institucional como portador de los mismos, y en oposición, aquellos seres que no gocen de los mismos, tampoco gozan de la naturaleza de humano.¹⁷³ Pero la participación del Derecho en la formación de la subjetividad es altamente volátil y ‘subjetiva’; puede ser fácilmente coartada y destruida mediante ataques físicos y simbólicos, puede ser otorgada y retirada sin que se pueda asegurar la coincidencia del humano bajo el Derecho, y el humano ‘natural’, así, en términos psicoanalíticos, el sujeto de los derechos, es un constructo simbólico, producto de la acción del lenguaje y del Derecho en el cuerpo (Douzinas, 2000, pp. 372-373).

La práctica institucional concibe los *Dh* dentro del imaginario de una única y homogénea sociedad mundial, en donde la propagación de la igualdad formal y de las libertades en sentido negativo, de la mano de la globalización del capitalismo occidental y del consumismo, equipara a la sociedad bajo una imagen ideal trazada por los gobiernos y por el *Di*. Hablamos entonces de una ‘lógica única’—sin importar si esta sigue los estándares occidentales u otros—, que sigue un principio de unidad frente a las ideas de indeterminación social y auto creación existencial propuestas por la historia radical de los derechos naturales (Douzinas, 2000, p. 375).

Así, el gran logro de los *Dh*, es uno de tipo ontológico, en cuanto contribuyen a la “creación” de la identidad humana (Douzinas, 2007, p. 7). De tal forma, los derechos han adquirido preeminencia precisamente porque son cruciales en la determinación de la identidad y la subjetividad. Adquirimos nuestra identidad en una lucha sin fin para el reconocimiento, en el que los derechos son moneda de cambio en nuestro deseo de otros, y el Derecho y los derechos hacen

¹⁷³ Esto es problemático en muchos aspectos. Recordemos por ejemplo el debate entre Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de Las Casas (Sepúlveda, 1892), en donde la calidad de humano se ve estrictamente conectada con la posibilidad de gozar de derechos y viceversa.

una contribución fundamental para el proyecto de convertirse en objeto a través del reconocimiento recíproco de uno mismo, y el reconocimiento—o desconocimiento—de los demás (p. 7).

Sin embargo, también los *Dh* son un imaginario popular muy poderoso que se encuentra abierto a diversas identidades y a tradiciones heterogéneas, e incluso, suprimidas (Douzinas, 2000). Como principio de política popular, los *Dh* expresan también la indeterminación y apertura de la sociedad y la política. Los *Dh* tienen la capacidad de restringir la supresión o promoción de identidades sociales, y su indeterminación significa que los límites de la sociedad están siempre en disputa y nunca coinciden enteramente con aquellos impuestos por el poder y el Derecho. Los *Dh* combinan, tanto un principio de unidad y homogeneidad, como su opuesto, es decir, son a la vez una herramienta para consolidación del poder, así como un mecanismo para la protección de la inacabable voracidad del mismo (p. 375).

Los *Dh* se encuentran fisurados, si bien proveen una protección en contra de la sociedad del deseo, y en contra de la amenaza del Estado, también expresan una forma en la que la identidad es trazada con base en relaciones de miedo, afección y preocupación por el otro (Douzinas, 2000, p. 376).

La teoría crítica nos aportó herramientas para reconstruir—¿deconstruir?—al ser humano del humanismo, para en todo caso entender al humano, al “uno”, como algo dividido, carente, como la creación de fuerzas e influencias que están más allá de nuestro control, e incluso, de nuestra comprensión. El humano, entonces, se percibe opaco ante si mismo, encontrándose en un mundo fundamentado en principios totalmente distintos, y así, el sujeto, tal y como fue concebido

por la temprana filosofía moderna, como fundamento de si mismo y de la realidad, ha sido aniquilado (Douzinas, 2000, p. 16).¹⁷⁴

[N]uestro siglo ha redescubierto la fe en la forma de la finitud y la opacidad: el destino ha sido re-interpretado como determinación social o necesidad individual, y la libertad individual ha sido puesta en un estado de permanente acoso, amenazada no tanto por dictadores de izquierda o de derecha, sino por elementos y fuerzas que, o bien tienen un papel constitutivo en la creación de los individuos, o bien que acechan en los recovecos de uno mismo, revelándose cuando la razón duerme (Douzinas, 2000, p. 16).¹⁷⁵

Para Douzinas (2012), la flexibilidad de la teoría moral en la que se han fundamentado los *Dh*, da lugar a que cualquier predilección o preferencia pueda alcanzar el *statu* de derecho, esto, sobre todo, por una concepción errónea de la persona.

[N]inguna teoría moral puede dar cuenta completamente de los derechos humanos. Esta es quizá la razón de su éxito. Las declaraciones abstractas de derechos pueden autorizar todo tipo de aplicaciones contradictorias *in concreto*, las teorías promueven perspectivas diversas e incluso

¹⁷⁴ Traducción personal del texto original en inglés: “Opaque with regard to itself, and finding itself thrown into a world founded on other principles, the subject —thought by early modern philosophy to be the foundation both of itself and reality—was shattered” (p. 16).

¹⁷⁵ Traducción personal del texto original en inglés: “...our century has re-discovered fate in the form finitude and opaqueness: destiny has been re-interpreted as social determination or individual necessity and, individual freedom has been placed in a permanent state of siege, threatened not so much by dictators of left or right but by elements and forces which whether have a constitutive role in the creation of individuals or lurk in the recesses of self, making themselves known when reason sleeps” (p. 16).

contradictorias. La atracción de los derechos humanos es que pueden ser todo para todas las personas; cualquiera que sea su política, ideología o creencias, algún tipo de teoría de los derechos se puede encontrar para dar cabida a predilecciones, preferencias e incluso intereses antagónicos. Si los derechos humanos deben entregar su promesa moral, hay que abandonar su concepción errónea de la persona. Un sentido del bien y de lo bueno más allá de los derechos individuales y de los ‘bienes’ debe ser reintroducido en nuestra ética (Douzinas, 2012, pp. 77-78).¹⁷⁶

La concepción errónea del ‘humano’ de los derechos es un rasgo reminiscente de la crítica marxista. En este sentido Douzinas (Douzinas, 2012, p. 72) advierte que si, como pretende la filosofía liberal, los *Dh* pertenecen a los seres por el simple hecho de su humanidad—humanidad desnuda—, y no como miembros de categorías más pequeñas, como nación, estado o clase, entonces, todos deberían tener, al menos, el consuelo mínimo que proporcione la calidad de humanidad. Pero esto no ocurre así, los *Dh* no ‘pertenecen’ a los seres humanos, los construyen en un espectro que parte de la humanidad plena, a una humanidad menor y hasta llegar a una inhumanidad.

En una línea que se desprende del psicoanálisis, Douzinas considera que nuestra vida mental y creencias están condicionadas por poderes y fuerzas fuera de nuestro control, y como resultado, el sujeto debe ser contemplado como un ser fragmentado en vez de uno completo, uno

¹⁷⁶ Traducción personal del texto original en inglés: “...no single theory of morality can give a full account of human rights. This is perhaps the reason of their success. The abstract statements of rights can authorise all kinds of contradictory applications in concreto, theories promote many and even conflicting perspectives. The attraction of human rights is that they can be all things to all people; whatever your politics, ideology or beliefs some type of rights theory can be found to accommodate even antagonistic interests, predilections and preferences. If human rights are to deliver their moral promise, we must abandon their inaccurate conception of the person. A sense of right and of the good beyond individual rights and ‘goods’ must be reintroduced into our ethics” (pp. 77-78).

vulnerable en lugar de uno espléndido, su unidad se disolvió en múltiples ‘posiciones subjetivas’ (Douzinas, 2012, p. 72). Esto es, que las identidades concretas, se construyen a través de lo contingente y de la combinación de posiciones altamente mutables, de las cuales sólo algunas son generalizables y compartidas por otros (p. 75).

El yo real se construye en las relaciones sociales, en el entorno familiar, la pertenencia a la comunidad y la lealtad a la patria [...] Su identidad se desarrolla en una lucha por el reconocimiento de los demás, tanto íntimos y próximos, como ajenos y extraños [...] Por último, el verdadero individuo siempre está involucrado en las relaciones de dominación y conflicto con las instituciones dominantes y con los poderosos (Douzinas, 2012, p. 77).¹⁷⁷

En este sentido, los derechos son individuales, pero su acción es relacional, realizada a través de los actos u omisiones de los demás (Douzinas, 2012, p. 73).

7.4. El fin de los derechos humanos

Para Douzinas (2000, 2007, 2013), el ‘triumfo de los *Dh*’ significa que las controversias del pasado han dado lugar a un acuerdo generalizado de los valores de occidente, y han ubicado a los *Dh* en el núcleo del *Di*, como la moral de las relaciones internacionales y la forma de conducir las

¹⁷⁷ Traducción personal del texto original en inglés: “The real self is constructed in social relations, in family setting, community belongings and country loyalties [...] Her identity develops in a struggle for recognition with others, both intimate and proximate as well as the distanced and strangers [...] Finally, the real individual is always involved in relations of domination and conflict with dominant institutions and powerful others” (p. 77).

políticas con base en determinadas normas éticas (Douzinas, 2013, p. 51). Pero cuando los *Dh* se alejan de sus propósitos disidentes y revolucionarios originales, mientras se oscurecen más en declaraciones, tratados, y mecanismos, quizá, como dice Douzinas, estemos presenciando el triunfo de la humanidad monolítica y el fin de los *Dh* (Douzinas, 2000, p. 380).

Así, el fin de los *Dh* sería como aquel del derecho natural, la promesa de un ‘aún no’; cuando se habla del triunfo de los *Dh* como el punto final de las ideologías, de la historia y de las utopías, más bien se pondría punto final a los propios *Dh*, es decir, su fin llega cuando pierden su carácter utópico (Douzinas, 2000, p. 380).

7.4.1. Las paradojas de los derechos humanos

Los *Dh* están fisurados internamente. Son usados como la defensa de los individuos contra el poder del Estado y contruidos a imagen de un individuo con derechos absolutos, esta es la paradoja en el corazón de los *Dh*, aquella que ha movido su historia y ha hecho su realización imposible. Douzinas (2000, p. 21) afirma que los *Dh* sólo tienen paradojas que ofrecer, que su energía viene de su naturaleza aporética.¹⁷⁸

El pensamiento jurídico liberal desarrolla una visión de que los derechos y los *Dh* son históricos, estructurales y políticamente indistinguibles; promueve una teoría estandarizada como si no existiese otra teoría de los *Dh* diferente e independiente de la visión teórica liberal. Esto, a los ojos de Douzinas (2000, p. 374), es un signo de la pobreza moral del pensamiento jurídico, el

¹⁷⁸ Douzinas utiliza la palabra “aporetic”, que según The Oxford English Dictionary significa “to be at a loss”, “impassable”, e “inclined to doubt, or to raise objections”, lo que indica que es algo cuestionable. La palabra aporía, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se define como: “Enunciado que expresa o que contiene una inviabilidad de orden racional”. El uso de la frase en Douzinas (p. 21) está inspirada en Olympe de Gouges, quien refiriera que los *Dh* tienen *only paradoxes to offer*, es decir, solamente paradojas que ofrecer.

cual ha abandonado la trascendencia y ha condenado al derecho natural a la historia de las ideas, ha domesticado a la justicia, y, en suma, se ha vuelto un mero recuento de reglas.

La positivización y globalización de los *Dh* representan, para Douzinas (2000, p. 374), el fin de la modernidad política, de la misma forma que la globalización económica representa el fin del Estado moderno—o del Leviatán. De tal forma, se ha presenciado la globalización del principio de soberanía y la agresiva legitimización del poder del Estado basada en una cierta moralidad de los *Dh*, los cuales se han convertido en la *raison d'être* del Estado, cuando sus más importantes elementos constitutivos se encuentran al asedio de tendencias económicas, sociales y culturales, y por lo tanto, no extraña que su triunfo ocurra en un momento de angustia y malestar, sobre todo, ante el colapso de las certidumbres morales de nuestros tiempos.

7.4.2. La pobreza de los derechos humanos

Uno de los temas recurrentes en Douzinas es la justicia social. Para el autor, los requisitos previos de la justicia social siguen siendo declaraciones retóricas de aspiración, en lugar de las reivindicaciones justiciables, en donde el ‘deber’ del derecho no incluye el ‘poder’ de su realización (Douzinas, 2012, p. 74). Así, el imaginario promovido de los derechos, en donde existe una aparente identificación armónica entre el sistema social y el jurídico, en donde se concibe un Derecho coherente y justo, conforme a la moral y en busca de la paz—una paz siempre precaria y temporal—, ha ido reemplazando paulatinamente la justicia social (Douzinas, 2013, p. 63).¹⁷⁹

¹⁷⁹ El mejor ejemplo del fracaso de los derechos como herramienta de la justicia social son los pobres y los desamparados, quienes quedan atrapados entre el reconocimiento de su igualdad abstracta y la indiferencia hacia su desigualdad material y necesidades concretas (Douzinas, 2012, p. 74).

Los *Dh* se han debilitado frente su apropiación por parte del poder, en un contexto de pérdida del sentido que les dio origen, lo que ha provocado, de manera paradójica, la proliferación de derechos reconocidos nacional e internacionalmente (Douzinas, 2012, p. 64). La brecha en el tejido social provocado por el individualismo egoísta ha sido rellenado por la proliferación de derechos individuales, de forma que el movimiento hacia la creación de más y más derechos como sustento, agota los recursos morales ya que, cuando los vínculos orgánicos como son la comunidad, civilidad, e incluso la religión se retiran, sólo las restricciones externas pueden limitar el egoísmo insaciable (p. 64). El deseo consciente o inconsciente, es lo contrario de un bien universal, de tal forma, su traducción en los derechos no conduce a una moral común, pero si a la fragmentación social (p. 65).

Con la modernidad, la razón fue llamada para proporcionar aquel eslabón perdido entre las normas morales y la fuente de la normatividad, y el intento por demostrar el fundamento racional de la moral, y la creencia de que dicho fundamento generaría la obligación de obedecer sus reglas, se convirtió en una obsesión para la jurisprudencia liberal, y minó, seriamente, su utilidad (Douzinas, 2012, p. 69). Según Douzinas (p. 70) no hay justificación racional de la moralidad, ningún fundamento moral de los derechos puede dar cuenta de la forma en que proliferan los derechos al mismo ritmo que su violación.

Douzinas (2012, p. 70) considera que la elasticidad de los *Dh* colocados en un espectro entre la moralidad y los derechos jurídicos, muestra a la jurisprudencia como una práctica altamente ideológica. Lo anterior ha sido una de las principales causas de la arrogación de los *Dh* por el discurso del poder, de tal forma que, en la actualidad, el poder y los derechos parecen estar

estrechamente ligados (p. 75). Por tanto, la proliferación contemporánea de los derechos, ha devorado a la ética, el deber, la responsabilidad y el cuidado por el prójimo (p. 75).¹⁸⁰

Para Douzinas (2012, p. 76) la filosofía de los derechos se aisló a sí misma del conflicto político, y concentró sus facultades intelectuales en la racionalización más persuasiva y estéticamente agradable del Derecho y los derechos, y cada remanente de conflicto y de lucha fue depositado, simplemente, fuera de la ley.¹⁸¹ Así, los derechos enarbolan, a la vez, un sistema socioeconómico mediante el cual el poder utiliza a los individuos, al mismo tiempo que constituyen las defensas contra los abusos del mismo (p. 77). Los *Dh* se limitan, entonces, a la prevención de las formas físicas de violencia y degradación, mientras que las presiones sistémicas del capitalismo y el nacionalismo se encuentran exentas, en gran parte, de su paraguas protector (p. 68).

7.5. Tesis para un análisis alternativo

El mejor momento para desmitificar la ideología es cuando ésta entra en crisis (Douzinas, 2013, p. 52).¹⁸² En tanto que el inmenso capital simbólico de los *Dh* ha permitido que sea arrogado por discursos, prácticas, instituciones y campañas de todo tipo, es necesario, entonces, plantear una

¹⁸⁰ Esta afirmación de Douzinas me recuerda a Lipovetsky y su crítica sobre el hombre *self-made*, la ética cómoda, y el imperio del *mass media* como fantasmas a los que se enfrenta la sociedad posmoderna. En *El crepúsculo del deber*, Lipovetsky (2005) expone que en la actualidad posmoderna la ética comienza a ganar nuevos terrenos y a recuperar sus títulos de nobleza; pero en el seno de una sociedad individualista que glorifica al ego, la ética se erige como una paradoja, toda vez que vivimos en una época de secularización de la ética, “la época del poseber”, en donde el deber es excluido de toda reflexión moral. Es decir, una ética sin responsabilidad ni compromiso, en donde el *mass media* dicta la agenda de la cooperación y la compasión humana, encendiendo, así, las buenas voluntades de los tele-espectadores para ser parte de “buenas acciones” desde la comodidad de casa.

¹⁸¹ Traducción personal del texto original en inglés: “The philosophy of rights insulated itself from political conflict and concentrated its formidable intellectual powers in the business of elaborating the most rationally persuasive and aesthetically pleasing rationalisations of law and rights. Conflict and struggle was simply deposited outside law” (p. 76).

¹⁸² Todas las referencias en este epígrafe pertenecen a la misma obra de Douzinas (Douzinas, 2013), por lo que omitiré citar todos sus datos, a excepción de la página de donde extraigo la cita o referencia.

visión alternativa, toda vez que no puede existir una teoría global de los *Dh*, y así, Douzinas (p. 52) propone un planteamiento multicapa—*multi-layer*—que permita un nuevo enfoque teórico y multidisciplinario.

Douzinas (p. 52) parte del siguiente axioma: “El fin de los derechos humanos es resistir la dominación pública y privada y la opresión. Los *Dh* pierden su fin cuando se convierten en la ideología política o la idolatría del capitalismo neo-liberal o la versión contemporánea de la misión civilizadora”.¹⁸³ Circundando este axioma, Douzinas plantea siete tesis para repensar los *Dh*.

Primera tesis: “La idea de la humanidad no tiene un significado fijo y no puede actuar como la fuente moral de normas jurídicas. Históricamente, la idea ha sido usada para clasificar gente en lo completamente humano, lo menormente humano y lo inhumano”.¹⁸⁴

Douzinas (pp. 52-55) narra los cambios en la concepción de humanidad, y lo expone como la mejor manifestación de la metafísica de una era.¹⁸⁵ El autor plantea que quizá sea el momento de que el

¹⁸³ Traducción personal del texto original en inglés: “The end of human rights is to resist public and private domination and oppression. They lose that end when they become the political ideology or idolatry of neo-liberal capitalism or the contemporary version of the civilizing mission” (p. 52).

¹⁸⁴ Traducción personal del texto original en inglés: “The idea of ‘humanity’ has no fixed meaning and cannot act as the source of moral or legal rules. Historically, the idea has been used to classify people into the fully human, the lesser human, and the inhuman” (p. 52).

¹⁸⁵ Para sustentar esta tesis Douzinas (pp. 52-55) hace un recorrido por el término humanidad desde la sociedad griega hasta el mundo contemporáneo, dando cuenta de que la categoría de *humanus* estaba relacionada con educación, cultura y civilización. La sociedad griega distinguía hombres libres pero no humanos, concepto que no aparecería sino hasta los romanos, como herencia de la *paideia* griega y que fuera transmitida por los estoicos, quienes diferenciaban entre el *homo humanus*—el ciudadano romano libre y culto—y *homines barbari*—el resto de los habitantes que no eran romanos y que por lo tanto no gozaban de los derechos y la educación de los mismos—. Douzinas nos lleva después el término *humanitas* dentro de la teología cristiana, que es donde adquiere, por primera vez, un alcance universal. Después del descubrimiento del nuevo mundo, la interpretación de la humanidad desarrollada por la filosofía cristiana es puesta a discusión. Aquí Douzinas nos recuerda del debate entre Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de Las Casas, considerando que, a final de cuentas, una postura como la de Sepúlveda, de un universalismo superior de los europeos cristianos, y una postura normativa de ‘verdad’ y amor, no resultan muy diferentes, ya que, al final, el universalismo de Las Casas termina siendo, como todos los universalismos, exclusivo. Douzinas considera que el debate entre Sepúlveda y Las Casas captura todas las ideologías dominantes de los imperios de occidente, todos los imperialismos y los colonialismos, bajo los que se han permitido la esclavitud, la aniquilación y otras atrocidades en nombre de la misión civilizadora.

anthropos reemplace a lo humano,¹⁸⁶ y quizá los derechos por venir sean derechos “antrópicos” en vez de humanos, expresando y promoviendo singularidades y diferencias, en vez de igualdades y equivalencias de identidades dominantes (p. 55).

Segunda tesis: “El poder y la moral, el imperio y el cosmopolitismo, la soberanía y los derechos, el derecho y el deseo, no son enemigos mortales. En cambio, la amalgama históricamente específica de formas de poder y moralidad, forma el orden estructurador de cada sociedad y cada época”.¹⁸⁷

Douzinas (p. 57) plantea que la historia contemporánea de los *Dh* puede ser vista como el conflicto, siempre fallido, de cerrar la brecha entre el hombre abstracto y el ciudadano concreto, de añadir carne, sangre y sexo al bosquejo pálido del ‘humano’, y de extender los privilegios y dignidades del poderoso a la humanidad empírica. Sin embargo, para el autor, esto no ha ocurrido, y no parece que pueda ser logrado a través de la acción de los derechos.

Tercera tesis: “El orden post 1989 combina un sistema económico que genera enormes desigualdades estructurales y opresión, bajo una ideología jurídico-política que promete dignidad e igualdad. Esta significativa inestabilidad está contribuyendo a su desaparición”.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Siguiendo a Nishitani Otamu, Douzinas (p. 55) expone que la humanidad se ha erigido como un régimen de conocimiento aparejado de la ‘civilización’, y ante él se erige otro asimétrico, *anthropos*, que es anterior o externo a la civilización.

¹⁸⁷ Traducción personal del texto original en inglés: “Power and morality, empire and cosmopolitanism, sovereignty and rights, law and desire are not fatal enemies. Instead, a historically specific amalgam of power and morality forms the structuring order of each epoch and society” (p. 55).

¹⁸⁸ Traducción personal del texto original en inglés: “The post-1989 order combines an economic system that generates huge structural inequalities and oppression with a juridico-political ideology promising dignity and equality. This major instability is contributing to its demise” (p. 57).

Douzinas (p. 58) explica que los sistemas políticos y sociales se vuelven hegemónicos al transformar sus prioridades ideológicas en principios y valores universales, y en el nuevo orden mundial los *Dh* son un candidato perfecto para este papel. Sus principios nucleares, interpretados económicamente y de manera negativa, promueven la penetración capitalista neoliberal.

Cuarta tesis: “El universalismo y el comunitarismo, en lugar de ser adversarios, son dos tipos de humanismo que dependen el uno del otro. Ellos se enfrentan a la ontología de la igualdad singular”.¹⁸⁹

Douzinas (p. 59) considera que, tanto la moral universal como la identidad cultural, expresan diferentes aspectos de la experiencia humana, por lo que su comparación en abstracto es inútil, y sus diferencias no se pronuncian. Por ejemplo, cuando un Estado adopta *Dh* ‘universales’, estos se interpretarán y aplicarán de acuerdo con procedimientos locales, poniendo lo universal al servicio de lo particular, de manera opuesta, aquellos sistemas que protegen celosamente sus mecanismos y prácticas tradicionales en contra de la ‘invasión’ universal, están ya de todas formas ‘contaminados’ por ella. Según el autor, todos los derechos y principios comparten el impulso universalista de la forma, y en este sentido, los derechos llevan la semilla de la disolución de la comunidad, y la única defensa sería, en todo caso, resistir la idea de los derechos por completo, algo que resulta imposible en el neoliberalismo global. Las pretensiones de universalidad y

¹⁸⁹ Traducción personal del texto original en inglés: “Universalism and communitarianism rather than being opponents are two types of humanism dependent on each other. They are confronted by the ontology of singular equality” (p. 58).

tradición, en lugar de ser opuestas, se han convertido en aliados incómodos, con un enlace muy frágil, sancionado por el orden internacional (p. 59).¹⁹⁰

Quinta tesis: “En las sociedades capitalistas avanzadas, los *Dh* despolitizan la política”.¹⁹¹

Douzinas (p. 60) explica que el papel del Derecho es transformar tensiones políticas y sociales en un conjunto de problemas susceptibles de ser resueltos, regidos por reglas y entregados a los expertos en ellas. En este tenor, las luchas exitosas de *Dh* han mejorado, sin duda, las vidas de las personas, mediante reordenamientos marginales de las jerarquías sociales y la redistribución inofensiva de los productos sociales, sin embargo, su efecto ha sido despolitizar el conflicto y remover la posibilidad de cambio radical (p. 61). Al mismo tiempo, ocultan las raíces profundas de los conflictos y la dominación, enmarcando la lucha y la resistencia en términos de recursos legales, que en caso de ser exitosos, dan lugar a pequeñas mejoras individuales y a una marginal reordenación del edificio social (pp. 60-61).

Sexta tesis: “En las sociedades capitalistas avanzadas, los *Dh* se convierten en estrategias para la publicitación y legalización del (insaciable) deseo individual”.¹⁹²

¹⁹⁰ Desde la perspectiva de Douzinas, la humanidad no puede actuar como un principio normativo. La humanidad no es una propiedad compartida. Su función no se encuentra en una esencia filosófica, sino en su no-esencia, en el proceso sin fin de re-definición y el necesario, pero siempre imposible, intento de escape de la determinación externa. La humanidad no tiene fundamento ni fin; es la definición de la falta de fundamento (p. 59).

¹⁹¹ Traducción personal del texto original en inglés: “In advanced capitalist societies, human rights de-politicize politics” (p. 59).

¹⁹² Traducción personal del texto original en inglés: “In advanced capitalist societies, human rights become strategies for the publicization and legalization of (insatiable) individual desire” (p. 61).

Según Douzinas (p. 62) los *Dh* ofrecen un mínimo reconocimiento de humanidad abstracta, equivalencia formal y responsabilidad moral, sin consideraciones por características individuales. Han prometido felicidad universal, pero su existencia empírica y cumplimiento depende de genealogías, jerarquías de poder y contingencias que proveen los recursos necesarios, pero desestiman las expectativas y las necesidades (p. 62); nos permiten expresar nuestras expectativas, deseos y necesidades en un lenguaje de petición, pero se convierten en un recurso motivante que nunca sacia el deseo individual (p. 64). Los derechos siempre llaman a más derechos, dan lugar a nuevas demandas, pero una y otra vez, prueban ser insuficientes; ninguna declaración de derechos puede completar la lucha por una sociedad justa; mientras más derechos introducimos, mayor es la presión de legislar, de tener más, de hacerlos valer de mejor manera, hasta convertir a la persona en un receptáculo de derechos infinitos, y convirtiendo a la humanidad en un mosaico interminable de leyes, en donde el Derecho sigue colonizando la vida y el mundo social, mientras que el espiral infinito de derechos alimenta la imaginación del sujeto y domina el mundo simbólico (p. 64).

Según Douzinas (p. 64) en un giro paradójico, mientras más derechos tenemos, más inseguros nos sentimos.

Séptima tesis: “Para un cosmopolitismo por venir (o la idea del comunismo)”.¹⁹³

Para Douzinas (p. 65) en la era de la globalización sufrimos una pobreza de mundo, en donde cada uno es un cosmos pero no tenemos, ya, un mundo, sólo una serie de situaciones desconectadas. Ante ello, los *Dh* pueden reclamar su carácter redentor en las manos e imaginación de aquellos que los regresan a la tradición de resistencia y conflicto, una resistencia e igualdad radical que

¹⁹³ Traducción personal del texto original en inglés: “For a cosmopolitanism to come (or the idea of communism)” (p. 65).

esbozan un dominio imaginario de derechos casi utópicos; proyección futura de un orden en el cual la persona, el hombre, el individuo, no es un ser degradado o despreciado, un orden que combina las mejores tradiciones del pasado con las reminiscencias de un mejor futuro, la distorsión del concepto lineal del tiempo, imaginando un presente en la figura de un futuro hermoso, que, sin embargo, nunca llegará a ser (pp. 65-66).

“El Derecho, el principio de la *polis*, prescribe lo que constituye un orden razonable, aceptando y validando algunas partes de la vida colectiva, mientras que prohíbe o excluye otras, haciéndolas invisibles. El Derecho y los derechos enlazan el lenguaje con cosas o seres; designan a lo que existe y condenan el resto a la invisibilidad y marginalidad. Como la decisión formal y dominante de la existencia, la ley carga consigo un enorme poder ontológico” (p. 66).

7.6. Douzinas bajo el ojo crítico

Douzinas (2007, p. 8) ha sido igualmente criticado por tener posturas reaccionarias y al mismo tiempo por una falta de radicalismo en relación a los derechos. Mientras Motha & Zartaloudis (2003) lo acusan de ser reverencial frente a los derechos, Morss (2003) lo acusa de lo opuesto, sugiriendo que debemos “rescatar” a los *Dh* de sus “amigos”, sarcásticamente refiriéndose a Douzinas.

Para Motha & Zartaloudis (2003), Douzinas es muy positivo respecto a los *Dh*, y opinan que la política radical del futuro debe ir más allá de ellos, porque su lenguaje distorsiona la diferencia y la otredad, y no puede llevar a la emancipación. Según los autores es urgente repensar

todas nuestras categorías y esencias políticas y jurídicas, ya que no se puede combatir tanto lo universal como lo particular, sin repensar los presupuestos ontológicos, por lo que no es convincente conformarse con una deconstrucción de los *Dh*. La humanidad no puede ser vista como un género que reunirá a lo universal y los particulares o diferentes, pero tampoco hay que recurrir al nihilismo de las particularidades localizadas que generalmente han llevado a la apatía o a la violencia (pp. 264-265). Antes bien, deberíamos dejar de volver al sentido ideal simple de la humanidad, sin recurrir a lo desconocido y lo trascendente, por encima y más allá de los imperativos categóricos (p. 265).

Morss (2003), por otro lado, considera que aunque hay mucho de estimulante en el enfoque de Douzinas, los motivos en los que basa su análisis resultan ‘repugnantes’ para la justicia democrática basada en los *Dh*, aún y cuando argumenta un enfoque a favor de los *Dh* con una base ética, y priorizando al ‘otro’. En este contexto, Douzinas habría dejado de cumplir su promesa de articular un enfoque de *Dh* acorde a estos presupuestos, debido a la dependencia de sus argumentos en la motivación fundamental de los derechos en el individuo, derivado de la teorización psicoanalítica (p. 890). Para Morss, la concepción de los *Dh* en Douzinas tiene consecuencias problemáticas, ya que define al ‘otro’ en formas que presuponen ciertos deseos y carencias genéricas en aquel otro, así como en uno mismo. Si bien afirma que ‘los otros’ han de ser tratados como únicos, presupone un modelo uniforme de las características de esos otros, derivado del pensamiento psicoanalítico, y por lo tanto, Douzinas, a su vez, se basa en otra universalidad, una supuesta universalidad de deseos, siempre imposibles de ser satisfechos (p. 890).

Por su parte, Coombe (2010) considera que Douzinas ofrece una visión ambigua del lugar de los *Dh* en la constitución de un nuevo orden mundial para el nuevo milenio, ya que afirma que los *Dh* son inherentemente contradictorios, pero enfoca más su trabajo en demostrar que los *Dh*

son la ideología de un nuevo tipo de imperio, en vez de analizar su papel como herramientas defensivas en contra de la dominación y la opresión. El autor acusa que Douzinas, implementando herramientas analíticas semióticas, deconstruccionistas, psicoanalíticas, y postestructuralistas, trata de explicar la búsqueda de los *Dh* en función de la interminable búsqueda del deseo humano de reconocimiento, respeto y auto realización, en negociaciones de identidad, que continuamente se quedan cortas al incorporar a todos completamente, mientras que proporciona una compensación por los siglos de sujeción socio jurídica (p. 234).

A su vez, Langlois (2012) considera que el análisis de la injusticia global contemporánea que realiza Douzinas es fascinante y revelador, ya que evidencia la manera en que las ideas de humanitarismo, *Dh*, y cosmopolitismo han sido colonizadas por los intereses que forman el sistema global, y en cómo han sido comprometidas política y filosóficamente, como consecuencia. Sin embargo, la gran ironía es que su alternativa es de menos de ayuda para quienes se enfrentan a la injusticia (p. 568). Langlois (p. 568) reconoce que el régimen vigente de *Dh* puede ser inadecuado y, en algunos casos, puede causar más daño que bien, pero tiene historias reales de emancipación y liberación, y, sobre todo, ofrece mecanismos concretos—por muy imperfectos y mejorables—para lograr la justicia global, mientras que Douzinas ofrece una visión utópica de un mundo que nunca será, y con ello amenaza con socavar la confianza en la lucha por la justicia global.

También, Werner (2008) considera que la versión del cosmopolitismo—el cosmopolitismo por venir—de Douzinas contiene una llamada desafiante y atractiva para volver a ideales antiguos. Sin embargo, la crítica al *Di* de los *Dh* por su irrelevancia frente violaciones de la dignidad humana, olvida que, a pesar de estar profundamente indeterminado, y a menudo silenciado e invadido por las estructuras políticas, tiene un historial impresionante de éxitos para dar voz a las personas cuyos derechos han sido violados.

Las críticas dirigidas a Douzinas no son homogéneas, provienen desde varios flancos, desde posturas críticas radicales y de izquierda, hasta posturas de corte liberal e incluso conservadoras. La respuesta de Douzinas a sus críticos, también resulta un tanto ambigua:

Un tropo retórico estándar, en situaciones como ésta, supone, para el que es criticado, afirmar que toda vez que es atacado tanto desde la derecha como de la izquierda, debe de haber conseguido el equilibrio adecuado. Yo no puedo utilizar dicha defensa. En primer lugar, porque no me siento cómodo en medio del camino, el lugar donde la gente es atropellada. Pero más importante aún, no puedo afirmar que soy el prudente intermediario, mediador o sintetizador, porque ambas críticas son parcialmente correctas. Los defensores esperan de los derechos humanos mucho más de lo que es realista y descuidan sus efectos secundarios. Pero no es posible ‘deshacerse’ de los derechos como los críticos amistosos han insistido [...] ‘los derechos humanos tienen sólo paradojas que ofrecer’. Lo paradójico, lo aporético, lo contradictorio, no son distracciones periféricas a la espera de ser subsanadas por el teórico. La paradoja es el principio organizador de los derechos humanos... (Douzinas, 2007, p. 8).¹⁹⁴

¹⁹⁴ Traducción personal del texto original en inglés: “A standard rhetorical trope in situations like this is for the criticised to claim that as he is attacked both from the right and the left, he must have struck the right balance. I cannot use such defence. First, because I do not feel comfortable in the middle of the road, the place where people get run over. But more importantly, I cannot claim to be the prudent middleman, mediator or synthesiser because both criticisms are partly correct. The apologists expect from human rights much more than is realistic and neglect their side-effects. But it is not possible to ‘get rid’ of rights friendly critics have insisted [...] ‘human rights have only paradoxes to offer’. The paradoxical, the aporetic, the contradictory are not peripheral distractions awaiting to be ironed out by the theorist. Paradox is the organising principle of human rights...” (p. 8).

En respuesta a sus críticos, Douzinas (2007) plantea algo que considero fundamental, que un punto medio en el debate crítico sobre los *Dh* no es suficiente, y, antes bien, se debe fijar una postura clara, que Douzinas considera haber logrado, y que es, a final de cuentas, la naturaleza paradójica de los *Dh*.

8. DEL NÚCLEO A LA PERIFERIA: LA EXTERIORIDAD DE LOS DERECHOS COMO ALTERNATIVA CRÍTICA

Vivimos en la era de los derechos, pero éstos han entrado en crisis. Tenemos numerosos derechos, pero por más y más que reconocemos, estos son cada vez más incapaces de resolver nuestros crecientes problemas.

Distintos movimientos críticos del Derecho aportaron elementos para desacralizar la idea de los *Dh* tal y como la ha construido la tradición moderna, y como la ha consolidado el orden universalista, o, como diría Douzinas (2013), el nuevo cosmopolitismo. Los *Crits*—tanto los estadounidenses como los *Brits* y todas aquellas derivaciones de la crítica jurídica posmoderna—lograron vulnerar el proyecto constitucional moderno y su expansión en el discurso de los *Dh* internacionales, planteando una crítica fundamental y abierta a la coherencia y rigidez, no sólo de los derechos, sino del Derecho en sí. Con el objetivo de plantear una resistencia a la desigualdad y a los patrones sociales existentes, pusieron al descubierto el sentido político de la práctica jurídica, y atacaron el *statu quo* social, cultural, jurídico y político, transgrediendo los objetos de la tradición jurídica y poniendo al descubierto las contradicciones dentro del sistema jurídico establecido. Los *Crits* pusieron en evidencia que los *Dh* se encuentran erosionados, y que su práctica es inconsistente con sus bases morales. Los *Dh* están profundamente fisurados.

A través de la crítica se ha logrado poner en evidencia el imaginario promovido de los derechos, en donde se concibe un Derecho coherente y justo, conforme a la moral y en busca de una paz—siempre precaria y temporal—que ha ido reemplazando paulatinamente a la justicia social (Douzinas, 2013). Sin embargo, la elasticidad de los *Dh* en el espectro entre la moralidad y los derechos jurídicos, muestra a la jurisprudencia como una práctica altamente ideológica

(Douzinas, 2012). Hemos descubierto a unos *Dh* como mutación de la defensa contra el poder, a una modalidad de su operación (Douzinas, 2013), como la ideología de un nuevo imperio (Douzinas, 2007), en donde los sistemas políticos y sociales se han vuelto hegemónicos al transformar sus prioridades ideológicas en principios y valores universales (Douzinas, 2013). Los *Dh* se han convertido en declaraciones retóricas de aspiración y no reivindicaciones justiciables, en donde el ‘deber’ del derecho ha excluido el ‘poder’ de su realización, proliferando la lista de derechos reconocidos (Douzinas, 2012), que se oscurecen más y más en declaraciones, tratados y mecanismos, alejándose de sus propósitos disidentes y revolucionarios originales (Douzinas, 2000). Los *Dh* son el conflicto siempre fallido de cerrar la brecha entre el hombre abstracto y el ciudadano concreto, en donde la idea de humanidad no tiene un significado fijo y no puede actuar como la fuente moral de normas jurídicas, pues sólo ofrecen un mínimo reconocimiento de humanidad abstracta, equivalencia formal y responsabilidad moral, sin consideraciones por características individuales (Douzinas, 2013). Todos los derechos y principios, comparten el impulso universalista de la forma, y por ende cargan la semilla de la disolución de la comunidad (Douzinas, 2013).

En efecto ha habido luchas exitosas de los *Dh*, pero las mejoras generadas a la vida de las personas como producto de ellas, han sido reordenamientos marginales de las jerarquías sociales y una redistribución inofensiva de los productos sociales, a cambio de la despolitización del conflicto y de la renuncia a un cambio radical, enmarcando la lucha y la resistencia en términos de recursos legales, que sólo dan lugar a pequeñas mejoras individuales y a una marginal reordenación del edificio social (Douzinas, 2013).

Ante las profundas contradicciones que la práctica de los *Dh* genera, en la crítica se pueden encontrar algunas pautas para reconfigurar la construcción desde su núcleo. Partiendo de la pérdida

de fe de los derechos de Kennedy (2002), podemos hacer una lectura de los *Dh* desmitificados y en constante conflicto y ruptura, que trata de entender la naturaleza cambiante del “yo” como ser histórico social, ante una constante tentación de universales y absolutos, consciente de su vulnerabilidad política y social. Es necesario hablar de la pobreza de los *Dh* y entender su naturaleza paradójica. A través de la interpretación de un derecho natural radical de Douzinas (2002, 2007, 2012, 2013), se revela la necesidad de dotar nuevamente de una justificación ‘trascendente’ a los *Dh*, unos derechos alternativos, ideales, y utópicos, pero capaces de reclamar su carácter redentor retornando a su tradición de resistencia radical y de conflicto, esbozando un dominio de derechos que eviten la degradación de la persona.

Los *Dh* han servido a los intereses tanto del *Di* como del *Dn*, quienes dependen de ellos por constituir bases morales ‘universalmente’ aceptadas que pueden justificar y fundamentar políticas altamente contradictorias. Por tanto, ahondar en el debate de la autoridad del *Di* sobre los *Dh* frente al *Dn* parece fútil. Entonces ¿cómo podríamos plantear una defensa de los *Dh* ante su arrogación por los discursos y prácticas dominantes? ¿Cómo defender los *Dh* si estos discursos y prácticas políticas y económicas son incluso amparados por el *Di*? ¿Cómo salvar a los *Dh* de los ‘ataques’ del Estado y su socavación en el *Dn*? Más aún ¿cómo podríamos defender una idea de los *Dh* teniendo en cuenta todas sus contradicciones y conflictos, y, al mismo tiempo, apearnos a una visión que les regrese las características que la tradición clásica había encontrado en ellos?

Considero que existe una forma de entender a los *Dh* que pueda englobar varios de los elementos de crítica sin dejar de lado los aspectos favorables que ha aportado la teoría y práctica de los *Dh* actuales, y que además replantee el rol de los Estados frente a ellos.¹⁹⁵ Es fundamental

¹⁹⁵ No caeré en el error de descalificar los logros de los *Dh*. Como bien decían los críticos de Douzinas, los *Dh* tienen verdaderas historias de emancipación, y le reprocharon el no analizar su papel como herramientas defensivas en contra de la dominación y la opresión (Coombe, 2010), de olvidar que a pesar de estar profundamente indeterminados, silenciados e invadidos por estructuras políticas, los *Dh* tienen un historial de éxitos para personas cuyos derechos han

volver a hacer de los *Dh* un asunto de los Estados, ya que ellos son los principales violadores de derechos de los individuos, pero también porque, en última instancia, ellos son los responsables de defenderles o de castigar violaciones cometidas en su contra, ante la incapacidad del orden internacional de hacerlo directamente.

En efecto, los regímenes políticos estatales han arrogado el discurso de los *Dh*, y sus violaciones siguen siendo, mayormente, inmunes a los mecanismos que el mismo *Di* ha generado para su protección. Lo anterior, debido a la eterna pugna sobre la aplicación y la jerarquía de los órdenes jurídicos interno e internacional, que ha generado una limitación práctica de los *Dh*. Consecuentemente, un planteamiento con base en los postulados tradicionales de la pugna teórica entre órdenes—como hice ampliamente al inicio de esta investigación—resultaría irrelevante a estas alturas.

Así, es necesario buscar una metodología que vaya más allá de los órdenes jurídicos, que pueda dar primacía entre, y quizá a pesar de, cualquiera de ellos sin destruir por completo la operatividad—necesaria—de uno u otro. Una metodología que analice el caso concreto considerando, no sólo los postulados teórico ideológicos de los *Dh*, sino también sus implicaciones prácticas.

El primer paso para ello, considero, es renunciar a la creencia en la coherencia racional del discurso jurídico de los *Dh* como sistema positivo (Kennedy, 1992, 2002), recalcando que más allá de este sistema positivo en el que existen y son parte, tienen una existencia previa e independiente a su reconocimiento por el discurso jurídico, sin que ello implique afirmar cualquier origen metafísico.

sido violados (Werner, 2008), y que aunque en ocasiones puedan causar más daño que bien, tienen historias reales de emancipación y liberación, con mecanismos concretos—aunque imperfectos y mejorables—para lograr la justicia global (Langlois, 2012).

8.1. Afuera y adentro: La exterioridad de los derechos humanos

Planteando, a partir de aquí, un paralelismo entre Douzinas y Kennedy, comenzaré a trazar una línea crítica que combine elementos fundamentales de ambos autores, y con ello, empezar a dar forma a una idea alternativa de los *Dh*. En principio, partiendo de la ambigüedad de los derechos, rescato los dos momentos del derecho que Kennedy (2002) plantea pero redimensionándolos ante la inspiración utópica y radical de Douzinas (2000) para dar forma a mi idea alternativa de *Dh*.

8.1.1. Los derechos en su exterioridad

Como expuse previamente, para Kennedy (2002) los derechos ocupan un papel ambiguo en el discurso jurídico, pues no sólo representan normas en sí, sino la razón o fundamento de las mismas. Es decir, existen fundamentos altamente abstractos que son exteriores y preexistentes a la formulación jurídica de un derecho como norma positiva, los cuales son positivizados por la Constitución y las leyes, y una vez incluidos en el orden jurídico, se convierten en derechos interiores y/o en derechos constitucionales (Kennedy, 2002).

La idea de exterioridad de los *Dh*, que comienzo a confeccionar a partir de Kennedy, consiste en entender que todos y cada uno de los derechos considerados como fundamentales o humanos, tienen dos estadios o dos dimensiones, completamente independientes la una de la otra, a pesar de compartir una misma raíz. Por ello, en los derechos exteriores de Kennedy, con sus distintas características y potencialidades, busco los rasgos de un derecho natural radical, quizá como lo concibe Douzinas, y con ello acercarme a una justificación crítica ‘trascendente’ de los *Dh*.

Partiendo entonces de las ideas de Kennedy y Douzinas, encuentro unos derechos exteriores que, en sí, son fundamentos de derechos, altamente abstractos pero que provienen de realidades concretas. En su exterioridad, los derechos guardan una potencialidad radical, ya que expresan las posibilidades últimas de su propia existencia. Pero además, se entienden particulares en tanto que pueden ser de todos, con las posibilidades de diferencias y particularidades de cada uno, aunque sin pertenecer específicamente a nadie.

Sin embargo, los derechos exteriores, como una expresión de los derechos naturales radicales que plantea Douzinas (2000), serían utópicos en el sentido que son intangibles e inalcanzables. Concebir los derechos exteriores de Kennedy de esta manera, coincide con la idea de los *Dh* por venir de Douzinas, conjuntando su radicalidad y contenida en ellos la semilla de resistencia y disidencia, a la vez de una naturaleza siempre por venir, con una pertenencia general, pero con la inspiración de la particularidad de las identidades y diferencias de las personas concretas.

La lectura alternativa de los *Dh* que propongo, puede empezar a vislumbrarse de manera más clara en tanto que ya comenzamos a distinguir las características que les dan su forma exclusiva de exterioridad, diferenciándolos por completo—sin hablar de que se trata de dos derechos diferentes—de aquellos derechos que conocemos, aquellos que son interiorizados, es decir aquellos propiamente jurídicos.

La radicalidad se nos presenta como la primera de las características de los derechos en su exterioridad, una radicalidad de origen y vocación. Son radicales porque pertenecen y provienen de la ‘raíz’ que da origen al derecho, y por que, además, son fundamentales y extremos. La radicalidad se entiende en el sentido que le otorga Douzinas (2013) al afirmar que los *Dh* deben reclamar el carácter redentor que les dio el derecho natural, regresando a una tradición de

resistencia y conflicto, una resistencia e igualdad radical que esboza un dominio imaginario de derechos, casi utópicos. Recordemos a Motha y Zartaloudis (2003) cuando nos presentan a un Douzinas que busca establecer las bases filosóficas de unos *Dh* alternativos, a través de la genealogía de un derecho natural radical, como su motivo trascendente, pero reconociendo su ideal utópico e imposible de una justicia siempre por venir. Douzinas cree en el potencial radical del derecho, que está a la vez oculto y revelado en los *Dh*, que permanece abierto a la idea de posiciones y tradiciones heterogéneas, cuando se transita hacia la indeterminación y apertura de uno mismo y de la sociedad (Douzinas, 2007).

La segunda característica de nuestro planteamiento de la exterioridad de los derechos es la particularidad. En consonancia con el planteamiento de Douzinas sobre las pretensiones de universalidad y la exclusión de las particularidades (Douzinas & Gearty, 2012), el derecho en su exterioridad abandona lo general y abstracto, y se enfoca en lo específico (Douzinas, 2007), la particularidad que planteo, rechaza por completo la concepción liberal moderna de universalidad abstracta,¹⁹⁶ y acoge, sin embargo, la idea de una universalidad concreta, que en vez de concebir la abstracción individualista del sujeto como autónomo, autosuficiente, independiente y aislado del otro, considera las cualidades reales de individuos concretos en su diversidad y complejidad (Fernández, 2003).¹⁹⁷ Así la particularidad que planteo, coincide en cierta medida con Fernández (2003), y su esbozo de una conciencia de universalidad en la progresiva extensión de derechos a

¹⁹⁶ Hegel fue el primero en elaborar la paradoja moderna de la individualización a través de la identificación secundaria, y con ello el desarrollo de la idea de la universalidad concreta y abstracta (Žižek, 1997). Žižek (1997) explica que según Hegel, la universalidad abstracta se opone directamente a las formas particulares de la identificación primaria: es decir, obliga al sujeto a abandonar la identificación primaria, pero se vuelve concreta cuando restablece la identificación primaria, transformándola en los modos de aparición de la identificación secundaria.

¹⁹⁷ No podemos dejar de pensar en la crítica de lo humano en Marx (1963). Entre otros autores que han debatido sobre la universalidad planteada por el individualismo moderno en el entorno jurídico destacan Young (1990), Benhabib (2004), y Kymlicka (2002).

categorías de personas que inicialmente no gozaban de ellos,¹⁹⁸ o bien la idea del absolutismo concreto de Gewirth (1982, p. 231), que se ocupa de las consecuencias y las conexiones empíricas, pero siempre dentro de los límites del derecho que defiende como absoluto.

El tercero en este triunvirato de características de la exterioridad de los derechos es la utopía. La utopía es de suma importancia y como he mostrado, en Douzinas (2000) ocupa un elemento central, uno sin el que los *Dh* no pueden perdurar. Dicho de otro modo, que el fin de los derechos llega cuando pierden su carácter utópico. Recordemos que el autor afirmaba que los *Dh* por venir son la proyección futura de un orden que no desprecia o degrada a la persona, uno que combina las tradiciones del pasado con las reminiscencias de un mejor futuro, distorsionando el concepto lineal del tiempo, a través de imaginar el presente en la figura de un futuro hermoso que, sin embargo, nunca llegará a ser (Douzinas, 2013).

8.1.2. Derechos en estado interior

Ahora bien, como expresa Kennedy (2002), el Estado está encargado de hacer una traducción de los derechos exteriores para transformarlos en normas jurídicas concretas. Los regímenes jurídicos dependen, únicamente, de normas estrictamente interiores, aunque no todas provengan de un derecho exterior. Sin embargo, las normas positivas de carácter constitucional que provienen de un derecho exterior han sido interiorizadas—son normas positivas y por eso son legales—, pero

¹⁹⁸ Explica Fernández (2003, p. 29) que la universalidad en los *Dh* no es de hecho sino de derecho, y que despojar por completo a los derechos de su rasgo “universal” desvirtuaría su noción, perdiendo así el significado y sentido, así como su poder emancipador y protector.

también son afirmaciones de un derecho exterior y de cómo debe ser traducido positivamente (Kennedy, 2002).¹⁹⁹

En mi planteamiento, la transformación de los derechos en su dimensión exterior en derechos interiores y en normas constitucionales como desprendimiento o reflejo de aquellos, crea un nuevo tipo de derecho—aunque no un nuevo derecho—que evidentemente no puede tener las mismas características, y que, de hecho, debería abandonar la pretensión de ser la imagen original del mismo derecho y tener sus mismos elementos. Explico. Los derechos interiores son ‘versiones’ de un derecho exterior que ha entrado en el núcleo jurídico y que se ha convertido en derecho positivo, han sido transformados al discurso racional, se han traducido a una clave jurídica, a un derecho concreto, mediante un proceso formal—de dar forma.

Si bien los derechos en su exterioridad son radicales, particulares y utópicos, aquellos que ya han sido interiorizados devienen acotados y no radicales, ya que tienen límites en el marco jurídico y en el entorno social; son generales en oposición a particulares, ya que en su formulación jurídica requieren asumir generalidades y excluir identidades singulares;²⁰⁰ y conjuran la utopía ya que, precisamente, son ‘positivos’, en tanto que tienen una existencia y aplicabilidad en el mundo jurídico.

Como he dicho, una de las características del derecho en su dimensión o estadio exterior es la radicalidad de origen y vocación. Como raíz que da origen al derecho, es fundamental y extremo, expresando las posibilidades últimas de su propia existencia. En el caso del derecho en

¹⁹⁹ En adelante me referiré a las normas constitucionales que plantea Kennedy (2002), sólo como *Dh* interiores asumiendo que por representar derechos fundamentales son inmanentemente constitucionales, aunque debe aclararse que según Kennedy existen también normas interiores que no son constitucionales.

²⁰⁰ Recordemos la tesis de Douzinas (2013, p. 55) que establece que los *Dh* deben expresar y promover singularidades y diferencias, en vez de igualdades y equivalencias de identidades dominantes.

estado interior o interiorizado, esta radicalidad ha sido conjurada para poder ser posible.²⁰¹ No expresa las posibilidades últimas de su propia existencia porque tiene límites en el mundo jurídico y en el entorno social. Las normas que expresan el derecho así puesto, entran en conflicto con otras normas que expresan otros derechos y los derechos de otros, y están confinadas a un marco jurídico y político. Para ser una institución jurídica, el derecho interiorizado tuvo que sacrificar su alcance; y su potencialidad será otorgada y explicada en un catálogo de derechos o en la sentencia de un tribunal constitucional.

Por otro lado, los derechos en su dimensión exterior son particulares, en tanto que su cobertura es universalmente concreta en las singularidades de la persona, es decir, radica en el reconocimiento concreto de las múltiples singularidades. En el derecho en estado interior, sin embargo, la norma que lo expresa debe hacer generalizaciones para poder lograr su aplicabilidad; así, aunque la norma esté formulada como: “todos tienen derecho a...”, o “el derecho a ... es universal”, estamos hablando de una generalización que, por lo regular, no incluirá posibilidades concretas, toda vez que la vocación del Derecho es, finalmente, general.

Entonces, los *Dh* en estado interior son, parafraseando a Ollero (1990), tópicos en oposición a utópicos, ya que son de aplicabilidad fáctica, es decir, ‘existen’ para el Derecho.²⁰²

²⁰¹ Me permito hacer una parábola de una frase Foucault (2008, p. 14), que es usada en un contexto completamente distinto pero que expresa de manera clara lo que planteo. La positivización del derecho exterior ha logrado “...conjurar sus poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad.

²⁰² Lo anterior en Ollero (1990) es más bien una cualidad negativa. Explico. Lo tópico en los derechos, según el autor, es que ciertas exigencias, no hace mucho consideradas irrealizables, inoportunas, e inconcebibles—además añade simplemente ridículas—, se aceptan como verdades éticas. Para el autor español, sin embargo, “[l]a conversión de la utopía en tópico no deja de llevar consigo riesgos, dada la ambivalencia de lo que, por indiscutible, llega a darse por supuesto”. Esto es, que los tópicos “tienden a convertirse en punto final de una utopía autosatisfecha”, portando el germen de su posible degeneración. Según el autor, “[l]a utopía degenerada en tópico se cierra al alumbramiento de nuevas ‘generaciones’ de derechos, que hagan aparecer como dignas de reconocimiento y garantía exigencias incumplidas de lo humano. A la vez, frena la efectiva generalización de sus aspectos más primarios y elementales” (p. 160).

Ollero (1990) considera que cuando lo tópico deja de ser la “constatación histórica” de la utopía con fundamento, puede reclamar para sí el papel de fundamento de la utopía.²⁰³

El tópico—presuntamente expresivo de un consenso histórico—acaba encubriendo inconfesadas distinciones entre una historia ‘verdadera’ (portadora de gérmenes de progreso) y otra ‘falsa’ (descalificada por sus desviaciones ilegítimas o reaccionarias); sin explicitar quién, y por qué, es el competente para realizar tan decisivo discernimiento, o negando sin más—tácitamente—tal competencia al discrepante por el mero hecho de serlo (Ollero Tassara, pp. 161-162).²⁰⁴

Ollero, pareciera tratar de prevenirnos de la “conversión de la utopía en tópico” en los derechos, quizá sugiriendo que esta “conversión” fuese algo evitable. En efecto, la anterior aseveración no está clara en Ollero, y no podría, por tanto, atribuirle dicha afirmación. Sin embargo, el planteamiento abre la puerta para una aclaración respecto a mi propia postura, y esto es, que lo tópico en los derechos no es más que una realidad práctica, es decir, más allá de que el tránsito de utópico a tópico en un derecho sea un peligro, es más bien una realidad inexorable, es una necesidad para su concretización positiva. Por ello, es más importante tratar de descubrir lo utópico de un derecho, antes de tratar, inútilmente, de evitar su devenir tópico. Los *Dh* en estado interior

²⁰³ Ollero (1990) añade: “el horror a lo metafísico lleva a buscar en un supuesto consenso actual su fundamentación imprescindible para no condenarse al absurdo juego de postular unos derechos fundamentales sin fundamento”.

²⁰⁴ No podrían parecer más cercanos y ser más disímiles Douzinas y Ollero. Mientras que Douzinas afirma “un orden que combina las mejores tradiciones del pasado con las reminiscencias de un mejor futuro, la distorsión del concepto lineal del tiempo imaginando un presente en la figura de un futuro hermoso” (2013, p. 66), y que cuando el llamado de la naturaleza pasa de ser la defensa frente a una sabiduría convencional y el letargo institucional, a ser la legitimación de los regímenes y poderes más escleróticos sería la representación del “fin de la historia” (2000, p. 380); Ollero (1990), por su parte, expresa que “[p]retender basar en un presente estabilizado las urgencias del futuro es como empeñarse en saltar sobre la propia sombra. Coherentemente, se estaría proclamando con plena autosatisfacción el fin de la historia, una vez consumada la utopía.

están abiertos al uso político y a la manipulación, y esto es innegable. No debemos pretender que podemos plantear un sistema normativo neutro como imaginaba el iuspositivismo, ni uno que, intrínsecamente bueno, lo fuera así en su aplicación práctica, como pensaría el iusnaturalismo.

8.2. *Nucleus, cortex y periphéria*: planteamiento crítico de los derechos humanos

Ahora bien, en mi planteamiento, al entrar en el núcleo jurídico, los derechos en su estado interior tienen, a su vez, una doble expresión, como principios, es decir aquellos derechos propiamente dichos que constituyen la base de las normas que regulan y expresan los *Dh*, y como normas concretas. Estos principios existen en el núcleo del *dh*, mientras que las normas que los expresan jurídicamente, existen en la corteza del derecho, o bien, como yo le denomino, en su *cortex*.²⁰⁵

8.2.1. *Nucleus y cortex: estructura de los derechos humanos*

Varios juristas han planteado una separación en el núcleo de los derechos fundamentales. En concreto, Alexy (2004a, p. 185) hace mención de la distinción entre reglas y principios de Dworkin, o la de principios y normas de Esser. Dworkin (1980) hace una distinción entre reglas y principios, estableciendo que los principios son un *standard* que debe ser observado por ser un requerimiento puro de justicia, equidad o alguna otra dimensión de moralidad (p. 22), mientras que las reglas son aplicables en una modalidad de ‘todo o nada’, lo que quiere decir que si los hechos que estipula la regla existen, entonces la regla es válida y, consecuentemente, la solución que provee debe ser aceptada, o si no, entonces, no aportará nada a la decisión en cuestión (p. 24).

²⁰⁵ En el planteamiento de los derechos en estado interior, he acogido los términos de *nucleus* o núcleo, y *cortex* de los átomos, como una analogía para referirme a las partes del derecho.

Alexy (2002, p. 81) también considera que una norma de derecho fundamental, según su estructura, puede ser principio o regla. Los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes”, es decir son “mandatos de optimización”. En cambio, dice Alexy, “las *reglas* [sic] son normas que sólo pueden ser cumplidas o no”, por lo que “[s]i una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige, ni más ni menos”, por ende, “las reglas contienen *determinaciones* [sic] en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible” (Alexy, 2002, pp. 86-87). Por consiguiente, debemos entender los principios como disposiciones, de alguna forma abstracta, que otorgan determinadas prerrogativas de carácter general, mientras que las reglas establecen argumentos normativos claros, y por lo tanto, la regla debe ser o no, considerada y aplicada.

Ahora bien, es importante señalar que Alexy incluye tanto a las reglas como a los principios como normas de derecho fundamental. En efecto, Alexy (2002, p. 83) dice que tanto las reglas como los principios son normas en tanto que “ambos dicen lo que debe ser”, y en tanto que “[a]mbos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición”. Sin embargo, Alexy plantea una distinción clara entre ellos al afirmar que “entre reglas y principios existe no sólo una diferencia gradual sino *cualitativa* [sic]”. En mi planteamiento, lo que Dworkin y Alexy refieren como reglas yo les denomino simplemente normas, pero mantengo la expresión de los autores en cuanto a los principios.

8.2.1.1. Principios nucleares y normas en el cortex

A diferencia de los principios en Alexy y Dworkin, mi planteamiento de principios nucleares, son una expresión de las normas de *Dh* pero no son otro tipo de normas. Así, las normas de *Dh* que

existen en el *cortex* del derecho pueden ser generales y abstractas como los principios que ambos autores plantean, o bien acotadas y específicas como las reglas. De tal forma, los principios, en este planteamiento, son conceptualmente distintos a los principios en Dworkin y Alexy. Para ellos un principio es también una norma, pero que tiene un contenido más abierto y abstracto. En el planteamiento que propongo, el principio se encuentra en el núcleo, y la expresión normativa, ya general y abstracta, o bien acotada y específica, se encuentra en el *cortex* del mismo derecho. Por consiguiente, la formulación normativa de un *dh* sería, en principio, formalmente igual a cualquier otra norma jurídica. No obstante, a la hora de interpretar esa norma, deberá considerarse que la norma es la expresión de un principio nuclear, que es de mayor peso que una regla cualquiera. Aunque como normas, todas sean formalmente iguales, al momento de su interpretación y análisis, los principios nucleares tendrán una mayor importancia que cualquier otra norma que se encuentre en el *cortex*.

La forma de entender a los *Dh* que aquí planteo, parte de entender que cualquier *dh* tiene un núcleo y un *cortex*, en el núcleo existen los principios y en el *cortex* las normas que expresan dichos principios. De tal forma, el *dh* tiene un principio en su núcleo, además de una expresión normativa en su *cortex*, la cual recubre el principio, dándole su operatividad jurídica. Así pues, la norma no puede existir sin el principio. Pero el principio tampoco puede existir sin la norma, pues al haber entrado al núcleo jurídico, el derecho necesariamente debe tener una expresión normativa. Aunque esto suena en extremo formalista, debe entenderse en tanto que la mera justificación de la existencia de un *dh*, ya sea en su expresión de principio o de norma, es la existencia de un fundamento, más allá de la articulación jurídica del precepto, es decir, existe en una dimensión exterior, fuera, en una periferia. En esta periferia existen, los derechos en estado exterior, que pueden o no haber sido interiorizados y entonces pueden o no existir en el núcleo jurídico.

En este sentido, mi planteamiento se acerca más al concepto que expresa Cianciardo (2007) de derecho fundamental como tal, en oposición a la norma de derecho fundamental. Así, el principio nuclear asemeja al derecho fundamental, mientras que la norma de su *cortex* asemeja la norma de derecho fundamental, y la idea de una exterioridad, vendría casi de la mano con el concepto del contenido esencial del derecho que Cianciardo plantea.

8.2.2. Periphēria: Exterioridad del derecho y derechos salvajes

Los derechos exteriores de Kennedy, al igual que los derechos naturales radicales de Douzinas,²⁰⁶ son una dimensión exterior e inacabada, intuita e ideada, pero nunca jurídicamente material, mientras que los *Dh* tienen una dimensión limitada pero posible, ya que en efecto tienen una experiencia práctica.

Aquí acuño mi idea de los ‘derechos salvajes’. Aquellos derechos en estado de exterioridad que, de alguna u otra forma, se asemejan a la idea de Kennedy de los derechos exteriores y a la de Douzinas de los derechos naturales radicales, pero que no son los unos ni los otros, como lo explicaré a continuación.

Mi idea alternativa de los *Dh*, combina precisamente las dos dimensiones del derecho. En la exterioridad—o *periphēria*—del *dh*, el derecho salvaje, se combina e interactúa con el derecho en sí, como si fueran uno sin serlo, pero sin ser tampoco otro derecho. Así, la exterioridad de los derechos es una naturaleza inacabada y utópica, unos fundamentos cargados de una densidad radical que no existen formalmente para el derecho. A pesar de su carga de juridicidad, no son

²⁰⁶ Viola (2013) narra que en la actualidad existe un persistente retorno al modelo—con ajustes—de los derechos naturales, esto quizá para combatir el escepticismo sobre los *Dh* y su práctica, para darles así un más sólido fundamento, para determinar una lista canónica de derechos, para darles una forma jurídica más exigente.

coactivos, no tienen un carácter de norma positiva, pero están ahí, siempre como posibilidad empírica, siempre abriendo la puerta a la lucha y a la resistencia, pero con una interiorización siempre incompleta, siempre influenciada y propensa a la arrogación y al manejo por intereses externos al Derecho.

Los derechos en su exterioridad—o *peripheria*—o los derechos salvajes, como inepción, a pesar de llevar en sí mismos una juridicidad propia, tienen una forma *proto* jurídica, es decir, aún no son derechos formales, por ello necesariamente deben pasar por un tamiz de concreción que los convierta a forma jurídica. Así, los derechos en su dimensión interior—tanto los principios nucleares como las normas—, como simples versiones del derecho salvaje, han entrado en el núcleo, han sido codificados en el discurso racional del derecho, se han convertido en una suerte ‘derechos nucleares’—si se me permite también acuñar el término—, en tanto que ahora forman parte del núcleo de derechos de un determinado orden jurídico, y con ello, se ha logrado—apropiándome de las palabras de Foucault (2008, p. 14)—“conjurar sus poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad”.

8.2.2.1. *Los derechos salvajes*

Los derechos salvajes son fundamentos abstractos de derechos que provienen de realidades concretas y de acontecimientos aleatorios.²⁰⁷ Al ser fundamentos más que derechos, tienen una

²⁰⁷ Nuevamente, tomo prestado el concepto de “acontecimiento aleatorio” de Foucault (2008), citando las palabras que pronunciara en su cátedra inaugural en el *Collège de France*: “He aquí la hipótesis que querría emitir, esta tarde, con el fin de establecer el lugar—o quizás el muy provisional teatro—del trabajo que estoy realizando: yo supongo que en toda sociedad la producción del discurso está a la vez controlada, seleccionada y redistribuida por un cierto número de procedimientos que tienen por función conjurar los poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad” (p. 14).

forma *proto* jurídica, y existen y exigen en y desde una exterioridad salvaje—*peripheria*—. ²⁰⁸ Es decir, son en una especie de estado salvaje, indómitos, y en esa naturaleza no domesticada y salvaje llevan su potencialidad radical. Su naturaleza *proto* jurídica les otorga una juridicidad dotada de exigibilidad, aunque no son coactivos, en tanto que no están dotados de una formulación técnico jurídico formal. Por tanto, son verdaderos, pero no se encuentran en la ‘realidad’ del discurso jurídico, o bien, usando, otra vez, las palabras de Foucault (2008) no se encuentran en la ‘verdad’.

Los derechos salvajes, como idea e intuición, ²⁰⁹ son el resultado directo del menoscabo sufrido por la persona concreta, un daño que va más allá de una afectación en sí misma y en su entorno, afrentando a toda una colectividad. El menoscabo sufrido genera una necesidad, la necesidad de cesar la violación y quizá de evitar una nueva. Esto se conjunta con el deseo convertido en aspiración de solución empírica, el cual requiere la posibilidad material de dicha solución, y la capacidad de concretarla. Todos estos elementos, sin embargo, no pueden existir si no tienen como base un *ethos*, es decir una base ética que evite que cualquier deseo se convierta en necesidad.

Pero, visto desde una perspectiva crítica, todo lo anterior plantea una cuestión principal, que debe ser tratada a mayor profundidad. Si la teoría crítica plantea el rechazo de los absolutos ¿cómo se puede lograr una base ética que sirva de criterio básico de los derechos?

²⁰⁸ Me apropio del concepto de “exterioridad salvaje” también de Foucault al plantear que la importancia de la veracidad de un discurso no recae en que éste sea verdadero en sí, sino en que se encuentre ‘en la verdad’: “Siempre puede decirse la verdad en el espacio de una exterioridad salvaje; pero no se está en la verdad más que obedeciendo a las reglas de una ‘policía’ discursiva que se debe reactivar en cada uno de sus discursos” (p. 38). En este sentido, el concepto de Foucault representaría exactamente la idea de la exterioridad salvaje del derecho, en la cual existe un derecho—en el sentido de que puede decirse una verdad—, pero sólo se estaría dentro del derecho—o del Derecho— hasta obedecer las reglas de esta ‘policía’ jurídica, que no sería otra cosa que la serie de reglas y procedimientos que transforman el derecho salvaje en un derecho interior, que se vuelve la verdad para el sistema.

²⁰⁹ Fernández (2003) plantea que la igualdad es una idea moral intuitiva. Considero que cada derecho ha partido de una intuición de algo que atenúe una necesidad concreta.

8.2.2.2. *La búsqueda del ethos crítico*

Douzinas (2013) es muy claro al recalcar que la idea de humanidad abstracta no puede actuar como la fuente moral de normas jurídicas, ya que sólo ofrece un mínimo reconocimiento de responsabilidad moral, sin considerar características individuales. Por ello, una base ética es, sin duda, aquel criterio que separa nuestra idea alternativa de los derechos salvajes con los *Dh*, tal y como son concebidos actual e históricamente.

Como plantea Villoro (2000): “La ética crítica empieza cuando el sujeto se distancia de las formas de moralidad existentes, de sus usos “normales”, y se pregunta por la validez de sus reglas y comportamientos [...] su origen está en ese movimiento disruptivo frente al consenso establecido en el ámbito de la moralidad social vigente”.²¹⁰

El redimensionamiento de la ética detrás de la exterioridad de los *Dh* transitaría, parafraseando a Mignolo (2014, p. 174), de una legalidad de los derechos, a una ética de la convivencia humana, en donde el criterio principal para discernir comportamientos éticos es la vida misma, y así, el criterio para una escala ética, desde lo más a lo menos ético, no tiene otra referencia que la vida misma. Por lo tanto, resulta necesario demandar, desde esta actitud básica, que el orden jurídico deba ser sometido y subsumido a la ética (pp. 168-169). Siendo la vida el

²¹⁰ Villoro (2000) plantea una hipótesis consensual interesante que sigue los postulados de Rawls y, aunque en menor medida, de Habermas, de un consenso racional hipotético de la justicia como valor objetivo. Esta hipótesis reconoce la función teórica que el consenso racional representa, pero ya como ficción, en tanto que el sujeto de este consenso racional planteado por Rawls no existe, y así, reconoce la necesidad de plantear diferencias entre los sujetos en una asociación. En sus propias palabras, el autor explica que: “El concepto de justicia vigente se adecúa a su patrón de “normalidad”. Entre los sujetos del consenso social existen diferencias notables de posición social, de recursos y bienes, de creencias y valoraciones; pero el sentido de justicia consensado establece las diferencias susceptibles de ser tratadas con equidad por la sociedad frente a las inadmisibles. Responde por lo tanto, a ciertas preferencias particulares y no deja de rechazar otras”. Por ello, la falsa “universalización del propio interés”, como expresa el autor, “es una operación ideológica” que se encuentra al servicio de un “poder particular”, de tal forma que “la reivindicación del excluido por ser igual a los sujetos de consenso aceptados, afirma en cambio un valor común”.

criterio básico de la ética de los derechos, la exterioridad del derecho debe servir para buscar este criterio básico, por medio de la restitución de la dignidad, que exige cambiar las condiciones que permiten erosionar la integridad de los demás; y la dignidad en una concepción alternativa de derechos no es más un asunto jurídico sino uno ético, ya que el respeto a ella no puede ser resuelto jurídicamente o por medio de políticas (pp. 175-176).

La ética en el análisis crítico y sobre todo en la tradición postmodernista ha sido siempre complicada. El rechazo de los universalismos parece, *per se*, anular toda posibilidad de un *ethos* como el que la teorización ética ortodoxa sostiene.²¹¹ Sin embargo, aún y cuando los teóricos críticos rechazan las premisas de la ortodoxia ética como principios abstractos y sistematizados de validez universal, también han rechazado las típicas acusaciones de relativismo ético tardío, y de total desinterés en las dimensiones éticas de cualquier análisis (Lawler, 2008).

Quizá más célebremente los postulados de Levinas sobre ética como “la primera filosofía” y las relaciones con el “otro”, en la noción de la relación “cara a cara”, trasladan el debate ético al corazón de la teoría crítica posmoderna. Levinas plantea una responsabilidad ética en cuanto a que ‘uno’, en su infinita obligación, se convierte en rehén del ‘otro’ (Lawler, p. 381).

Para Levinas (1989) el conocimiento está construido en una intencionalidad en contacto con la realidad concreta. La sabiduría se reduce a una noción de aumento de la autoconciencia, y en ella, todo lo que no es idéntico es absorbido por lo idéntico. De esta manera, la autoconciencia se afirma como ser absoluto. Sin embargo, lo inintencionado subsiste y no puede ser controlado por la voluntad. Esta no intencionalidad es una conciencia que existe sin atributos u objetivos. En un momento de encuentro ‘cara a cara’, la responsabilidad por el otro preexiste a cualquier

²¹¹ Una de las principales influencias de las distintas corrientes críticas ha sido Nietzsche (1897) quien ha rechazado la posibilidad de una moral absoluta y que, al contrario, plantea la existencia de una serie de ‘morales’ que mutan con base en el contexto social.

autoconciencia, y ya que uno afirma su propio ser al tener que responder al derecho propio de ‘ser’, en cualquier encuentro ‘cara a cara’, la cuestión de ser implica el derecho a ser.

La responsabilidad por el Otro, por el rostro desnudo del primer individuo en venir. Una responsabilidad que va más allá de lo que pude o no haber hecho al Otro o cualquier acto que pueda o no haber cometido, como si estuviera consagrado al otro hombre antes que estar consagrado a mí mismo. O más exactamente, como si tuviera que responder por la muerte del otro antes incluso de *ser*. Una responsabilidad sin culpa [...] Una responsabilidad derivada de un tiempo antes de mi libertad—antes de mi (yo) principio, antes de cualquier presente. Una fraternidad existente en extrema separación. Antes, pero [...] [n]o en el tiempo anterior al presente, en el que podría haber contraído cualquier compromiso. La responsabilidad por mi prójimo data de antes de mi libertad en un pasado inmemorial, un pasado irrepresentable que nunca estuvo presente y es más antiguo que la conciencia de Una responsabilidad por mi prójimo, por el otro hombre, por el extraño [...] al que no me vincula nada en el riguroso orden [...] Es responsabilidad de un rehén que puede ser llevado hasta el punto de ser sustituido por la otra persona, y exige una sujeción infinita de la subjetividad [...] [E]sta responsabilidad anárquica, que me convoca desde ninguna parte a un tiempo presente, es tal vez la medida o el sistema de una libertad inmemorial que es aún más antigua que el ser [...] (Levinas, pp. 83-84).

Es cierto que al final Levinas termina planteando una ética si bien no universal, si inmutable, que lo acerca peligrosamente a los universalistas morales, sin embargo, la noción de la ética “cara a cara” ha servido de base para mucho más análisis crítico sobre los postulados éticos (Lawler, p. 381). De cualquier forma, aún existe un gran atractivo en la consecución de principios universales válidos como respuesta a los problemas y dilemas del mundo global contemporáneo, lo que la teoría crítica y principalmente la corriente posestructuralista ve como el pago de un precio muy caro, la pérdida de la política (p. 385).²¹²

Como dice Lawler (p. 387) siguiendo a Campbell (1998) y Dillon (1998), a diferencia de varias de las corrientes críticas, el pensamiento postestructuralista o deconstruccionista prefiere respuestas localizadas (locales) y contingentes, a las preocupaciones éticas, en vez de erigir procesos transnacionales o instituciones designadas para impartir justicia, de acuerdo a normas y códigos de conducta supuestamente universales. Es decir, para la teoría crítica posmoderna e incluso para el postestructuralismo, existe la idea de una responsabilidad ética ineludible, sin embargo, en el caso de estos últimos, esta responsabilidad es global en cuanto a su alcance, pero no apela a una concepción universalista de la subjetividad humana, o a la presunción, como planteara Derrida (1994), de una ciudadanía potencial e imaginaria de un ‘gran Estado’ (Lawler, p. 387).

El record de la acción colectiva post guerra fría en nombre de la ética en
tantos aspectos internacionales es tal, que la búsqueda posmoderna de un

²¹² Al respecto, no debe entenderse la política, como dice Žižek (2013), en el sentido común y popular, sino más bien, en cuanto a decisiones fundamentales respecto a la vida en el mundo y decisiones colectivas de las cuales hay que tomar entera responsabilidad. La gran lección de la política es que no se pueden distinguir los medios de los fines, de tal forma Žižek propone una politización de la ética en el sentido que no somos solamente responsables de hacer lo que nos corresponde y de trabajar por un bien, sino también de decidir lo que es el bien, es decir, que la política representa el proceso de tomar las decisiones, y no sólo la decisión contingente. (Žižek, 2013).

ethos apropiado a nuestras complejas circunstancias globales contemporáneas puede ser plausiblemente, ahora, expresada como la principal alternativa crítica a la desesperación moral realista, o a un cosmopolitismo moral liberal, fatalmente contaminado por su relación con las prácticas concretas de los estados occidentales dominantes (Lawler, p. 388).

¿Cuál sería la respuesta alternativa a la crítica de ese *ethos* universal y abstracto, que no fuera la asunción de una moral relativa, y más bien una síntesis dialéctica, en el sentido que explica Žižek (2013), como algo que no afirme la identidad de los extremos sino que reafirme sus diferencias?

Lo primero que quiero hacer es demostrar cuan absurdo es el impulso de tener dos extremos y una necesidad de encontrar un balance. Estos extremos ya fluyen el uno dentro del otro. Esto es, porque la ‘síntesis’ no afirma la identidad de los extremos, sino que, al contrario, afirma su diferencia como tales. Así, que la síntesis trae diferencia de la ‘compulsión de identificar’. En otras palabras, el paso inmediato de un extremo a su opuesto es, precisamente, un indicador de nuestra sumisión a la compulsión de identidad (Žižek, 2013).

Una visión alternativa que podría traer luz al debate de la dimensión ética de una teoría crítica, sin propugnar por el desmantelamiento radical de la institución de los *Dh* ‘universales’, es la que plantea Pin-Fat (2000), respecto a la imposibilidad de un marco universal, que no elimina la necesidad del mismo. La autora lo plantea de la siguiente forma:

[E]l universalismo es (im)posible en el sentido de que es un significante vacío, pero esto no hace que el universalismo sea redundante o apolítico. Por el contrario, ‘la imposibilidad de un terreno universal no elimina su necesidad: simplemente transforma el terreno en un lugar vacío que puede llenarse parcialmente de diversas maneras (las estrategias de este relleno es de lo que se trata la política)’ [...] Leer los derechos humanos como (im)posibles permitirá a la política ocupar un espacio constitutivo central, en vez de limitar la política a la estrecha banda de partidos políticos, las acciones gubernamentales y parlamentarias, los tratados internacionales, las instituciones multilaterales, los regímenes y así sucesivamente (Pin-Fat, p. 665).

Para Pin-Fat (p. 664) las justificaciones de la universalidad se deben, tanto a lo que intentan dejar fuera—condiciones de imposibilidad—, como a lo que delinear como presente—condiciones de posibilidad. Es decir, lo posible depende de lo que ya está tácitamente aceptado como imposible. Los *Dh* están establecidos en clave universal, y no aceptar ello, significa afirmar que estos deben ser relativos, y por ello reconocer normas morales y nociones del “yo” particularizadas, y por tanto, sujetas a particularidades contingentes (p. 670). Ante ello, Pin-Fat distingue un universalismo global y uno filosófico. El universalismo global encuentra su fundamento a través de un reconocimiento de diferentes prácticas para saciar el vacío epistemológico a través del descubrimiento empírico de un espacio común de acuerdo, que le dota de verdad en tanto verificable por la exactitud de su representación del estado de cosas. De manera opuesta, la validez del universalismo filosófico yace en su representación exacta de una subjetividad inmune a la particularidad, como un *cogito* cartesiano. Ambos son incompatibles en cuanto a sus diferentes

vías epistemológicas para establecer su validez, ya sea por medio de una razón abstracta o un equivalente teológico, o a través de prácticas particulares verificables, un espacio de acuerdo común y la ausencia de una “humanidad común” en lo abstracto (p. 672).

Tanto el universalismo filosófico como el global, son estrategias que ocultan su propia (im)posibilidad a expensas de cualquier análisis sostenido de lo político. Pin-Fat (p. 665) propone una política de *Dh* universales, no como el arte de lo posible, pero como el arte de lo (im)posible. Pensar en la (im)posibilidad del universalismo, resalta una dinámica mediante la cual la ausencia—lo que está excluido—es una característica constitutiva de la compleción—lo que está incluido—(p. 672). Entender la universalidad como (im)posible plantea que el universalismo está, en cierto modo, vacío. Esto se debe a que el significado de universalidad no puede ser llenado con referencia a un objeto, ya que la relación palabra-objeto no es el *locus* del significado, sino sólo relaciones palabra-palabra (p. 664). Esta dinámica de (im)posibilidad es importante porque, a diferencia de otros enfoques de los *Dh* universales, requiere un examen de cómo las articulaciones de la imposibilidad desempeñan un papel constitutivo en delinear la posibilidad del universalismo (p. 664). Entender los *Dh* universales como (im)posibles nos hace entender el papel constitutivo que la exclusión juega en varios niveles (p. 673). Despreciar la (im)posibilidad de universalidad nos dejará con una noción empobrecida de la humanidad como un ‘yo central’, o como receptor pasivo de normas ‘correctas’ que codifican las reivindicaciones de los *Dh*.²¹³ Este es el precio humano de seguir excluyendo la política de los *Dh* universales. (p. 673).

²¹³ Intentar representar y articular un ‘yo’ central o nuclear conduce a una noción de derechos en sentido negativo, que crea una “moralidad abstracta, impersonal, orientada a las reglas” (Pin-Fat, p. 669). El portador de los derechos es tan excesivamente racionalizado y autónomo que está irremediabilmente aislado, rodeado de una libertad negativa, traída por un principio de “no interferencia”, y por tanto, un enfoque basado en los derechos que propugna esta ética internacional significa aislar a la persona de aquellas relaciones y responsabilidades que definen al individuo como agente moral y ser social (p. 669). Para Pin-Fat (p. 668) no es que una noción como “humanidad común” carezca de sentido, sólo que no requiere una referencia a una identidad inmutable y persistente para su significado.

Así, la búsqueda de un *ethos* crítico, como base de la metodología que planteo, dependerá de una responsabilidad fundamental con la otredad, como la que plantea Levinas, pero ante un constante análisis dialéctico que permita revelar sus condiciones de imposibilidad. Al final, debemos recordar que los postulados críticos siempre van precedidos de un quizá, y seguidos de un insistente y persistente cuestionamiento, como un proceso de constante crítica e invención que nunca es satisfecho, y que una solución permanente, *ergo*, nunca será alcanzada (Lawler, p. 388).

8.2.2.3. *La exterioridad por la vía deconstructiva*

Un tipo de análisis como el de exterioridad, requiere ir más allá de las capas de lo jurídico, y buscar subtextos en las restricciones a los derechos para poder oponer a ellos los elementos del derecho salvaje.²¹⁴

Según Derrida (1990) el derecho es esencialmente deconstruible, y por consiguiente, nos puede permitir ampliar los elementos de análisis a otros campos que no necesariamente se asocian al momento de un análisis jurídico.

El derecho es esencialmente deconstruible ya que por un lado está fundado sobre capas textuales interpretables y transformables, y por otro, porque su último fundamento, por definición, no está fundado (Derrida, p. 943). Pero la justicia en sí misma—como algo que existiría fuera o más allá del derecho—no lo sería (p. 945). Esto, en tanto que el derecho es construible—en un sentido que va más allá de la oposición entre convención y naturaleza—, y en tanto va más allá de esta oposición, es construible, y por tanto, deconstruible, y hace posible una práctica de deconstrucción, que, en el fondo, siempre formula cuestiones de derecho (p. 945).

²¹⁴ En adelante me referiré a esta ‘metodología’ de desvelamiento del derecho salvaje, como ‘criterio de exterioridad’.

Derrida (p. 945) concluye que la deconstrucción ocurre en el intervalo que separa la indeconstructibilidad de la justicia y la deconstructibilidad del derecho.

La justicia es una experiencia de lo imposible. Una voluntad, un deseo, una exigencia de justicia cuya estructura no sería una experiencia de la aporía, que no tendría posibilidad de ser lo que es, a saber, un llamado a la justicia. Cada vez que algo ocurre como debe, cada vez que aplicamos plácidamente una buena regla a un caso particular, a un ejemplo correctamente subsumido, de acuerdo a un juicio determinante, podemos estar seguros de que el derecho se puede encontrar a sí mismo cumplido, pero ciertamente no así la justicia. El derecho no es la justicia. El derecho es el elemento del cálculo, y es justo que haya derecho, pero la justicia es incalculable, nos exige que calculemos con lo incalculable; y las experiencias aporéticas son experiencias, tan improbables como necesarias, de la justicia, es decir, de momentos en que la decisión entre lo justo y lo injusto no está nunca asegurada por una regla (Derrida, p. 947).

Derrida (pp. 953-955) afirma que lo que llamamos corrientemente deconstrucción no correspondería a una abdicación prácticamente nihilista ante la cuestión ético-político-jurídica de la justicia, y ante la oposición de lo justo y de lo injusto. Esto, ya que la justicia se dirige siempre a singularidades, a la singularidad del otro, a pesar de, o incluso por tener pretensión de universalidad, por lo que, mantener un cuestionamiento sobre el origen, fundamento y límites de nuestro aparato conceptual, teórico o normativo, en torno a la justicia, no implica que la deconstrucción sea una neutralización del interés por la justicia, sino una intensidad hacia la

misma, lo que nos lleva a denunciar no sólo límites teóricos sino también injusticias concretas, con los efectos más evidentes de la buena conciencia, que se detiene, dogmáticamente, ante una u otra determinación heredada de la justicia.

Derrida (pp. 957-961), explica que, en general, la deconstrucción se practica con arreglo a dos estilos: uno aparentemente demostrativo y ahistórico de las paradojas lógico-formales; y el otro, más histórico, que parece proceder mediante lecturas de textos, interpretaciones minuciosas y genealogías. Pero en materia de derecho, la práctica parece más complicada, ya que la distinción entre justicia y derecho no es necesariamente una verdadera distinción, una oposición cuyo funcionamiento esté lógicamente regulado, y que sea dominable, ya que el derecho pretende ejercerse en nombre de la justicia, y la justicia exige instalarse en un derecho que reclama ser puesto en práctica. Así, la deconstrucción se encuentra y se desplaza, siempre, entre el uno y la otra.

En su autonomía misma, en su libertad de seguir o de darse, una ley o una decisión debe poder ser del orden de lo calculable o de lo programable, por ejemplo, como un acto de equidad. Pero, si el acto consiste simplemente en aplicar una regla, en desarrollar un programa o en efectuar un cálculo, se dirá, quizás, que la decisión es legal, conforme al derecho, y tal vez— metafóricamente—justa, pero nos equivocariamos al decir que la decisión ha sido justa. Para ser justa, la decisión no debe sólo seguir una regla de derecho o una ley general, sino que debe asumirla, aprobarla, confirmar su valor, por un acto de interpretación reinstaurador, como si la ley no existiera con anterioridad, como si el juez la inventara, él mismo, en cada caso (Derrida, p. 961).

[P]ara que una decisión sea justa y responsable es necesario que en su momento propio, sea a la vez regulada y sin regular: debe conservar la ley

y a la vez destruirla o suspenderla, lo suficiente como para deber reinventarla en cada caso, re justificarla, al menos reinventarla en la reafirmación, y en la nueva y libre confirmación de su principio. Cada caso es otro, cada decisión es diferente y requiere una interpretación absolutamente única, que ninguna regla existente y codificada podría, ni debería garantizar absolutamente. Al menos, si la regla la garantizara sin términos equívocos, tanto que el juez fuera una máquina de calcular—lo que sucede—, no se dirá de un juez que es puramente justo, libre y responsable. Pero tampoco diremos que lo es, si no se refiere a ningún derecho, a ninguna regla, o si, ya que no da ninguna regla por sentada, más allá de su propia interpretación; suspende su decisión, se detiene ante lo indecible o improvisa, y deja fuera toda regla y todo principio (Derrida, p. 961).

De tal forma, no podemos decir que una decisión es puramente justa ni que alguien sea justo; en lugar de ello podemos decir que algo es legal o legítimo, de conformidad a derecho, a reglas o convenciones que autorizan un cálculo, pero cuyo origen fundante no hace más que alejar el problema de la justicia; pues en el fundamento de este derecho el mismo problema de la justicia habrá sido planteado y violentamente resuelto, o bien, enterrado, disimulado o reprimido (Derrida, p. 963).

Así, según Derrida (p. 963) ninguna justicia se ejerce sin una decisión que corte o que divida, y esta decisión no solamente en su forma final—como en el caso de la imposición de una pena—, comienza o debe comenzar por derecho o en principio, con la iniciativa de aprender, leer, comprender, interpretar la regla, e incluso, calcular.

Para Derrida lo indecible—un término frecuentemente asociado a la deconstrucción—no es la mera oscilación entre dos significaciones o dos reglas contradictorias muy determinadas, aunque igualmente imperativas, sino la experiencia de lo que, aun siendo heterogéneo, extranjero respecto al orden de lo calculable y de la regla, es, sin embargo, obligado a entregarse a la decisión imposible, teniendo en cuenta normas y reglas. Así, una decisión que no pase la prueba de lo indecible, no sería una decisión libre, sólo sería la aplicación programable o el desarrollo de un proceso calculable. Sería legal, pero no justa. Pero cuando pasa el arduo proceso de lo indecible, la decisión habrá, de nuevo, seguido una regla, una regla dada, inventada o reinventada, reafirmada: ya no plenamente justa (p. 963). Así, la prueba de lo indecible, que debe ser atravesada por toda decisión, no se deja atrás nunca, no es un momento sobrepasado o superado, lo indecible permanecerá atrapado, como un fantasma necesario, en cada resolución, y así deconstruye desde el interior toda seguridad de presencia, toda certeza que nos asegure la justicia de una decisión. “[L]a deconstrucción [...] opera desde una idea de la justicia infinita, infinita en tanto irreductible, irreductible en tanto debida al otro, debida al otro, antes de todo contrato, porque ha venido, es la venida del otro como singularidad, que siempre es otra” (p. 965).

La justicia no espera, una decisión justa es necesaria siempre de inmediato. La decisión no puede procurarse una información infinita y un saber sin límite acerca de las condiciones, las reglas o los imperativos hipotéticos que podrían justificarla. Y aún si dispusiera de todo esto, e incluso de todo el tiempo y los saberes necesarios al respecto, el momento de la decisión de lo que debe ser justo, debe ser siempre un momento finito, de urgencia y precipitación, ya que no debe ser la consecuencia o el efecto de ese saber teórico o histórico, de esa reflexión o deliberación, dado que la decisión marca, siempre, la interrupción de la deliberación jurídico, ético, o político cognitiva que la precede y debe precederla (p. 967).

Al igual que Douzinas, para Derrida (p. 969), la justicia está por venir, tiene que venir, es porvenir, despliega la dimensión misma de acontecimientos que están irreductiblemente por venir. Quizá es por eso que la justicia, en tanto que no es sólo un concepto jurídico o político, abre al porvenir la transformación, el cambio o la refundación del derecho y de la política. “‘Quizás’, uno siempre debe decir quizás para la justicia. Hay un porvenir para la justicia, y no hay justicia mas que en la medida en que un acontecimiento es posible, que como acontecimiento, excede el cálculo, las reglas, los programas, las anticipaciones y más. La justicia, en tanto que experiencia de la alteridad absoluta, es impresentable, pero es la posibilidad del acontecimiento y la condición de la historia” (p. 971).

Para Derrida, que la justicia sobrepase la ley, el cálculo, que lo impresentable sobrepase lo determinable, no puede y no debe servir de coartada para mantenerse fuera de las luchas jurídico-políticas. “Abandonada a ella misma, la incalculable y donadora idea de justicia está siempre lo más cerca del mal, [...] [y] puede ser siempre reapropiada por el cálculo más perverso. Siempre es posible” (p. 971).

[L]a justicia incalculable ordena calcular. Y, primeramente, en lo más cercano a lo que asociamos con justicia, a saber, el derecho, el campo jurídico que no puede ser aislado dentro de fronteras seguras, pero también en todos aquellos campos de los que no puede separársele, que intervienen en él y que no son más sólo campos: la ética, la política, la economía, la psico sociología, la filosofía, la literatura, etc. No sólo debemos calcular, negociar la relación entre lo calculable y lo incalculable, y negociar sin el tipo de reglas que no haya que reinventar precisamente ahí donde somos arrojados, ahí donde nos encontramos; sino que también debemos ir tan

lejos como sea posible, más allá del lugar donde nos encontramos y más allá de las zonas identificables de la moral, la política o el derecho, más allá de la distinción entre lo nacional y lo internacional, lo público y lo privado, y así (Derrida, p. 971).

Sólo abriendo el espectro de la interpretación de los derechos a aquellos otros campos que no suelen ser tomados en cuenta en los análisis jurídicos, sólo así será posible encontrar una imagen del derecho salvaje, y así, quizás, podremos encontrar una expresión de esa justicia por venir.

8.3. Salvaje utopía

Como hemos visto, bajo una perspectiva crítica, el objetivo final no es realizable nunca y, antes bien, es una tarea constante, un ideal motivacional, donde lo único que queda es cuestionar una y otra vez nuestro entendimiento de las realidades, siempre distorsionado e influenciado por intereses externos, y, entonces, la respuesta es crear las condiciones para poner a prueba nuestras asunciones de las realidades (Shapcott, 2008).

Douzinas (2013, p. 55) augura el momento en que el *anthropos* como un régimen de conocimiento asimétrico anterior o externo a la civilización, reemplace la *humanitas*, que ha sido el basamento epistemológico de la ‘civilización’. Mignolo (2014, p. 178) incluso dice que el *anthropos*—aquel constructo que representaba lo menos humano— desafía como razonamiento la *humanitas*, y está ascendiendo para convertirse en su propio salvador.

Una re concepción crítica del ‘humano’ nos lleva necesariamente a buscar a aquel sujeto del derecho salvaje, ese *anthropos* que reemplace al bosquejo pálido del ‘humano’ que refiere Douzinas. Para Mignolo (p. 172), pensar de otra manera ‘*thinking otherwise*’, significa situar la

ética antes que la política—en su acepción popular y no en el sentido que propone Žižek (2013), como expuse anteriormente—y transformar el paradigma de los derechos cambiando el sujeto.²¹⁵

Los derechos salvajes aparecen como una ‘reminiscencia futura’ de los derechos siempre por venir, quizá en la forma de derechos “antrópicos” en vez de humanos como propone Douzinas (2013, p. 55), centrados en singularidades y diferencias, y no en las igualdades y equivalencias de las identidades dominantes.

Sin embargo, en la medida en que la exterioridad es radical, particular y utópica, sólo puede buscarse, pero jamás alcanzará a plasmarse en clave jurídica. La exterioridad es más una intuición que un hecho normativo concreto, y el proceso para alcanzarlo es más intuitivo que racional, como mencioné anteriormente. Sin embargo, al atender el caso concreto, se debe desarrollar un proceso crítico de análisis intuitivo/lógico para encontrar la exterioridad más próxima del derecho existente, o bien de un derecho subyacente, lo que, necesariamente, siempre devendrá en un derecho nuclear imperfecto.

En efecto, el proceso crítico de exterioridad no sustituye la necesidad de interiorizar más derechos conforme los acontecimientos aleatorios vayan produciendo nuevas necesidades, ya que este proceso de búsqueda de exterioridad es, simultáneamente, un proceso necesario de interiorización. Así, al buscar la exterioridad de un derecho o desvelar el derecho salvaje, se está realizando un proceso de interiorización, cuyo objetivo es traducir la idea de ese derecho exterior en clave jurídica, con las limitaciones racionales que esto conlleva. Lo anterior, además, no

²¹⁵ En tanto que ‘derecho’ es una cuestión jurídica y ‘humano’ es una cuestión ética, Mignolo (2014) habla de un cambio paradigmático necesario. Este autor sugiere en concreto unos “derechos de vida”, como una suavización del código de *Dh* y abriendo un espectro más amplio para derechos tanto de la naturaleza como del ser humano. Según Mignolo (p. 168), el cambio hacia los “derechos de vida” exige que abandonemos la distinción occidental y la separación entre el orden natural y humano, y también los intereses de los países industrializados y desarrollados que originaron el paradigma de los *Dh*. Desde la perspectiva disidente del tercer mundo, el cuerpo humano y la naturaleza están entrelazados, por lo que la violación de “los derechos de la naturaleza” equivale a una violación de los *Dh* y por lo tanto de los “derechos de vida”.

obstruye el proceso reformativo y legislativo, las reformas a las constituciones y la firma de tratados, y las luchas de la sociedad civil por cambios que sean ignorados por el Estado, que son también interiorizaciones de un derecho subyacente, aunque no por ello debemos asegurar que su interiorización necesariamente busque la exterioridad de ese derecho. Pero si concebimos que todos los *Dh* son derechos imperfectos e inacabados, porosos a intereses ideológicos, políticos y económicos; siempre en riesgo de imparcialidad judicial, quizá podríamos dejar de conformar más y más listas de derechos, y tratar de encontrar y de alcanzar la exterioridad de los derechos, no sólo de los que ya tenemos, sino de otros subyacentes que, aún sin ser reconocidos por algún orden jurídico, puedan ser introducidos en la solución del caso concreto, más allá de debates sobre jerarquías normativas, siempre y cuando configuren, de mejor manera, la idea exterior de solución a una necesidad concreta.

En efecto, podríamos no ir más allá de los *Dh* como derechos nucleares, podríamos quedarnos con la traducción incompleta o con el remedo de derecho salvaje que nos presentan. Sin embargo es necesario afirmar que el proceso de interiorización de un derecho salvaje a derecho nuclear es necesario, y que todo *Dh* cuenta en sí, de manera necesaria, con una *periphēria* o exterioridad salvaje. Así, en tanto que la interiorización de un derecho salvaje es necesaria en la formulación de cualquier *Dh*, también es necesario buscar nuevamente su exterioridad cuando dicho derecho debe ser redimensionado ante su incapacidad empírica de generar soluciones concretas. Este ciclo, sin embargo, no terminará, la búsqueda de exterioridad es un proceso crítico dialéctico, por lo que el resultado generará un nuevo derecho imperfecto e inacabado, y por ello habrá la necesidad de pugnar por una nueva búsqueda, una y otra vez, y esto será siempre así.

9. EXTERIORIDAD Y PRIMACÍA: UNA HERRAMIENTA CRÍTICA COMO LÍMITE A LOS LÍMITES DE DERECHOS HUMANOS

¿Cuál sería el motivo de adoptar una visión alternativa de los *Dh* si, en la práctica, los Estados siguen perpetuando su arrogamiento como base ideológica y moral de un régimen?

No quiero soslayar los logros históricos de los *Dh*. No quiero olvidar las grandes victorias e historias de emancipación. Sí, el *Di* de los *Dh* ha cumplido con una función importante, quizá haya sido el responsable de evitar una nueva guerra mundial o, tal vez, haya evitado muchos más genocidios alrededor del mundo. Sin embargo, como toda institución jurídica, es internamente indeterminada y abierta al uso político y a la función ideológica.

Es decir, volvemos al problema que denunciaba Douzinas (2007): generamos más y más declaraciones, instrumentos y mecanismos, y aún, esto es de una “irrelevancia gigantesca”, pues la protección o transgresión de los derechos no necesariamente se encuentra confinada a todo ese andamiaje institucional internacional, sino que todo ocurre a nivel local, a nivel de la comunidad, en la interacción diaria con autoridades administrativas, judiciales, de seguridad, y demás.

El ámbito local de aplicación de los *Dh*—foco micro político o experiencia *on the ground* de los *Dh*, como le referiré posteriormente—nos permite poner, como sugiere Douzinas (2007), la “experiencia de las personas en el terreno”, antes de cualquier análisis legal, doctrinal o jurisprudencial, y nos da la capacidad de examinar los instrumentos internacionales, estatales y locales, prácticas judiciales y administrativas; en el momento pertinente; hacer preguntas específicas en vez de debatir ideas en general y en lo abstracto.

9.1. De vuelta al Estado

La potestad última del Estado ha cambiado, y, como dice Zagrebelsky (1999), se ha erosionando el principio unitario, se ha perdido la posición central del Estado, y se ha sometido a escrutinio la concepción tradicional de la soberanía y la *Sc*. Como dice Ludwikowski (2001), debido a la fusión y superposición de estructuras internacionales, nacionales y regionales, se ha afectado profundamente el concepto de Constitución como ley suprema. Ante la crisis del Estado a la que se refiere Ferrajoli (2000) es fundamental repensar el constitucionalismo, pero no precisamente ante una “necesidad” de diseñar garantías constitucionales, atribuyendo, como dice Crawford (2012), capacidades milagrosas a los procesos reformativos, sino que, en tanto no se puede hablar ya de una supremacía pura, estamos obligados a replantearnos el principio de supremacía en general (Ludwikowski, 2001).

Sin embargo, el Estado es, y seguirá siendo, el principal responsable de violaciones a *Dh*, y por más que se perfeccionen los mecanismos de protección, o por más nuevos tratados y declaraciones que se firmen, por más relatores internacionales, por más resoluciones o reportes, las violaciones a los derechos por parte de las autoridades en el terreno no cesarán: las autoridades mexicanas no dejarán de ejercitar detenciones preventivas—arraigos [*Arr.*]—, como herramienta investigativa, o no dejarán de cometer desapariciones forzadas; las policías estadounidenses no dejarán de ejercer brutalidad policíaca sobre la población afroamericana, el régimen venezolano no dejará de encarcelar a opositores políticos, las localidades francesas no dejarán de imponer restricciones a la identidad de las comunidades musulmanas, y así sucesivamente. En fin, los *Dh* son asunto de los Estados, y cualquier esfuerzo de la comunidad internacional, con su enorme

estructura institucional, legislativa, y judicial, será irrelevante si no se regresa la lucha por los *Dh* a las calles de cada barrio, a cada comunidad.

Por ello, es tiempo de regresar la arena de batalla de los *Dh* a los Estados. Por eso no tiene ningún sentido describir cualquier acción de un Estado en concreto como legal o ilegal en el marco jurídico internacional. Ya no es relevante preguntarnos si los Estados deben ‘obedecer’ las normas de *Di*, pues el Estado ya no interactúa con el *Di* en una relación de obediencia-desobediencia, ni debe aceptar su ideología. Antes bien, debemos reconocer que las acciones políticas de los Estados articulan las categorías jurídicas que los definen, y sus interpretaciones cargan con un poder político que genera una interminable espiral de desacuerdo (Miéville, 2006).

El discurso jurídico está abierto a intrusiones ideológicas, políticas, económicas, y demás. Si bien los *Dh* sí han otorgado un papel central a la persona, también han sido objeto de una manipulación ideológica excesiva (Domingo, 2009), convertidos en estratagema para la legitimidad del Estado, protegidos y defendidos cuando coinciden con el interés nacional (Douzinas, 2007).

Pero es cierto que la figura del Estado tradicional moderno ha sido profundamente modificada con la consolidación progresiva del orden internacional. Quizá no nos encontremos, como dice Domingo (2009), ante un gradual e inexorable colapso del Estado y de sus principios tradicionales, pero sí, ante una transformación profunda, en donde, como dice Habermas (2008), el Estado ha perdido una parte considerable de sus capacidades de dirección y de control clásicas, a favor de un orden supranacional. Y, sin embargo, al final, el Estado es el elemento más importante en la *praxis* de los *Dh*, y su implementación y cumplimiento, tanto teóricos como empíricos, corresponde a los Estados mismos (Howard & Donnelly, 1987).

Entonces ¿como es posible que la pérdida de soberanía de un Estado *vis-á-vis* la consolidación del orden universalista de *Dh* no haya traído consigo una aplicación efectiva de toda su estructura institucional y jurídica ante las interminables transgresiones a los derechos en el ámbito local?

9.1.1. Experiencia de los derechos humanos ‘on the ground’

La soberanía de los Estados ha sido formalmente restringida en el proceso de consolidación del orden universalista, y, sin embargo, esto no necesariamente se ha traducido en una transformación general de prácticas y de normas, ya que, si bien en muchos casos es la autoridad estatal central, o el Estado como tal, quien adopta prácticas generalizadas de violación de derechos, por lo regular, las violaciones más comunes, y por tanto las necesidades de su defensa, surgen en las experiencias *on the ground* o focos micro políticos, ocurridas en su mayoría aleatoriamente, y no necesariamente como parte de una política premeditada.

Este tipo de violaciones, ampliamente extendidas, pero de baja intensidad, pueden hacer casi imposible que los mecanismos internacionales se hagan efectivos. Esto es un problema de tipo empírico, ya que, a pesar de la reducción progresiva de la potestad soberana—o la aceptación soberana de reducción o limitación de la misma como diría Salomon (2010)—, la soberanía en sentido pragmático permanece aún incuestionable y sigue siendo el elemento esencial a la hora de la aplicación de las normas de *Dh*. El concepto formal de igualdad jurídica de los Estados y de soberanía ante una distribución más difusa de competencias entre Estado, individuos, organizaciones internacionales y otros sujetos sigue siendo un hecho indiscutible.

Para analizar la relevancia de las violaciones de baja intensidad a los *Dh*, rescato el término “*on the ground*” del trabajo de Hersant & Vigour (2017), quienes tratan sobre la política judicial en el ‘terreno’.²¹⁶ Los autores sugieren que la judicialización de la política consiste en un proceso mediante el cual, los jueces y los tribunales, generan, o comienzan a tener mayor presencia en la generación de políticas públicas. Este proceso, por lo regular, tiende a adoptar un acercamiento macro, o de arriba hacia abajo, es decir, tiende a concentrarse en tribunales superiores y en la revisión constitucional. Sin embargo, al concebir a los jueces como cualquier otro actor político, se pueden explorar las políticas judiciales desde la perspectiva de la interacción diaria entre ellos y otros operadores, los usuarios del sistema, e incluso de otras autoridades administrativas involucradas, partiendo desde el terreno, es decir de abajo hacia arriba. Mediante el examen de las prácticas y dinámicas jurídicas y administrativas entre los distintos sujetos que interactúan en el sistema, se puede determinar en qué momento estas prácticas y dinámicas constituyen el fundamento de la elaboración de políticas judiciales, y permite analizar dichas interacciones dentro de los tribunales a nivel micro político, en conjunción con dinámicas y conflictos macro políticos (políticas públicas y reformas legislativas, etc.).

Me parece fundamental hablar de la experiencia política en el terreno, ya que, como en la formulación de las políticas judiciales, los *Dh* conllevan una convergencia de actores, generando experiencias que, por lo regular, ocurren en focos micro políticos, a nivel comunitario, a nivel del terreno, donde víctimas y autoridades experimentan cara a cara los *Dh*. Es por eso que en las experiencias *on the ground*—o en los focos micro políticos—de los *Dh*, los jueces son generadores de políticas a nivel del terreno, y por lo tanto, pueden representar una importante expresión de las

²¹⁶ El trabajo citado, a su vez parte de la formulación del concepto “burocracia a nivel de calle” o *street level bureaucracy* [SLB] de Lipsky (1980), que analiza las acciones de los agentes del poder público en su interacción con los ciudadanos, considerando que las políticas públicas realmente se generan en la interacción diaria, entre dichos agentes y los ciudadanos.

políticas a nivel macro, es decir del Estado en sí.²¹⁷ De ahí la relevancia de transitar de un discurso anquilosado de jerarquías que fluye de arriba a hacia abajo, a generar una nueva política desde el terreno, que pueda modificar el discurso de los *Dh*, teniendo incluso, trascendencia a nivel internacional.

9.2. Hacia una interpretación alternativa de las jerarquías normativas y de la supremacía constitucional

El Estado sigue siendo el epicentro del foco micro político de los *Dh*, y por ello es necesario hablar del Estado, y de preocuparnos por la aplicación e interpretación de normas en los casos concretos. Es menester, entonces, buscar alternativas que permitan alejarnos de los criterios interpretativos que aún se fundamentan en la figura tradicional del Estado como *non plus ultra*, asumiendo que, si bien la figura del Estado se ha modificado profundamente, también es necesario rescatar su relevancia en la experiencia micro política de los *Dh*.

9.2.1. Abandonando las jerarquías

Los intentos por explicar la soberanía y la supremacía de las normas constitucionales en el nuevo orden universalista no han podido alejarse de una visión añejada de jerarquías. Como dice Koskenniemi (1997, p. 567), cualquiera que sea la diferencia entre las escuelas del Derecho, todas

²¹⁷ Aunque los jueces fueron considerados por Lipsky (1980) como agentes de su SLB, de acuerdo a Biland & Steinmetz (2017), las condiciones generales tienden a distinguir a los jueces de otros “burócratas” como trabajadores sociales, maestros y oficiales de policía. En cuanto a su posición hacia los usuarios, los encuentros entre el profesional del Derecho y el ‘cliente’ están marcados por algún tipo de distancia, es decir, pertenecen a un grupo dotado de un estatuto más alto y con más poder de decisión que la mayoría de los burócratas en el terreno.

ellas conciben al Derecho en términos jerárquicos—con sus diferencias en los aspectos sistémicos—, y cada una entiende al Derecho como una elaboración de relaciones de carácter normativo superior o inferior, conceptualizadas en términos de lo que es bueno o correcto, y lo que es malo o incorrecto; lo que es válido y lo que no; y lo que funciona y lo que no.²¹⁸ El intento de establecer jerarquías permite, efectivamente, obtener soluciones parciales y temporales de conflictos particulares, pero nunca soluciona las tensiones subyacentes (p. 572).

Koskenniemi (p. 572) considera que la visión de la soberanía como un “paquete de derechos” asignado al Estado por medio de un ordenamiento jurídico puede ser un retrato adecuado de cierta normalidad, pero no capta la capacidad de la ‘soberanía’ de determinar cuáles son esos derechos. El significado del corpus de los *Dh* es, en este sentido y según el autor, profundamente ambiguo, ya que, por un lado, parece una dramática restricción de la soberanía estatal, pero por otro, su existencia parece depender completamente de las decisiones de los Estados que definen, limitan y permiten la realización de ellos en la práctica. El argumento repetido incesantemente en el *Di*, de que las obligaciones de los Estados no son limitaciones de soberanía, sino que son emanaciones de ella misma, es la mejor evidencia de la oscilación constante de concebir al derecho como jerárquicamente superior a la condición de Estado y viceversa.

El Derecho continúa estableciendo jerarquías y proporcionando los recursos para invertirlas, aunque esto no signifique la existencia de una práctica jurídica generalizada. La hermenéutica de los textos y de la práctica jurisprudencial, provee matrices sofisticadas para entender la interpretación como una práctica de intercambios intertextuales; nunca totalmente determinada por el contexto—o el texto—, pero tampoco totalmente libre. Sin embargo, es difícil

²¹⁸ Koskenniemi (1997) considera que la jerarquía significa diferencia desde una óptica normativa, pero no existe tal cosa como jerarquía normativa.

afirmar la capacidad de la hermenéutica de proporcionar más que una perspectiva externa del Derecho, superficialmente consoladora y potencialmente conservadora (Koskenniemi, p. 579).²¹⁹

Es necesario, entonces, abandonar un criterio jerárquico en la aplicación de *Dh*, como la teoría del “desdoblamiento funcional” de Scelle, en donde las relaciones entre distintos ordenamientos jurídicos componen una comunidad mundial, pero donde existe una jerarquía y todos los ordenamientos jurídicos nacionales están sujetos al ordenamiento jurídico internacional que, considera, superior al nacional (Cassese, 1990). De la misma forma, no podemos seguir analizando los *Dh* en el contexto de la *Sc* tradicional. Antes bien, debemos adoptar una visión que no considere planos jerárquicos, más allá de la convergencia armónica que “asegura y refuerza” la protección de los *Dh* (Aponte Núñez, 2014), y deberíamos verlos como la pugna entre dos ordenamientos que están profundamente influenciados por sus respectivas políticas, y en donde la solución a los problemas se da en el análisis del caso concreto.

Efectivamente, la paulatina ‘pérdida de soberanía’ estatal frente al *Di*, aparentemente convive de manera armónica con los límites, impuestos por la *Sc*, a las disposiciones de la normativa internacional. Lo anterior muestra una marcada oscilación y reversibilidad de criterios jerárquicos de aplicación de normas. De tal forma, las normas internacionales, específicamente de

²¹⁹ Koskenniemi (pp. 579-582) opina que la práctica y doctrina jurídicas dinámicas, no sólo deberían preocuparse por las dificultades para lograr una fusión de horizontes que permita una reproducción no amenazadora de las jerarquías jurídicas en otros contextos, sino que, se centraría en los mecanismos de producción e inversión de jerarquías en el campo del discurso jurídico. Para ello propone un enfoque crítico que pondría en duda la identificación de las unidades de discurso o *topoi*, así como los niveles jerárquicos comparados, no acabar con la reversibilidad de las jerarquías— lo que considera imposible—, sino para revelar las complejas estrategias mediante las cuales las prácticas sociales asumen una actitud aparentemente natural y estable. Pero más específicamente, participaría en lo que podría llamarse una estrategia de dividir el *topoi* y desplazar jerarquías, que se enfoca directamente en la construcción social del yo y de la alteridad, de los principios de identificación y separación comunal, dentro del *Di*. Esta estrategia analítica serviría para examinar el funcionamiento de dichos mecanismos, revelando las prioridades y principios de valor político. Sin embargo, el autor acepta que, si bien la estrategia agudiza el modo de control y aumenta el rigor, por sí misma, no conduce a mejores decisiones, y, de hecho, acepta que la toma de decisiones jurídicas no es, estrictamente, una actividad regida por reglas. Para él, si el Derecho fuese simplemente una aplicación de jerarquías para presentar acontecimientos, socavaría la individualidad de los casos para imponer la homogeneidad sobre la diferencia, consagrando una cultura burocrática de obediencia.

Dh, siempre corren el riesgo de perder la batalla de las jerarquías y terminar sometidas a normas constitucionales, incluso cuando su alcance pueda ser inferior, o éstas sean más limitativas.²²⁰

9.2.2. Interpretación restrictiva y el ‘valor’ de la norma

Frente a una concepción absoluta de la soberanía, el desarrollo del *Di* fue modificando las reglas de interpretación entre los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Cuando aún el concepto de soberanía se consideraba la base de la organización política interna de un Estado, así como de todo el ámbito internacional, la soberanía del Estado era el principio y el fin del *Di*, y por ende se prefirió una “interpretación restrictiva” de las normas internacionales a favor del Estado (Crema, 2010). Esta opción interpretativa a favor del Estado, como se veía desde Grocio, consistía en restringir el significado de un texto favoreciendo las verdaderas intenciones de las partes (Grotius, 1814). Durante la era de interpretación restrictiva a favor de la soberanía, el *Di* insistió en una visión centrada en el Estado, la cuál fracasó conceptualmente para retener solamente un lugar residual en el orden internacional (Crema, 2010).

Así, después de una era nacionalista, se buscó una interpretación en favor del *Di*, la cual se percibe generalmente como el factor fundamental en el establecimiento de un orden jurídico internacional (Crema, 2010). Como resultado, actualmente prevalece una nueva interpretación restrictiva de la soberanía como expresión de los nuevos valores emergentes en el *Di*, firmemente orientada al ‘valor’ de la norma, que se justifica para facilitar un nuevo consenso político que abarque una concepción más amplia de la sociedad, contra un viejo *statu quo*, que no tuvo en cuenta una parte importante de ella (Crema, 2010). La adopción de un método interpretativo

²²⁰ Vuelvo aquí, a mi ejemplo sobre México y la C.T. 293/11.

orientado al ‘valor’ de la norma, representó una nueva actitud interpretativa emergente, en donde la interpretación más favorable a la parte privada debía preferirse, y en donde se prefería una interpretación favorable al orden internacional en contra de los intereses del Estado (Crema, 2010).

En efecto, en una interpretación más amplia del *Di* se debería garantizar una suerte de ‘ciudadanía’ igualitaria, tanto dentro de una gobernanza internacional, como dentro de la organización política local, en donde las libertades individuales y sociales deban ser aseguradas, y en donde los distintos actores puedan existir e interactuar a un mismo nivel. Y en este sentido el Derecho debe actuar entre ellos, preservando un espacio de libertad o de decisión, de forma que la interpretación del *Di* debe reflejar posiciones de igualdad y la necesidad de un margen de interpretación en situaciones concretas, como censor independiente de posibles abusos, pero no como un agente partidario de una de las partes (Crema, 2010).²²¹

Pero aunque el concepto de soberanía ha estado siempre bajo un fuerte escrutinio, sobre todo por el carácter absoluto que permitió que se cometieran grandes atrocidades, esto no implica *per se* la inutilidad del Estado (Crema, 2010).

[E]l Estado, como representante de la organización política nacional de un pueblo, es también el último dique entre la sociedad civil y las olas provocadas por malos jugadores poderosos que actúan dentro o por encima de esa sociedad. Un derecho internacional que reconozca este papel del Estado puede reconocer cuándo interpretar en favor del Estado (y la

²²¹ Al respecto, Crema (2010) cita la decisión de la Comisión Europea en *Lawless v. Ireland*, en donde se establece que teniendo en cuenta la alta responsabilidad que un Gobierno tiene ante su pueblo para protegerle contra cualquier amenaza a la vida de la nación, es evidente que una cierta discreción—un cierto margen de apreciación—debe dejarse al Gobierno para determinar si existe una emergencia que ponga en peligro la vida de la nación, y para determinar si debe ser enfrentado por medidas excepcionales que limiten sus obligaciones normales bajo un tratado internacional.

sociedad civil representada por él) y el momento de interpretar contra el Estado (y sus abusos) (Crema, 2010).

El margen interpretativo que se propone ante la interpretación restrictiva de la soberanía, es literalmente un espacio que divide los sujetos pertenecientes a diferentes sistemas, no como principio sustantivo—como sería la soberanía—, sino en donde se refleja la tolerancia y el grado de libertad entre los distintos sistemas, es decir un margen de los diferentes sistemas jurídicos igualmente competentes y responsables para lidiar con problemas concretos (Crema, 2010).

Sin bien, la regla de interpretación restrictiva a favor de la soberanía estatal ha perdido vigencia en el entorno internacional,²²² debemos considerar que si la interpretación es una expresión contingente de los ‘valores’, siempre existe la posibilidad de la aparición de una nueva expresión de la regla, correspondiente a nuevos ‘valores’ (Crema, 2010). Así, el surgimiento de nuevos ‘valores’ pueden, bien, llevar al resurgimiento de una bonanza interpretativa a favor de los intereses del Estado.

En este sentido la *Sc*, una de las expresiones más grandes de la soberanía nacional, históricamente acotada frente a la consolidación del orden universalista, puede también recuperar su ‘hegemonía’, cuando una interpretación basada en un ‘valor’ establecido sea modificada ante otros ‘valores’ emergentes. Ante ello, la práctica del ‘margen interpretativo’ comúnmente enfocado en la preferencia de una parte sobre otra, no sería suficiente ante un resurgimiento global de los sentimientos nacionalistas, y por ello son necesarias alternativas concretas con soluciones empíricas.

²²² Por poner un ejemplo, podemos mencionar el caso de la Corte Permanente de Arbitraje ("Iron Rhine Arbitration," 2005), en el que se estableció que la doctrina de la interpretación restrictiva nunca tuvo una supremacía jerárquica, pero era una técnica para asegurar un adecuado equilibrio de la distribución de los derechos dentro de un sistema de tratados.

9.2.3. *La supremacía relativa*

Por otro lado, la interpretación contemporánea del concepto de *Sc* ha transitado hacia una concepción alternativa, la “supremacía relativa”. La supremacía relativa se volvió un tema de importancia principal, sobre todo a raíz de la integración de la Unión Europea [en adelante UE], por el hecho de que la legislación europea tenía aplicabilidad directa en los Estados miembros, de manera paralela con las constituciones y toda la legislación estatal, con el riesgo latente de conflictos normativos.

Schütze (2015a) explica que al concurrir la legislación europea, con aquella de un Estado miembro en un caso concreto, dos voluntades legislativas entran en conflicto, por lo que cada ordenamiento jurídico debe determinar, primero, cuándo surge dicho conflicto, lo que se ha conocido como el ‘principio de anticipación’ o *pre-emption*; y segundo, cómo estos conflictos deberán resolverse, o ‘principio de supremacía’. En este sentido, la UE considera que su legislación prevalece sobre toda legislación nacional, es decir, una supremacía absoluta, mientras que los Estados miembros consideran que cierta legislación estatal puede prevalecer sobre la legislación europea, es decir, consideran que la supremacía de la legislación de la UE es relativa (Schütze, 2015a).

En este contexto, la resolución de conflictos legislativos requiere de una jerarquía de normas, y la solución más común—la “solución centralizada”—, es que los conflictos se resuelvan a favor de una ley considerada de mayor jerarquía (Schütze, 2015b).

Según Schütze (2015b) esta solución se ha vuelto tan arraigada en nuestra mentalidad constitucional, que tendemos a olvidar que una “solución descentralizada” también es posible, es decir, aquella donde una norma considerada de inferior jerarquía pueda prevalecer por sobre una

considerada superior. En el formato más simple de la supremacía absoluta, todas las leyes de un orden jurídico determinado son superiores a todas las leyes de otro, sin embargo, una supremacía relativa puede tomar en cuenta el sistema jurídico considerado “menor” o bien el de la comunidad política más grande (Schütze, 2015b).²²³

El formato que propone Schütze (2015a, 2015b) establece que un orden considerado jurídicamente ‘inferior’, pueda tener prevalencia sobre uno considerado ‘superior’ en determinadas circunstancias. Así, el *Di* de la UE prevalecería sobre una Constitución nacional, de la misma forma que la Constitución de un estado europeo—por ejemplo—prevalecería sobre la ley de la UE atendiendo al caso concreto.²²⁴

Tanto la supremacía relativa como el principio de interpretación restrictiva de la soberanía pueden ser grandes herramientas para abordar el conflicto normativo entre ordenes jurídicos distintos, ya que la primera ataca el problema de las jerarquías al concebir la aplicación de normas inferiores por encima de aquellas consideradas superiores por un orden jurídico determinado. A su vez, la interpretación restrictiva orientada al ‘valor’ de la norma, es más favorable a la parte privada, y al orden internacional en contra de los intereses del Estado. Sin embargo, ambos manifiestan carencias que les impiden atajar de manera radical los problemas fundamentales que les dieron origen.

Si bien el concepto de supremacía relativa pretende solucionar problemas a la luz de la aplicabilidad de normas de diferentes jerarquías, no ataca la jerarquización de las normas en sí.

²²³ En concreto, varios Estados miembros han argumentado que la legislación europea no puede transgredir los derechos fundamentales establecidos en las constituciones de los Estados miembros (Schütze, 2015b). Si bien lo que plantea Schütze (2015a, 2015b) pareciera contrario a al objetivo que planteo, en realidad no lo es. Aunque en los anteriores párrafos se discuta la posibilidad de prevalencia ocasional del *Dn* sobre el *Di*, el trasfondo no está en aquellos órdenes jurídicos como tal, sino la posibilidad de que un orden considerado jurídicamente inferior, pueda tener prevalencia ocasional sobre aquel considerado superior.

²²⁴ Se debe reconocer que una aplicación extensiva de este principio funcionaría en dos sentidos, es decir entre el *Di* y el *Dn*, así como entre el *Dn* y el derecho de local o una provincia, por lo que eventualmente una constitución local podría tener primacía sobre la constitución federal.

Por otro lado, la interpretación restrictiva, aunque esquivada el problema de la jerarquía de las normas, anclando su margen interpretativo en el ‘valor’ de la norma, no ofrece una respuesta ante la posible emergencia de nuevos ‘valores’, que incluso puedan resultar contrarios a los principios de los *Dh*.

9.2.4. Herramientas prácticas alternativas a la jerarquía normativa

La práctica jurisdiccional ha desarrollado alternativas para interpretar los *Dh* alejándose de la visión jerárquica de las normas, por ejemplo, con el criterio de mayor beneficio, establecido por el Pacto de San José en su artículo 29 que contempla la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos ("Cabrera García y Montiel Flores vs. México," 2010; OEA, 1969), o bien con el criterio de mejor concreción empírica, que nos propone dar efectividad a la concreción en el caso en cuestión y dotar a la norma de un efecto útil (Nogueira Alcalá, 2015). En *Dh*, el *effet utile*,²²⁵ o la efectividad, supone realizar la interpretación de una manera que procure garantizar que los derechos y las libertades se apliquen de una manera que sea ‘práctica y eficaz’ para los reclamantes, esto es, ir más allá de una aplicación pasiva y tomar medidas para proteger los derechos o garantizar que las personas puedan gozarlos (Rietiker, 2010), de manera que los derechos sean prácticos y eficaces, y no teóricos e ilusorios ("Scoppola v. Italy (No. 2)," 2009).²²⁶

²²⁵ Según Rietiker (2010) originalmente esta regla implica que los redactores de un tratado han adoptado una norma para su aplicación y, por tanto, el juez tiene que elegir, entre diferentes posibilidades, la interpretación que mejor garantice la eficacia del tratado "*ut res magis valeat quam pereat*". En ocasiones, también, se ha preferido el uso de la palabra *effet pratique*. Sin embargo, Rietiker explica que a través de la jurisprudencia de la TEDH este concepto ha sido desarrollado, como el garantizar la "efectividad" de la aplicación de una norma de *Dh* en beneficio del quejoso (pp. 256-257).

²²⁶ El TEDH expresa esta idea de la siguiente forma: "It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would risk rendering it a bar to reform or improvement" ("Scoppola v. Italy (No. 2)," 2009 §104).

En suma, estas herramientas facilitan que la búsqueda de la solución concreta no se realice con base expresa en la ponderación de normas, sino en cuanto a su aplicabilidad empírica, esto es, la adopción de un criterio más allá de su ‘jerarquía’, su ‘valor’, e incluso de su *statu* dentro del orden jurídico, siempre que conlleve al mayor y más amplio beneficio de la persona.

En materia de *Dh*, la doctrina y la práctica judicial han ido moviéndose cada vez más, no sólo a la ponderación de normas internacionales por encima de las internas, sino a la generación de normas nuevas que no existían formalmente, a través de estas y otras herramientas hermenéuticas. Por ejemplo, con el *ppp*, se ha ampliado la extensión de muchos derechos existentes en instrumentos internacionales, y se han consagrado nuevos, e incluso, se han establecido nuevos deberes de los Estados en el plano internacional (Drnas de Clément, 2015).²²⁷ En la aplicación del *ppp*, se adopta una especie de “criterio de primacía” que no sólo pondera normas, sino también criterios que no siempre cuentan con el carácter formal de norma, esto cuando dicho criterio ofrezca una aplicación empírica concreta que resulte de mayor beneficio.

El principio [...] consagra que es válida y necesaria la regla que determina el preferir, seleccionar, favorecer y tutelar la aplicación de aquella norma jurídica que mejor asegura, garantiza y promueve los derechos de la persona, lo que implica acudir a la norma más protectora y garantizadora de los derechos y la interpretación que mejor los asegure, garantice y promueva. El principio [...] se concreta también en la directriz “favor libertatis” que lleva a interpretar la norma en el sentido más favorable a la libertad y la eficacia y optimización jurídica de la norma, asimismo,

²²⁷ Por ejemplo se han consagrado nuevos derechos relativos a la dignidad humana, el proyecto de vida, los derechos territoriales de comunidades aborígenes; al derecho a la verdad, y al alcance de los derechos económicos, sociales y culturales, entre otros (Drnas de Clément, 2015).

inversamente, cuando se trata de normas que tienen por objeto restringir o limitar el ejercicio de derechos, además de estar constitucionalmente justificadas y legalmente configuradas, ellas deben interpretarse en forma restringida y nunca analógicamente (Nogueira Alcalá, 2015).

9.2.5. Más allá del principio pro personae

Una de las herramientas más viables que hemos analizado como alternativa a la visión tradicional de la *Sc* es el *ppp*. Como dice Drnas de Clement (2015), la esencia del *ppp* es ser una regla general, subyacente a todo el derecho de los *Dh*, la que, “vía interpretación o adecuación normativa”, asegure que en toda decisión se alcance el resultado que “mejor proteja a la persona humana”, no como principio absoluto, sino relativo, que no admite una aplicación estandarizada en sentido lineal. Así los tribunales ya sea nacionales o internacionales, a través de él, buscan “simetrías”, para que “su pronunciamiento a favor de la víctima no vaya en detrimento del derecho de otros”, y al contrario “maximice las posibilidades de realización del conjunto de derechos que conforman el sistema de protección de los derechos humanos” (Drnas de Clément, 2015).

La conclusión lógica, es que los *Dh* son derechos fundamentales de los individuos, derechos básicos que pertenecen al humano en virtud de ser humano, arraigados y existentes sólo para él, y el *ppp*, simplemente, reconoce esta particularidad esencial (De Oliveira Mazzuoli & Ribeiro, 2014).

Pero después de un análisis crítico ¿cómo podríamos simplemente aceptar que uno de los principios más radicales y transgresores del *statu quo* del Derecho—como lo es el *ppp*— ‘simplemente reconozca’ la particularidad esencial de que los *Dh* pertenecen al humano en virtud de serlo? Como hemos visto desde Marx (1963), la línea de análisis crítico acusaba la errónea

concepción del humano de los derechos, del hombre separado del otro y de la comunidad. El humano, constructo determinado del ciudadano normal y abstracto de la democracia burguesa (Kennedy, 2002, p. 214), que se nos presenta como un ser único, completo, digno, plenamente consciente de sí mismo y transparente, no es más que un ser fragmentado y vulnerable, disperso en sus posiciones subjetivas; es una proyección de un ser vacío y abstracto, un “uno” dividido, carente y opaco ante sí mismo (Douzinas, 2000, 2012).

Como explica Douzinas (2012, p. 72), los *Dh* como los entiende la epistemología jurídico política dominante desde el modernismo, no ‘pertenecen’ a los seres humanos, sino que los construyen. Por ello, ese humano abstracto, carente de historia y de contexto, convertido en fundamento de sí mismo y de la realidad, debe recobrar su identidad perdida, el ser real que fue sacrificado con su clase, género y características étnicas (Douzinas, 2000).

Se requiere entonces pensar de otra manera, partiendo del paradigma—que no es ni capitalista ni comunista—de que la “vida” no puede ser regulada por la economía ni por el Estado (Mignolo, p. 179). Cambiar el enfoque nos permite superar las formas en las que hemos pensando los derechos (de gentes, del hombre y del ciudadano, de la raza humana) y empezar a pensar primero en la dignidad. Los derechos estarán al servicio de la dignidad, y la dignidad responderá a la pregunta de, quién habla por el “humano” en los *Dh* (p. 178).²²⁸

Más aún, la defensa de los *Dh* engendra y oculta su violación por los mismos actores e instituciones que se reivindican como sus salvadores, y, en consecuencia, la declaración y la acción en favor de los *Dh* no impide futuras violaciones. En el mejor de los casos, asegura que los autores sean castigados, en el peor, justifica las violaciones a dichos derechos (Mignolo, 2014, pp. 162-

²²⁸ Los derechos que concibe Mignolo (2014, p. 179) surgen en lugares y personas concretas que sufren las consecuencias de las miserias y esplendores de la civilización occidental, pero el cambio de paradigma puede ocurrir cuando la víctima se convierte no sólo en el salvador, sino que también se desvincula del proceso de las categorías de conocimiento que generaron la historia de los “derechos”

164). Por ello, los *Dh* después de un análisis crítico serían derechos ejercidos por personas y colectividades como miembros de una comunidad y de un Estado, con participación en la vida política (Marx, 1963, p. 23), cuyas identidades concretas provienen de lo contingente y de la combinación de posiciones mutables, que no necesariamente son generalizables y compartidas por otros (Douzinas, 2012, p. 75). De tal forma, en una concepción alternativa, los derechos no pueden ser definidos ni regulados de acuerdo con la experiencia de un *expertise* jurídico, cuyo razonamiento cae en las opciones hegemónicas coexistentes (p. 174).

Por consiguiente, una búsqueda de solución empírica para la limitación de estos derechos críticos, debería también dejar atrás los mecanismos tradicionales para plantear alternativas a una concepción más crítica de los *Dh*.

En efecto, el *ppp* es una técnica hermenéutica fundamental para destruir las formas jurídicas nocivas y anquilosadas del *establishment* del *Di* y del *Dn*, ya que permite inducir interpretaciones que den nueva forma a viejos derechos, e incluso que incorporen nuevos derechos—si fuera necesario— (Wall, 2014).²²⁹ La aplicación del *ppp* ha alejado, sin duda, la interpretación de los derechos de una base jurídica formalista. Sin embargo corre el riesgo de repetir el mismo error que han cometido los *Dh* desde su nacimiento, si terminan por reconocer la humanidad estática, reinante desde el modernismo hasta el cosmopolitismo, o, en palabras de Douzinas (2013, p. 62), el mínimo reconocimiento de humanidad abstracta, equivalencia formal y responsabilidad moral.

²²⁹ Además de una posible alternativa ante la proliferación de los derecho que critica Douzinas (2013), el *ppp* es también una alternativa a la “proliferación de tribunales internacionales” mediante la fertilización cruzada, en donde tribunales de distintos órdenes jurídicos pueden aplicar normas de *Dh* sin importar la fuente (Drnas de Clément, 2015).

Si bien, una herramienta hermenéutica como es el *ppp* es la mejor alternativa disponible hacia el abandono de los principios esclerotizados de *Sc* y las jerarquías normativas ¿qué podemos hacer ante su detracción para beneficiar intereses ajenos a la protección de la persona humana?

9.3. Los criterios de primacía y de exterioridad de los derechos humanos

Con base en los argumentos esgrimidos en capítulos anteriores y hasta ahora, afirmo que, dentro de un contexto de operatividad jurídica regular, en los conflictos normativos en materia de *Dh*, son las normas las que entran en conflicto, pero no el principio nuclear del derecho. Esto quiere decir que son dos presupuestos normativos los que colisionan sin que se afecte el núcleo del derecho. Esto se asemeja a la aseveración de Cianciardo (2007) de que, en el conflictivismo, son las normas y no los derechos en sí, los que colisionan. Así, en un caso común, el juzgador puede simplemente acudir al núcleo del derecho para determinar si, éste, es afectado por una norma restrictiva o no.

Sin embargo, hay instancias en que el principio nuclear del derecho también puede ser alterado. En efecto, en tanto que la dimensión interior del derecho está abierta al uso político, esto significa que también el principio que se encuentra en el núcleo del derecho, se encuentra en riesgo de afectación. Por ello cualquier interpretación de colisión de normas que pueda afectar el principio nuclear debe buscar un criterio que permita salvar al derecho, ya que, nuevamente, en estado interior todos los derechos son abiertos y porosos a intrusiones externas.

9.3.1. *Del principio pro personae al criterio de primacía relativa*

En tanto que ninguna norma se debería considerar suprema en materia de *Dh*, el análisis hermenéutico de los *Dh* no debe percibirse en términos de jerarquías y supremacías normativas. Por ello, partiendo de la figura del *ppp*, propongo elevar su aplicación a un nuevo criterio hermenéutico, el de primacía relativa.

Concebir a los *Dh* bajo un criterio de primacía relativa permite, no sólo determinar de manera práctica qué norma resulta de mayor beneficio *per se*, sino que debe determinarse como tal, en su situación concreta dentro del orden jurídico, es decir en su interacción con otras reglas y restricciones de aplicabilidad. Aunque una norma, en apariencia formal, pueda ser de mayor beneficio a una persona, se debe analizar la posibilidad de su aplicación empírica—como de alguna forma lo buscan, también, el *effet utile* y el criterio de mejor comprensión empírica—, y cuando exista una aplicabilidad mayor y mejor, ésta debe tener primacía frente a otras normas.

En este caso, se estaría hablando, como lo menciona Nogueira (2015), de una “preferencia normativa”, para aportar una “solución práctica [...] respecto al supuesto de colisión de normas”, desplazando “la tradicional discusión del conflicto entre las normas de origen internacional y las de origen interno”, y de la misma forma, ayuda a superar el debate de las jerarquías, pues en este caso lo importante es “la aplicación de la norma que mejor dé vigencia a los derechos humanos sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico”.

Así, la norma más favorable o la interpretación, aún externa al marco jurídico aplicable, tiene preferencia una antes que la otra, pero no por encima de otra. Es decir, en materia de *Dh* la primacía la tendrá aquel criterio que, en el momento y en el caso concreto, tenga mayores posibilidades de concreción empírica, y si, por medio de la interpretación, se determina una

aplicación que sea de mayor alcance que la norma existente, es decir que nos arroje una noción, quizá distante pero cierta, de justicia, se debería entonces aplicar dicha interpretación, antes que la norma emanada directa o indirectamente de la Constitución, o viceversa.

Por ello considero esencial adoptar el criterio de primacía relativa como una herramienta de preferencia de normas, y concebirle como el siguiente estadio del *ppp*. Pero para consolidarse como una verdadera herramienta hermenéutica crítica, el criterio de primacía relativa debe, a su vez, abandonar la concepción tradicional de los *Dh*, y avocarse a buscar un sustento, también crítico, para determinar la aplicabilidad de un nuevo criterio empírico al caso concreto. Este sustento crítico que puede dotar de relevancia al criterio de primacía, como herramienta hermenéutica, es el derecho salvaje.

Aplicando el criterio de exterioridad—desarrollado extensivamente con anterioridad—, la aplicación de la imagen de un derecho salvaje desvelado, no debería seguir un criterio de jerarquía normativa, sino que se debería adoptar un criterio de primacía para la interiorización de dicho derecho.

Así, como explica Henderson (2004, p. 93), la regla tradicional de la jerarquía, cedería frente a la conveniencia de otra norma o interpretación de un derecho, sin problemas de ‘ilegalidad’, pues aquella norma ‘superior’ permitiría la aplicación de otra norma más protectora. Con ello, tampoco se pondría en riesgo algo que los constitucionalistas tradicionales temen fuertemente, la declaración de inconstitucionalidad *prima facie* de una norma, sino que el ejercicio interpretativo en el foco micro político permitiría aplicar una solución más favorable a un caso sin impugnar otras normas de posible aplicación (Bigliani & Bovino, 2008). Empero, aunque las anteriores formulaciones son ciertas en la aplicación del *ppp*, considerar el criterio de primacía tras

la búsqueda de exterioridad, permitiría su consecución sin poner en riesgo su desgaste y detracción política como, sabemos y hemos visto, puede ocurrir en la aplicación del *ppp*.

9.3.2. El criterio de exterioridad o la búsqueda del derecho salvaje

Si pretendemos atacar frontalmente la estructura jerárquica anquilosada del Derecho, debemos preguntarnos si las herramientas técnico jurídicas que nos ofrecen los mecanismos de protección a los *Dh* son suficientes en el caso concreto, y no sólo, como dice Douzinas (2013), para generar reordenamientos marginales de las jerarquías sociales y la redistribución inofensiva de los productos sociales, despolitizando el conflicto, y removiendo la posibilidad de cambio radical.

Así, antes de reconocer como fin último al “humano” abstracto, se debería regresar a la consideración de las características individuales, cuya existencia empírica y cumplimiento no dependa de genealogías, jerarquías de poder y contingencias que desestimen las expectativas y las necesidades (Douzinas, 2013, p. 62). Por ello la posibilidad radical que nos ofrece el principio de exterioridad puede, en efecto, confirmar el axioma de Douzinas (2013) de que el fin de los *Dh* es “resistir la dominación pública y privada y la opresión” y, además, demostrar sus tesis para su análisis alternativo donde:

1. La idea de la humanidad no tenga un significado fijo y que no pretenda actuar como la fuente moral de normas jurídicas;
2. Se pueda cerrar la brecha entre el individuo abstracto y el ser humano concreto, y no se extiendan los privilegios y dignidades del poderoso a la humanidad empírica;

3. Los sistemas políticos y sociales no se hegemonizan transformando sus prioridades ideológicas en principios y valores universales
4. Se enfrente a la ontología de la igualdad singular;
5. Las tensiones políticas y sociales no se transformen en un conjunto de problemas resueltos y regidos por reglas;
6. Se evite la publicitación y legalización del deseo sin consideraciones por las características individuales
7. Se regrese a la tradición de resistencia y conflicto, y de igualdad radical.

Sin embargo, para atacar la arrogación y esclerotización de los *Dh*, se debe atender a un criterio más profundo—o más exterior; haciendo una interpretación que pretenda alcanzar aquella idea/intuición de la posibilidad más radical del derecho, pero no dirigido a una humanidad monolítica, sino con una aplicación basada en la exterioridad misma de los *Dh*.

En la búsqueda del derecho salvaje, el principio de exterioridad no tomaría en cuenta una jerarquización de normas, ni un beneficio mayor al ser humano, sino una interpretación que busque traducir la exterioridad, para dar primacía a un criterio que resulte igual o mayormente favorable de manera empírica, y que busque la posibilidad concreta, antes que preservar el *statu quo* de la norma jurídica que establezca ese derecho. Una interpretación que busque atacar la raíz del problema, ya no como norma jurídica formal, sino como una intuición de la mejor aplicabilidad empírica a través de la búsqueda de la exterioridad del derecho.

Entonces, debemos abandonar aquella noción de que las técnicas hermenéuticas buscan solucionar conflictos entre normas, eligiendo una por encima de la otra para el beneficio de una parte sobre la otra, pues no se debe olvidar que la naturaleza de los *Dh* es defender a la persona *in*

genere. Lo anterior sin caer en universalismos formalistas, ya que, en efecto, debemos considerar situaciones de vulnerabilidad y debilidad,²³⁰ y buscar la interpretación del derecho en cuanto a particularidades comunitarias, étnicas y culturales, y no como se ha pretendido afirmar, a cualquier tipo de colectividad reconocida como sujeto jurídico sin importar su naturaleza e intereses.

En este sentido, en la adopción del criterio de primacía relativa, el elemento fundamental sería, a su vez, la adopción del criterio de exterioridad, lo que nos llevaría a buscar, no la aplicación de una norma sobre otra, sino la imagen radical de un *dh*, en tanto empíricamente posible, sobre otra norma que vulnere el principio nuclear de aquel derecho. Es menester, entonces, evitar analizar los conflictos entre derechos desde un ‘valor’ inocuo. El criterio de exterioridad resulta un arma de lucha y reivindicación, y por ello, consiste en la mejor herramienta para traducir la búsqueda de exterioridad en cada caso concreto, aplicando un criterio de primacía relativa, para evitar la reivindicación de una humanidad vacía, y una humanización de lo no humano.

9.4. In fine: Entre la primacía y la exterioridad

A estas alturas puedo concluir lo siguiente: una interpretación que contiene una imagen más próxima al derecho salvaje, debe entonces tener primacía sobre otra norma sin importar su fuente o jerarquía. Pero no debemos olvidar que el tema de las fuentes y jerarquías es un tema extremadamente común en materia de *Dh*, dado el inmenso *corpus* internacional de disposiciones al respecto. Por ello, bajo un criterio de primacía, la norma constitucional tendría, efectivamente, una primacía, es decir, siempre se buscaría primero en la Constitución el alcance del derecho y determinar si, en su concreción empírica, se acerca más a la imagen de aquel derecho en su

²³⁰ Según Nogueira (2015) del *ppp* se desprende la directriz “favor debilis” es decir, la interpretación favorable a una parte que, en su relación con otra, se encuentra en inferioridad de condiciones o, no se encuentra en igualdad.

exterioridad. Pero dado que la primacía es relativa, los jueces que realicen un control difuso podrían ignorar la norma Constitucional que afecte y ponga en peligro el núcleo del derecho humano, incluso aplicando una norma de *Di*.

De tal forma, cuando una norma fundamental ataque directamente el núcleo de un *dh*, se debe invalidar el principio de *Sc*, y dar primacía a la norma o al criterio—en caso de no existir norma expresa—que tenga una proximidad mayor con el derecho salvaje en cuestión. No sólo en pro de la persona, sino en pro de la necesidad concreta que le da forma a ese derecho.

Conceptos tan abstractos necesitan una concretización empírica. Lo importante del análisis de exterioridad es que sea posible. De tal forma, es necesario que existan mecanismos adecuados para que los jueces tengan la capacidad de aplicar el principio en un caso específico. La clave, entonces, es determinar el proceso para desvelar el derecho salvaje. Esta ‘metodología’ consistiría en un proceso crítico que busque, precisamente, la exterioridad de un derecho concreto, con lo cual estaremos ante una imagen, quizá incompleta, del derecho salvaje. Ahora bien, sólo habremos desvelado el derecho salvaje cuando del análisis propuesto, resulte que la imagen de este derecho que tenemos al frente, el posible derecho salvaje, sea más próxima a su propia radicalidad que el derecho nuclear existente.

El derecho salvaje es más una intuición que un hecho racional, y el proceso para alcanzarlo sería más intuitivo que racional. Así, aunque el derecho salvaje no sea empírico, nos puede ayudar a solucionar problemas empíricos. Aún y cuando los derechos salvajes son radicales, particulares, y utópicos, existe la posibilidad de buscarlos. Al enfrentarnos a un problema entre una limitación o, bien, una falta de aplicabilidad, debemos tratar de vislumbrar la exterioridad, en la medida que nos sea posible. Así, cada juez, en cada caso donde un conflicto normativo ponga en riesgo el

núcleo mismo de un *dh*, debería efectuar un proceso de búsqueda de la exterioridad del derecho, y aplicarlo mediante los criterios de primacía y exterioridad.

9.4.1. ¿Hacia una ‘metodología’ del principio de exterioridad?

Siguiendo la lógica de mi postura frente al conflictivismo de derechos, vuelvo a afirmar que en un contexto de interacción jurídica regular, los derechos no entran en conflicto a nivel de su núcleo y sólo al nivel del *cortex*, es decir, son las normas de derecho y no el principio nuclear el que puede entrar en conflicto con otra norma de derecho.

Sin embargo, existen casos concretos en donde normas que establecen medidas restrictivas pueden afectar el núcleo del derecho. Una medida restrictiva puede fungir como reguladora o acotadora de un derecho, pero esto no necesariamente afecta el núcleo del derecho; y en estos casos, el análisis de dichos conflictos se daría a nivel del *cortex* mediante un análisis hermenéutico normativo. Pero cuando una norma restrictiva pueda afectar el núcleo del *dh*, entonces se requiere un nivel de análisis adicional para determinar si, en efecto, el núcleo del derecho es afectado. Si el núcleo no se afecta, entonces la medida restrictiva sería válida, pues esta sólo está actuando en la dimensión normativa del derecho, acotándolo o regulándolo, pero sin ponerlo en peligro. Sin embargo, si se determina que la medida afecta el núcleo del derecho, entonces se deberá aplicar el criterio de exterioridad.

En este nivel adicional de análisis, se deberá buscar la protección más radical y empíricamente posible, y determinar si, en efecto, la norma restrictiva está poniendo en peligro la última y más radical expresión del derecho, es decir, el derecho salvaje, y de ser así, la medida siempre deberá ser inválida. Pero, a diferencia del proceso de análisis de la dimensión normativa

en el *cortex* y en el núcleo del derecho, aquí habrá que alejarse de los elementos puramente normativos, es decir de lo que dicen la norma y el sistema jurídico general, y buscar sus subtextos, o lo que no dice. Por lo anterior, propongo un ejercicio deconstructivo para determinar, no sólo la dimensión normativa, sino también los subtextos de la norma restrictiva en cuestión. Esto quiere decir, hacer una lectura que permita encontrar aquellos elementos subyacentes que no se encuentran explícitos en el texto de la norma restrictiva, pero que le dan sustento.

Sin embargo, toda vez que no existe una metodología deconstructiva propiamente dicha, entonces ¿cómo es posible plantear la deconstrucción como una alternativa analítica en la búsqueda de la exterioridad del derecho? ¿Cómo pretender hacer uso de la deconstrucción como herramienta analítica cuando el mismo Derrida considera que la deconstrucción no es un análisis, ni una crítica, ni un acto, ni una operación, ni un método?

9.4.2. La deconstrucción como alternativa analítica

Como dije anteriormente, Derrida considera que la deconstrucción no es un análisis, ni una crítica, ni un acto, ni una operación, ni un método, y establece que la deconstrucción no es nada, y lo que no es la deconstrucción es todo (Andronico, 2012, p. 245). En palabras del propio Derrida:

De todas formas, y a pesar de las apariencias, la deconstrucción no es un *análisis* ni una *crítica*, y su traducción tendría que tomar eso en consideración. No es un análisis en particular porque el desmantelamiento de una estructura no es una regresión hacia un *elemento simple*, hacia un *origen no descomponible*. Estos valores, como aquellos del análisis, son en sí mismos, filosofemas sujetos a deconstrucción. Tampoco es una

crítica, en un sentido general o en un sentido kantiano. La instancia de *krianein* o *krisis* (decisión, elección, juicio, discernimiento) es en sí misma, como lo es todo el aparato de la crítica trascendental, uno de ‘temas’ u ‘objetos’ esenciales de la deconstrucción. Yo diría lo mismo sobre el *método*. La deconstrucción no es un método y no puede transformarse en uno. Especialmente si los significados técnicos y procedimentales de la palabra son enfatizados [...] [L]a deconstrucción ni siquiera es un *acto* o una *operación*. No sólo porque hay algo ‘paciente’ o ‘pasivo’ [...] No sólo porque no regresa a un *sujeto* (individual o colectivo) que tomaría la iniciativa y la aplicaría a un objeto, a un texto, a un tema, y así sucesivamente. La deconstrucción sucede, es un evento que no espera la deliberación, la conciencia u organización de un sujeto o evento de la modernidad. *Se deconstruye a sí mismo. Puede ser deconstruido* [...]

(Derrida, 2007, p. 6).

Entonces si la deconstrucción no es nada, y lo que no es la deconstrucción es todo ¿cómo podemos saber si la deconstrucción es ‘aplicable’ al proceso de interpretación jurídica? Y de serlo ¿cómo debe realizarse?

Dice Schlag (1990, p. 1651) que si entendemos ‘aplicar’ la deconstrucción al Derecho, en el sentido en que el Derecho entiende ‘aplicación’, como la de una norma al hecho, o bien en un afán multidisciplinario, como la de una doctrina externa a la disciplina jurídica—típicamente consistente en la adaptación de una gramática y un vocabulario conceptual externo—, deberíamos decir, entonces, que la deconstrucción no es ‘aplicable’ al Derecho. La ironía es que los desafíos potenciales y las contribuciones de disciplinas externas, comúnmente se neutralizan, porque tan pronto como estas se ‘aplican’ al Derecho, se subordinan y se transforman en la misma vieja forma

legal. Inmediatamente, acrítica e irreflexivamente, se les presiona para que presten servicio instrumental a fin de abordar una agenda pre establecida (generalmente normativa) de problemas legales. Así que hablar ingenuamente de una ‘aplicación’ de la deconstrucción derrideana al Derecho, sólo sería concebible una vez que la deconstrucción se hubiera transformado en una teoría, una técnica, un método o un tipo de interpretación, y ello es precisamente lo que la deconstrucción busca resistir y desplazar. Transformar la deconstrucción en teoría o método, sería reubicar la deconstrucción y confinarla a las matrices logocéntricas ya inscritas del pensamiento jurídico tradicional (p. 1656).

Según Andronico (2012, p. 244) los juristas han mal entendido a Derrida porque han usado la deconstrucción como cualquier otro ‘método’ que un ‘sujeto’ puede utilizar como solución a problemas internos a su ‘objeto’ de estudio. Un sistema coherente es una imposibilidad, y el Derecho no es una excepción. En tanto sistema, el sistema jurídico, no funciona. Y no se trata simplemente de reconocer la incoherencia estructural del orden jurídico, sino de afirmar positivamente esta incoherencia, que impide que el Derecho se cierre en sí mismo, lo que a su vez permite que el sistema funcione. Es decir, el sistema jurídico, como cualquier otro sistema, funciona en la medida en que no funciona. Y esto, por la simple razón de que está fundado en la diferencia, pura y simplemente interna al Derecho, o bien pura y simplemente externa a él, ya sea que la ley se entienda en términos políticos o naturales. En resumen, el origen del Derecho está contaminado por lo que el sistema quiere dejar ‘fuera’. Por consiguiente, la deconstrucción, como tal no puede, simplemente, ‘aplicarse’ al derecho, pues la deconstrucción significa vivir en el ‘evento’, experimentar algo que va más allá de cualquier horizonte de anticipación y cualquier estructura posible. Por lo tanto, si aplicamos esta interpretación a la teoría jurídica, significa que el Derecho no es un objeto de la deconstrucción, visto desde un punto de vista abstracto y externo,

porque siempre está en el proceso de deconstrucción, es decir, el Derecho se deconstruye a sí mismo, y desde su interior (Andronico, 2012, pp. 245-249).

Ante una presunta pureza del Derecho, se debe recordar que el Derecho nunca es pura y simplemente Derecho, es decir, que siempre hay un espacio que se abre a otra cosa, y este espacio, es el espacio de la deconstrucción. Esto quiere decir que el Derecho mismo nunca está pura y simplemente 'presente', sino que está siempre en proceso de deconstrucción (Andronico, 2012, pp. 248-249).

En ese espacio abierto a la deconstrucción es donde es necesario evidenciar aquellas capas o subtextos no jurídicos que, de alguna u otra forma, han 'construido' la forma jurídica. Derrida (1990) menciona que en el momento de la decisión, existe una necesidad inherente a la búsqueda de la justicia de calcular, no sólo en las capas propiamente jurídicas, sino en aquellas que no pueden separarse del Derecho y que, de hecho, intervienen en él, como la ética, la política, la economía, la filosofía, etc. Consecuentemente, en la aplicación del criterio de exterioridad, siempre deberán estar presentes contextos políticos, económicos, sociales y de más.

Según Andronico (2012, p. 246), Derrida habla de la deconstrucción en términos de una especie de estrategia general articulada en dos fases: a) el trastorno de la subordinación jerárquica de los términos; y b), la invención de un nuevo concepto que, aunque emerge de una aceptación negativa, no puede reducirse a términos dentro de esta oposición. Sin embargo, la teoría jurídica se ha quedado siempre en la primera fase de la estrategia, descuidando la segunda, a pesar de que es decididamente más productiva. Sin lugar a dudas, la deconstrucción no consiste en el simple trastorno de las dicotomías conceptuales consolidadas, y es necesario dejar atrás la oposición para evadir la trampa de la dialéctica hegeliana, y en cambio dedicarse a la invención conceptual.

Es en este aspecto, en el proceso de invención conceptual es que se llega al derecho salvaje, se inventa conceptualmente en tanto que no se conoce, aunque se intuye. Por lo tanto, a través de la deconstrucción de la norma restrictiva, deberíamos intuir la dimensión exterior de un derecho, que nos permitiría, además, determinar su alcance empírico, y con base en ello, tratar de responder a un fenómeno meramente normativo que atente contra el núcleo mismo del *Dh*.

¿Es ésta una forma adecuada de solucionar la vulneración de *Dh*? Probablemente no. ¿Son los criterios de primacía relativa y de exterioridad modelos teóricos infalibles? Definitivamente no. Las teorías van y vienen. Las ideas pierden su valor, y las ideas normativas y prescriptivas lo hacen quizá mucho más rápido. Pero el problema con las teorías y las ideas, es que a menudo dejan las prácticas cognitivas sin perturbaciones, y como resultado, las teorías y las ideas son a menudo arrogadas, distorsionadas, reificadas y neutralizadas al ser, nuevamente, envueltas dentro de las mismas viejas prácticas cognitivas (Schlag, 1990, p. 1647).

De la misma forma en la que la deconstrucción puede involucrarse y resistir la política del discurso jurídico tradicional, y al hacerlo, desplazar ese discurso, en tanto que se encuentra en oposición a los mecanismos discursivos mismos de arrogación (Schlag, 1990, p.1647); de esa misma forma, la idea de los derechos salvajes puede liberarse de la arrogación por parte de los discursos jurídicos y políticos, en tanto que, en su profunda deficiencia de convertirse en teoría y ciencia jurídica, puede también combatir dichos mecanismos discursivos. Los criterios de primacía y exterioridad proponen generar una concepción diferente que pueda motivar al juez en el foco micro político a ir más allá de las dimensiones normativas en un caso concreto y encontrar, en el fondo de su intuición, con la ayuda de algunas herramientas teóricas, la radicalidad del *Dh*.

Ahora tocará probar mi hipótesis en un caso concreto, y por ello, después de un amplio paréntesis, retomaré el tema de la C.T. 293/11, pero haciendo énfasis en un caso concreto de

restricción a Dh que afecta, por completo, el núcleo de varios derechos, el *Arr.* El siguiente y último capítulo consistirá, entonces, en un análisis de la figura del *Arr.*, y en una aproximación empírica del principio de exterioridad.

10. PRIMACÍA RELATIVA Y EXTERIORIDAD APLICADAS: EL CASO DEL ARRAIGO EN MÉXICO

En esta humanidad, central y centralizada, efecto e instrumento de relaciones de poder complejas, cuerpos y fuerzas sometidos por dispositivos de “encarcelamiento” múltiples, objetos para discursos que son ellos mismos elementos de esta estrategia, hay que oír el estruendo de la batalla.

Michel Foucault (2002, p. 314)

Como adelanté en mi introducción, la razón subyacente en la sentencia C.T. 293/11 de la Suprema Corte era muy clara, dotar de una justificación constitucional a una práctica investigativa que la misma Corte había declarado inconstitucional años antes, el arraigo [en adelante *Arr.*]. Por ello, el tema del *Arr.* se presenta como el mejor caso empírico para demostrar las profundas inconsistencias sobre la actitud de México frente a los *Dh*, y la posibilidad de aplicar una nueva visión crítica en la interpretación de estos.

10.1. Las dimensiones normativas del arraigo

El *Arr.* es una forma de detención preventiva que permite la detención, sin una imputación formal, hasta por 80 días. Esta herramienta de investigación fue incorporada al artículo 16 de la Constitución en 2008, como parte del paquete de reformas que crean el sistema de justicia penal acusatorio [en adelante SJP].

10.1.1. Conociendo la norma: ¿Qué es el arraigo?

El paquete de reformas, aprobadas en 2008, incluyó enmiendas a los artículos 16 al 22, 73, 115 y 123 de la Constitución, estableciendo disposiciones relativas a la justicia penal y a la seguridad pública, junto con una serie de medidas enfocadas al combate a la delincuencia organizada. El *Arr.* entonces, se volvió una herramienta de investigación, y, a la vez, una restricción al ejercicio de algunos *Dh*, dotada de ‘jerarquía’ constitucional, de acuerdo a lo establecido por el párrafo octavo del artículo 16 constitucional:

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días ("CPEUM," 1917).

A raíz de su incorporación a la Constitución, el *Arr.* se insertó en el marco jurídico mexicano, en un principio dentro de los artículos 133 *bis* y *ter* del Código Federal de Procedimientos Penales [en adelante CFPP]—, el cual permanece vigente sólo para los procesos iniciados antes de la

promulgación del Código Nacional de Procedimientos Penales [en adelante CNPP]. En el texto reformado de los artículos 133 *bis* y *ter* del CFPP en 2009 se establecía lo siguiente:

La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo domiciliario se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de cuarenta días [...]

La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, imponer las medidas cautelares a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando estas medidas sean necesarias para evitar que el sujeto se sustraiga a la acción de la justicia; la destrucción, alteración u ocultamiento de pruebas, la intimidación, amenaza o influencia a los testigos del hecho a fin de asegurar el éxito de la investigación o para protección de personas o bienes jurídicos.

Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido ("CFPP," 1931).

El 5 de marzo de 2014 se promulgó el CNPP, que abrogó no sólo el CFPP sino los códigos procedimentales de todas las entidades federativas. Además del completo rediseño del proceso

penal en México, otro cambio que planteó el paso del CFPP al CNPP, fue el retiro de las disposiciones relativas al *Arr.*, aunque conservó, en su articulado, referencias indirectas, reconociendo que otras leyes pueden incluir restricciones a la libertad personal, y dejó la puerta abierta para que otras leyes especiales puedan regularlo—como sucede con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada [en adelante LFCDO]—(OCS Justicia, 2015, p. 23).

Concretamente, el artículo 19 del CNPP—que reconoce el derecho a la libertad personal—establece que nadie podrá ser privado de su libertad “sino en virtud de mandamiento dictado por la autoridad judicial o de conformidad con las demás causas y condiciones que autorizan la Constitución y [el] Código”, y que “[l]a autoridad judicial sólo podrá autorizar como medidas cautelares o providencias precautorias restrictivas de la libertad, las que estén establecidas en [el] Código y en las leyes especiales (“CNPP,” 2014). Además, el CNPP en el artículo 155, al hablar de medidas cautelares, reconoce que un juez podrá dictar como medida cautelar “[e]l sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada” (“CNPP,” 2014).

Tras su retiro del CNPP, el *Arr.* quedó regulado de manera exclusiva por la LFCDO en su capítulo cuarto, que incluye 5 artículos, del 12 al 12 *quintus*. En el texto reformado en 16 junio de 2016,²³¹ el artículo 12 de la LFCDO establece lo siguiente:

El Juez de control podrá decretar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, tratándose de los delitos previstos en esta Ley, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la

²³¹ Cabe mencionar que el *Arr.* fue introducido a la LFCDO por primera vez en 1996. Más adelante, analizaré la legislación sobre el *Arr.* previa a la reforma constitucional de 2008.

protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia.

El arraigo no podrá exceder de cuarenta días, y se realizará con la vigilancia de la autoridad del agente del Ministerio Público de la Federación y la Policía que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato en la investigación.

La duración del arraigo podrá prolongarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, sin que su duración total exceda de ochenta días ("LFCDO," 1966).

El resto del capítulo cuarto de la LFCDO, desde el artículo 12 *bis* al 12 *quintus*, se enfoca en establecer los requisitos formales y procedimentales de solicitud, otorgamiento y ejecución del *Arr.*

10.1.2. El arraigo y el núcleo de los derechos

Para determinar si una norma restrictiva transgrede el núcleo de un derecho, lo principal es determinar el derecho en cuestión, así como el contenido de la norma restrictiva. Habiendo, ya, cumplido con en esta ultima parte, después de la exposición del contenido del *Arr.* en el artículo 16 constitucional, el capítulo cuarto de la LFCDO, así como aquellos aplicables del CNPP, ahora es momento de determinar cuáles son los derechos afectados por esta medida. Para ello, sin embargo, no es necesario ir muy lejos, ya que la misma Suprema Corte se encargó de hacerlo previamente. En palabras de la Corte:

La reforma constitucional a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; 73, fracciones XXI y XXIII; artículo 115, fracción VII y la fracción XIII, del Apartado B, del numeral 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 18 de junio de 2008 [...] introduce la figura del arraigo a través de la cual se permite limitar la libertad personal bajo ciertos requisitos que la propia Constitución señala en el artículo 16 párrafo octavo adicionado. En esta reforma se establece la procedencia del arraigo única y exclusivamente para delitos de delincuencia organizada, emitida por la autoridad judicial y a solicitud del Ministerio Público (SCJN, 2015).

En la jurisprudencia anteriormente transcrita, la Suprema Corte reconoce la limitación de la libertad personal, establecida en el artículo 16 constitucional, por medio del *Arr.*, establecido, también, en el mismo artículo. La libertad personal en la Constitución se entiende en términos generales como la protección en contra de la molestia en la “persona, familia, domicilio, papeles o posesiones”—incluidos los datos personales—, sino en virtud de mandamiento escrito, fundado y motivado de la autoridad competente. Además de prohibir la aprehensión, sino por la autoridad judicial, y “sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”. Además, establece la obligación de la autoridad, de poner al detenido de manera inmediata bajo tutela judicial. El resto del artículo, destaca las causas de procedencia de la detención en flagrancia,

así como la procedencia de medidas cautelares como la intervención de comunicaciones, los cateos, entre otros, y define lo que debe entenderse por delincuencia organizada. A diferencia del ambicioso artículo dieciséis constitucional, el artículo séptimo del Pacto de San José (OEA, 1969) se enfoca en enumerar los elementos del derecho de libertad, como tal, estableciendo, en términos generales, la prohibición de encarcelamiento arbitrario, el derecho a ser informado de la razón de la detención y ser informado de los cargos, el derecho a acudir sin demora ante autoridad judicial, y la posibilidad de recurrir ante la autoridad judicial sobre la legalidad de la detención, entre otros.

Ahora bien, en la ejecución del *Arr.*—como mostraré subsecuentemente—, además, se limitan o restringen otros derechos importantes, siendo el principal, el de garantías judiciales, regulado en la Constitución por el artículo veinte apartado B, así como en el artículo octavo del Pacto de San José (OEA, 1969), que en términos generales reconocen los derechos de toda persona a tener acceso judicial en un plazo razonable en la sustanciación de cualquier acusación penal, a conocer la acusación en su contra, a contar con asistencia jurídica, a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, a la no coacción para la confesión, a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, así como el reconocimiento del principio *non bis in ídem*, del principio de publicidad del proceso, de la presunción de que nadie es culpable hasta que no se demuestre la culpabilidad, y de que cualquier acusado tiene el derecho a una defensa jurídica.

Habiendo determinado las dimensiones normativas, tanto de la norma restrictiva como de los derechos que pueden ser vulnerados, podemos, entonces, determinar si la restricción que ejerce el *Arr.*, lo hace solamente sobre la dimensión normativa de los derechos—, es decir en su *cortex*—, reglamentándolos o en su caso acotándolos, o bien, va más allá, y afecta la dimensión nuclear del derecho, o sea, el principio en el que se fundamentan sus normas.

Si bien el *Arr.* dentro de la Constitución está incluido en el mismo artículo que el derecho a la libertad personal, podría interpretarse que la medida tiende únicamente a acotar el mismo derecho, sin que este resulte en la afectación del principio del derecho. Sin embargo, de la lectura y cuidadoso análisis del artículo dieciséis constitucional, los relevantes de la LFCDO y el CNPP, el *Arr.* no sólo acota el derecho a la libertad personal, sino pretende suspender varios de sus elementos, y su radio de expansión alcanza a lesionar, además otros derechos. Por ello, concluyo que la norma o normas restrictivas que establecen y sustentan el *Arr.* en la legislación mexicana, van más allá de un simple acotamiento o regulación de la dimensión normativa del *cortex* de derechos como el de libertad personal, el de seguridad jurídica, e incluso el de integridad, y, en efecto, vulneran los principios nucleares de los mismos. Por lo tanto, y ante la imposibilidad de un análisis jurídico del *Arr.* en sentido tradicional, a raíz de la C.T. 293/11, considero usar el criterio de exterioridad para determinar la imagen más próxima y empíricamente posible del derecho salvaje, que constituye la raíz misma de los citados derechos.

10.2. Vigilar y castigar: Deconstruyendo el arraigo²³²

En la lógica de lo expuesto en el capítulo anterior, con el planteamiento crítico alternativo de los *Dh* que propongo, una vez que determiné que el núcleo de los derechos de libertad y de seguridad jurídica son afectados por la norma restrictiva, entonces, es necesario buscar la exterioridad del derecho, y para ello, corresponde analizar la norma restrictiva en su profundidad crítica, a través de un ejercicio deconstrutivo.

²³² En la nomenclatura de los epígrafes de esta sección en la que trato deconstruir el *Arr.*, me he permitido usar y parafrasear pasajes de *Vigilar y castigar* de Foucault (2002), por considerarles referencias atinadas y reveladoras sobre el tema en discusión.

Como ya lo mencioné, el criterio de exterioridad supone otro nivel de análisis, que implicaría deconstruir la medida restrictiva—en este caso el *Arr.*—, para así buscar la imagen más radical de los derechos en cuestión. Ahora, si bien no existe una metodología deconstructiva propiamente dicha, el planteamiento deconstructivo aquí propuesto busca revelar los subtextos de la norma, yendo más allá del lenguaje normativo, para encontrar lo que la norma no dice. En este sentido, mi intención es explicar el contexto, los antecedentes, mostrar sus incongruencias, evidenciar sus causas subyacentes, y funcionalidad empírica, para encontrar la imagen desnuda del *Arr.* ²³³

10.2.1. La batalla interior contra el enemigo sin rostro: Violencia, delincuencia e incapacidad institucional²³⁴

La iniciativa legislativa original al introducir el *Arr.* destacaba la frustración de las autoridades cuando las personas, “responsables” de actos delictivos, eludían fácilmente al poder público, y denunciaba la falta de alternativas para abordar el problema de la delincuencia organizada de manera eficaz y “jurídicamente válida” (“Iniciativa,” 1983). Antes de la introducción de la figura del *Arr.*, la Constitución, de acuerdo con el estándar internacional, establecía que ninguna persona podía ser detenida a menos que una autoridad judicial dictara una orden de detención, o el

²³³ Una parte significativa de la investigación y de los resultados presentados en la sección que procede, provienen de un análisis realizado previamente y en coautoría, el cual ha sido publicado primero como reporte especial de la Universidad de San Diego (Deaton & Rodríguez Ferreira, 2015), y posteriormente como un capítulo en una monografía publicada por la Universidad de Guadalajara (Deaton & Rodríguez Ferreira, 2016). Prescindiré de citar las mencionadas obras en adelante, bajo el entendido de que algunas de las estadísticas, resultados y conclusiones que aquí presento, fueron incluidos previamente en dichos trabajos.

²³⁴ Título del epígrafe inspirado en el siguiente párrafo: “La crónica de sucesos criminales, por su redundancia cotidiana, vuelve aceptable el conjunto de los controles judiciales y policíacos que reticulan la sociedad; refiere cada día una especie de batalla interior contra el enemigo sin rostro, y en esta guerra, constituye el boletín cotidiano de alarma o de victoria” (Foucault, 2002, p. 292).

sospechoso fuera sorprendido *in flagrante delicto*. La iniciativa argumentaba que los líderes de las organizaciones delincuenciales, principalmente, se habían vuelto expertos en evadir las investigaciones y detenciones, a través de maniobras legales, usando los recursos que la Constitución y las leyes les permitían, o a través de la corrupción. Por ello, la iniciativa argumentaba la necesidad de un mecanismo para dar al Ministerio Público [en adelante MP] más herramientas y tiempo para recabar medios probatorios en casos sensibles ("Iniciativa," 1983). En suma, una respuesta ante el incremento de la delincuencia frente los ojos de una autoridad incapaz.

En efecto, en las últimas décadas, México ha sufrido de incrementos significativos en la incidencia de determinados delitos, los cuales, en muchos casos, parecen tener vínculo o conexión con la delincuencia organizada. Adicionalmente, la serie de crisis económicas fueron acompañadas por incrementos en delitos como el robo (Ríos Cázares & Shirk, 2007), y otros delitos violentos como aquellos de tipo sexual o los robos con violencia comenzaron a aumentar de manera estable (Echarri Cánovas, 2012). Aún más, para finales de la década del 2000, los homicidios se incrementaron más de 200% y han dejado una cifra desde entonces y hasta 2016 de más de 200,000 víctimas, de las cuales, se estima, entre el cuarenta y el sesenta por ciento pueden ser producto de la delincuencia organizada (Heinle, Rodríguez Ferreira, & Shirk, 2016). Estos problemas se acrecientan por la impunidad generalizada que ha provocado, entre otros muchos factores, la desconfianza en el sistema de justicia.

A pesar de que a partir de los años ochenta se comenzaron a establecer rutas para la modernización del sistema de justicia, y la solución de los problemas más persistentes en el país,²³⁵

²³⁵ En los ochentas y noventas varias reformas institucionales otorgaron mayor autonomía a la Suprema Corte y se crearon mecanismos de control y vigilancia para el ejercicio de las funciones judiciales (Shirk, 2013). Además de la creación de la Policía Federal, de los noventas a la fecha se ha tratado de reformar profundamente las fuerzas de seguridad pública, a veces con muy poco éxito, como las varias reestructuraciones de la extinta Policía Judicial Federal, la reforma a las policías municipales, la creación de las policías estatales, la formulación del 'Mando Único', o la creación de la Gendarmería Nacional; además de cambios en materia de procuración de justicia como la transformación de las procuradurías en fiscalías, y la pretendida autonomía del MP. Quizá, por encima de todos ellos,

sin embargo, hasta la fecha no se han podido, ya no solucionar, ni siquiera reducir considerablemente los graves problemas de inseguridad e impunidad, que se han ido, más bien, acrecentado a raíz de la delicada situación de delincuencia y violencia de las últimas décadas.

Como dice Shirk (2013), la debilidad del sistema de justicia penal en México ha contribuido a niveles extraordinariamente altos de impunidad, y a una débil protección de los derechos de los acusados, lo que, a su vez, genera menor confianza de la población en el sector judicial. Estas inquietudes, se deben en gran medida a los “persistentes y profundamente enraizados problemas de funcionamiento” de las instituciones que componen el sistema de justicia, y de las amplias limitaciones de recursos y el gran rezago, lo que se traduce en que, apenas, uno de cada cinco delitos denunciados en México sea investigado totalmente, y que, de aquellos, sólo una fracción termine en juicio y sentencia. “El resultado neto es una generalizada impunidad delictual, en la cual probablemente uno o dos de cada 100 delitos termina en sentencia”, y por ello, pareciera que “[p]ara las víctimas de delitos en México, rara vez hay justicia” (Shirk, 2013, p. 14).

Ante la incapacidad generalizada de procurar justicia, el sistema ha buscado mecanismos, de alguna forma extraordinarios, que permitan, al menos, recabar los medios de prueba mínimos, para vincular los casos a proceso, pues aquellos enunciados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, no han sido suficientes para las instituciones encargadas de la procuración de justicia. El *Arr.* ejemplifica claramente estos mecanismos extraordinarios, dándole mucho más discreción y tiempo a las instituciones de procuración de justicia para recabar medios de prueba necesarios para vincular a proceso, aún y cuando no exista, ni siquiera, una acusación formal. Para el *Arr.*, una mera sospecha es suficiente para que el poder público pueda detener a una persona, en clara contravención con la práctica y legislación internacional.

la creación del SJPA, ha sido el esfuerzo más grande por reestructurar, de raíz, todo el sistema de justicia penal y tratar de combatir, última instancia, no la inseguridad, sino la impunidad.

10.2.2. La necesidad del combate y las reglas de la estrategia: La genealogía del arraigo²³⁶

La incursión del *Arr.* en la reforma de 2008 no fue una novedad en el sistema de justicia mexicano. El primer antecedente de esta medida fue introducido por primera vez en la legislación mexicana en 1983, con una iniciativa de ley presentada a la Cámara de Diputados, por el Presidente Miguel de la Madrid ("Iniciativa," 1983), que contemplaba la creación de los artículos 133 *bis* y *ter*, y la reforma al artículo 205, todos del CFPP. Esta inclusión en el CFPP, así como posteriormente en la LFCDO de 1996, y en los Códigos de varios estados, hizo del *Arr.* una parte fundamental del proceso de investigación de varios delitos, y no sólo en materia de delincuencia organizada. Las disposiciones iniciales permitían el *Arr.* de un sospechoso hasta por un máximo de 30 días, durante la etapa de averiguación previa, el cual debía ser expresamente solicitada por MP, y autorizado por un juez ("Iniciativa," 1983).

Ante las demandas de amparo por violaciones al debido proceso, relacionadas con la práctica del *Arr.*, la Suprema Corte determinó que el artículo 122 bis del Código de Procedimiento Penal de Chihuahua, que establecía el *Arr.* en aquel estado, era inconstitucional, y reconoció que la medida violaba los derechos fundamentales de libertad personal (SCJN, 2006a) y libertad de tránsito (SCJN, 2006b).

A pesar de la declaratoria de inconstitucionalidad por la Suprema Corte, en la iniciativa para la reforma constitucional de 2008, el ejecutivo logró introducir el *Arr.* dentro de la propuesta

²³⁶ Título del epígrafe inspirado en el siguiente párrafo: "Que en la posición central que ocupa, la prisión no está sola, sino ligada a toda una serie de otros dispositivos 'carcelarios', que son en apariencia muy distintos [...] pero que tienden todos como ella a ejercer un poder de normalización [...] Y que, finalmente, lo que rige todos estos mecanismos no es el funcionamiento unitario de un aparato o de una institución, sino la necesidad de un combate y las reglas de una estrategia" (Foucault, 2002, p. 314).

de enmienda del artículo 16, pretendiendo, así, librarle de su inconstitucionalidad. En la iniciativa (Senado de la República, 2007), el ejecutivo argumentaba:

“Hoy en día, existen algunas de estas medidas [cautelares] como lo vemos en el arraigo, en la prohibición de salir de una demarcación territorial o en el aseguramiento de bienes; sin embargo, es claro que es indispensable ampliarlas y, dado su carácter de restricción de derechos fundamentales, deben ser incorporadas a nivel constitucional. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la acción de inconstitucionalidad 20/2003, se pronunció en el sentido de que las medidas que restrinjan la libertad personal tienen que estar en el texto constitucional; por ello, para dar pie a un número importante de medidas cautelares, al adicionar el párrafo segundo al artículo 16 que se propone, se da sustento constitucional a las mismas y se prevén los fines de éstas, dejando a la legislación secundaria la facultad de definir las expresamente”.

La propuesta del ejecutivo tuvo eco en el legislativo, quien, en el proceso de dictaminación de la iniciativa, consideró al *Arr.* como una “herramienta investigativa esencial y útil”, e instó a continuar su uso durante la transición al SJPA (Cámara de Diputados, 2011).

La medida es de suma utilidad cuando se aplica a sujetos que viven en la clandestinidad o no residen en el lugar de la investigación, pero sobremanera cuando pertenecen a complejas estructuras delictivas que fácilmente pueden burlar los controles del movimiento migratorio o exista una duda razonable de que en libertad obstaculizarán a la autoridad o

afectarán a los órganos y medios de prueba, y contra los que no puede obtenerse aún la orden de aprehensión, por la complejidad de la investigación o la necesidad de esperar la recepción de pruebas por cooperación internacional (Cámara de Diputados, 2011).

De tal manera, con la reforma constitucional de 2008 que establece el SJPA, se enmienda el artículo 16, y con la inclusión de un nuevo párrafo octavo, se hace constitucional el *Arr.* en materia de delincuencia organizada, medida que determina el aseguramiento personal solicitado por el MP a la autoridad judicial, para realizar una investigación antes del ejercicio de la acción penal, con la finalidad de recabar los medios de prueba suficientes para hacerla posible.

El espíritu del SJPA, busca replantear el esquema tradicional de la justicia penal, dotándole de una cara más garantista, con una apuesta a la rapidez, eficiencia y transparencia de los procesos penales, y a la profesionalización de los operadores del sistema. Para tal efecto, contempla algunos elementos fundamentales como la introducción de procesos orales contenciosos, el establecimiento de mecanismos alternativos para la solución de controversias, mayor énfasis en los derechos del acusado—presunción de inocencia, debido proceso y adecuada defensa legal—, reestructura de las instituciones policiales y su mayor involucramiento en la investigación de los delitos, entre otros (Shirk, 2013). No obstante, la reforma de 2008 también incorporó un apartado relativo a la seguridad pública, que establece un régimen especial en materia de delincuencia organizada que ha sido percibido ampliamente como la cara represiva del mismo sistema garantista.

Por tanto, resulta una paradoja y una contradicción, que las disposiciones en materia de seguridad pública y el régimen especial en materia de delincuencia organizada, con disposiciones como el *Arr.*, la extinción de dominio, o las condiciones especiales de reclusión de acusados o

sentenciados por delitos federales, permita a la autoridad excepcionarse ante obligaciones de garantizar, mayormente, derechos de debido proceso, contemplados en la misma Constitución, así como en instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano.

La inclusión del *Arr.* en la Constitución le quitó su obstáculo más grande, la inconstitucionalidad. Y a pesar de su postura previa ante la medida, la Corte indirectamente reivindicaría su constitucionalidad con la C.T. 293/11. Si bien este caso no determinaba directamente la compatibilidad constitucional y convencional del *Arr.*, en el fondo, la discusión sobre la jerarquía de la Constitución siempre tuvo en mente este tema.

Lo anterior se demuestra fácilmente escuchando las voces de varios ministros que, durante los debates, siempre trataron de defender la *Sc* ante el *Di* de los *Dh*, considerando en el *Arr.*, aquella medida restrictiva que podía ser combatida por contravenir reglas de *Di*. Por ejemplo, en la sesión ordinaria del 27 de agosto del 2013 la ministra Luna Ramos refirió:

Si le damos el rango constitucional e interpretación al principio pro homine de que podemos aplicar indistintamente la Constitución y los tratados, borraremos de nuestra Constitución figuras que el Constituyente permanente consideró necesarias para nuestro sistema, atendiendo a nuestras necesidades, atendiendo a nuestras realidades, atendiendo a nuestra idiosincrasia, y les menciono para muestra algunos pequeños botones: El arraigo, la no reinstalación en su empleo de los agentes del Ministerio Público, los policías y los peritos, la innata cabalidad [sic] de ciertas resoluciones, el trato desigual para procedimientos de sentenciados y procesados de crimen organizado, la extinción de dominio, la prohibición para que los ministros de culto desempeñen cargos públicos,

la exclusividad para que el Estado realice determinadas actividades productivas, se pondría en tela de duda, entre otras cosas, también el principio de prisión preventiva, y podríamos señalar muchísimos más. Éstos, el Constituyente determinó que por razones específicas que van acordes con nuestra realidad tienen que tener determinadas restricciones, si la aplicación es así, porque el principio pro homine debe establecer que los tratados y la Constitución están al mismo nivel, y, por tanto, podemos inaplicar [sic] la Constitución, estamos perdiendo de vista lo que nuestro Constituyente permanente legisló en función de nuestras propias necesidades (SCJN, 2013g).

Resultan en extremo ‘fascinantes’ algunos de los argumentos de Luna Ramos, sobre todo tratando de defender a capa y espada disposiciones como el *Arr.*, la no reinstalación en su empleo de agentes de seguridad y procuración de justicia, el trato desigual para sentenciados y procesados por delincuencia organizada, y la extinción de dominio, los cuales han sido fuertemente criticados por su naturaleza represiva y violatoria de *Dh*. Pero no sólo eso, sino tratándolos de equiparar—de manera falaz a mi parecer—con otras disposiciones que han sido históricamente aceptadas y defendidas, no sólo por el constitucionalismo mexicano sino por el mundial, y por el *Di*, como la prohibición de que los ministros de culto desempeñen cargos públicos, y la exclusividad para que el Estado realice determinadas actividades productivas. Es decir, en un argumento al puro estilo proteccionista, propone defender el *Arr.* ante el *Di*, pues si no toda la Constitución está en peligro de sucumbir ante él. Más aún, y como cereza en el pastel, es de analizar de manera muy cuidadosa, la forma en cómo considera que el *ppp* pone en riesgo “lo que nuestro Constituyente permanente legisló en función de nuestras propias necesidades” (SCJN, 2013g).

Por su parte, en un sentido, similar, aunque sin ir a mayores profundidades, el ministro Valls argumentaba ante todo la defensa de la Constitución y su supremacía, para evitar que se convirtiera en “letra muerta”, y por extensión, había que pensar en la defensa del *Arr.*, simplemente por ser una disposición constitucional:

Si hay una norma que se contraponga a nuestra Constitución, la Constitución debe buscarse que prevalezca siempre. Supongamos que se diga que no es así, entonces cualquier resolución o norma pudiera llegarse a que diga otra cosa, como la no existencia o validez del arraigo del que se ha hablado, se ignorará la norma constitucional que la prevé y se negaría toda solicitud de arraigo aunque la Constitución la permita. Podría la Constitución, en un momento dado llegar a caer en letra muerta y eso—considero—que no es posible (SCJN, 2013f).

En todas las sesiones se puso en evidencia cómo esta medida estaba en estricta conexión con las restricciones a los *Dh*, y como muchos de los ministros, defendían el *Arr.*, algunos por el hecho de su “necesidad” como herramienta de investigación de delitos, y otros, de manera indirecta, por el simple hecho de defender la *Sc* (SCJN, 2013c, 2013d, 2013e, 2013f, 2013g). Pocas fueron las voces críticas que denunciaron el *Arr.* en la Suprema Corte,²³⁷ y al final, el *Arr.* quedó, indirectamente, confirmado como una institución incuestionable en el derecho mexicano, con la

²³⁷ El ministro José Ramón Cossío fue una de las pocas voces críticas en este proceso y fue el único voto en contra de esta resolución.

aprobación de la gran mayoría del Pleno de la Corte—10 a 1—, de la resolución de la C.T. 293/11 y la jurisprudencia generada como consecuencia.²³⁸

Como apunta Deaton (2012, p. 270), el *Arr.* ejemplifica las tensiones entre las libertades fundamentales y la seguridad nacional, entre el Derecho mexicano y el *Di*, entre la Constitución y las contradicciones del proceso de reforma en México. De acuerdo con la autora, el *Arr.* “puede usarse como prisma para explorar las tensiones en dichas áreas y determinar si es posible reconciliarlas”. Pero a pesar de los problemas que enfrenta México en la implementación de las reformas a su sistema de justicia, la violencia, y la incapacidad del sistema para llevar a cabo una revisión judicial significativa, ajustar el *Arr.* al *Di* de los *Dh* es extremadamente desafiante.

10.2.3. La pura esencia exenta de la realidad: Lo que es y lo que no dice²³⁹

En su dimensión empírica, todo *Arr.* comienza con la detención de un sospechoso. Después de que se le detiene, el sospechoso debe ser puesto a disposición del MP sin demora. Sin embargo, se ha documentado que, en ocasiones, los detenidos han sido reclusos en cuarteles militares o en otros lugares no identificados, donde son interrogados por el ejército, la policía o por el mismo MP.²⁴⁰

²³⁸ Posteriormente la Corte pareció corregir la plana, al menos un poco, con el criterio “Arraigo local. La medida emitida por el juez es inconstitucional” (SCJN, 2015), en donde reconoce que: “En esta reforma se establece la procedencia del arraigo única y exclusivamente para delitos de delincuencia organizada, emitida por la autoridad judicial y a solicitud del Ministerio Público. Hay que subrayar que en la misma reforma se modificó la fracción XXI del artículo 73, en la que se establece como competencia exclusiva de la Federación el legislar en materia de delincuencia organizada, quedando la facultad accesoria del arraigo como exclusiva de las autoridades federales [...] Por ello, una orden de arraigo emitida por un juez local, solicitada por un ministerio público del fuero común, para el éxito de la investigación de un delito también local, no puede ser considerada constitucional, ya que ni el juez es autoridad competente para emitirla, ni el ministerio público para solicitarla...”.

²³⁹ Epígrafe inspirado en el siguiente párrafo: “El juego entre las dos ‘naturalezas’ de la prisión es todavía constante. Hace unos días, el jefe de Estado ha recordado el ‘principio’ de que la detención no debía ser más que una ‘privación de libertad’—la pura esencia del encarcelamiento exento de la realidad de la prisión—; y añadió que la prisión no podía justificarse más que por sus efectos ‘correctivos’ o readaptadores (Foucault, 2002, p. 235).

²⁴⁰ Lo anterior fue documentado por el Subcomité para la Protección contra la Tortura de la ONU [en adelante SPT] en su “Informe Sobre la Visita a México del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos, o Degradantes” (SPT, 2009). Otros trabajos que evidencian los patrones de abuso ocurridos

El siguiente paso es hacer la solicitud de *Arr.* El MP, regularmente, cuenta con cuarenta y ocho horas, después de la detención, para determinar o no la vinculación a proceso. Entonces el juez cuenta con setenta y dos horas para determinar si hay pruebas para sustanciar el cargo o no. Sin embargo, el MP puede presentar una solicitud para una orden judicial de *Arr.*, y si esta es otorgada, el MP no está obligado a poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, como en los casos normales, sino hasta que termine el periodo de *Arr.*

La solicitud del MP se dirige al juez de control, especializado en arraigos, registros e intervención de comunicaciones creado en 2008 para tener una sola autoridad judicial encargada de otorgar tales medidas. En su solicitud, el MP debe demostrar su necesidad “para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia” (“LFCDO,” 1966). Aunque no se establece en la ley como una obligación del MP, el artículo 12 *ter* de la LFCDO establece que los requisitos mínimos de la orden de *Arr.* son: a) la identificación del Juez de control que lo autoriza y del proceso en el cual se ordena; b) los datos del sujeto; c) los delitos que motivan la investigación; d) el motivo del *Arr.*; e) determinar el momento del inicio de la ejecución de la medida; y f) quien la ejecutará.

Una vez que el juez de control concede el *Arr.*, comienza a correr un período de confinamiento inicial de 40 días, mismo que puede ser extendido por un tiempo igual, si el MP así lo solicita. En este periodo, el arraigado a menudo es transferido al Centro de *Arr.* en la Ciudad de México, o, como ocurría anteriormente, a algún otro lugar, generalmente retirado de la ciudad natal

durante el *Arr.* incluyen, entre otros: CDH (2002), CAT (2007), SPT (2009), CCPR (2010), Open Society Justice Initiative (2014), OCS Justicia (2015). Más fuentes y mayor información cualitativa y documental puede encontrarse en otros trabajos en los que he colaborado, como son Deaton (2012), y Deaton & Rodríguez Ferreira (2015, 2016). Nuevamente prescindiré de citar las mencionadas obras en adelante, bajo el entendido de que las estadísticas, resultados y conclusiones que aquí presento, fueron incluidos previamente en dichos trabajos.

o de residencia del sospechoso. En estos casos, los arraigados solían ser confinados en hoteles o casas, que evidentemente son lugares menos seguros que un centro de detención, construido y acondicionado para tal fin.

Una de las ideas detrás de *Arr.* es darle al MP una ventaja en la recolección de pruebas, mientras se tiene la custodia del sospechoso. Así, durante el confinamiento, el MP, y la policía deben, entonces, reunir los medios de prueba que demuestren la probable responsabilidad del arraigado, para poder ejercer la acción penal en su contra. Regularmente el arraigado no es parte de este proceso, y no recibe, o rara vez tiene la oportunidad de impugnar pruebas en esta etapa.

Al concluir el primer periodo de 40 días, el MP debe ejercer la acción penal, o bien, solicitar un período adicional de 40 días al juez de control, o en su caso, liberar al arraigado. Datos disponibles hasta 2012, sugerían que, en la práctica, más del 50% de los casos de *Arr.* duraban más que el período original de 40 días.

Si el juez de control otorga la extensión por otro periodo de 40 días, el MP puede continuar el proceso de recolección de pruebas. Una vez que expira ese segundo período, el MP debe ejercer la acción penal, o bien, liberar al arraigado sin acusación formal en su contra. Si se ejercita la acción penal, es hasta este momento, en que el ahora acusado comparece ante la autoridad judicial para ser informado de la acusación en su contra, y dar inicio formalmente al proceso penal.

En la práctica, de acuerdo con información presentada por la Procuraduría General de la República [en adelante PGR], desde diciembre de 2006 hasta diciembre de 2012, se solicitaron 3,166 *Arr.*, de los cuales 2,939 fueron otorgados. Es decir, que únicamente se denegaron 277 solicitudes. En general, desde 2007 y hasta 2012 el porcentaje de *Arr.* negados por la autoridad judicial fue de sólo el 7%, lo que indica que una vez que el MP presentaba una solicitud a la autoridad judicial, 13 de 14 sospechosos eran arraigados. De ese 7%, más del 50% fueron retenidos

por más de los 40 días concedidos inicialmente. A pesar de ello, declaraciones de las autoridades mexicanas sugieren que sólo el 3% de todos los *Arr.* de 2011 a 2012 llevaron a una sentencia condenatoria, lo que significa que el margen de error del *Arr.* como medida investigativa podría ser de más del 95%.²⁴¹

Aunque el gobierno mexicano ha alegado una y otra vez que los arraigados disfrutan del mismo debido proceso que cualquier otro detenido, la evidencia compilada por organizaciones nacionales e internacionales, demuestra que varias violaciones graves y reiteradas de los *Dh* son cometidas contra los arraigados, a diferencia de los acusados detenidos en prisión preventiva (Deaton, 2012).

10.2.4. El ceremonial de la pena en las sombras: Legitimación del abuso²⁴²

El discurso detrás de la primera iniciativa para introducir el *Arr.* en 1983, era el mismo que se ha repetido una y otra vez: que es una herramienta útil en la investigación de los delitos. La realidad, sin embargo, ha mostrado que esta “herramienta útil”, ha sido ineficiente e ineficaz en la investigación y persecución de los delitos en México, pero, por encima de todo, ha probado ser un mecanismo de excepción de las autoridades y de violación de derechos, que, en vez de mejorar la

²⁴¹ Desafortunadamente no cuento con mucha información después de 2012, y es difícil encontrarla posterior a 2015, por lo que el presente no puede considerarse un análisis actualizado sobre las condiciones prácticas del *Arr.* No obstante, la información recabada para esta investigación y para las obras en colaboración mencionados anteriormente, incluyen datos recopilados de solicitudes de información pública, juicios de amparo, quejas ante la CNDH, reportes de organismos nacionales e internacionales, así como testimonios de víctimas y autoridades. Los datos aquí presentados, al menos hasta 2015, en menor o mayor medida coinciden con otras fuentes previamente citadas, como CDH (2002), CAT (2007), SPT (2009), CCPR (2010), OCS Justicia (2015). Por lo tanto, puedo, con confianza, determinar las características principales que permiten evidenciar la naturaleza incompatible del *Arr.* con un régimen crítico de *Dh*.

²⁴² Nombre del epígrafe inspirado en el siguiente párrafo: “El ceremonial de la pena tiende a entrar en la sombra, para no ser ya más que un nuevo acto de procedimiento o de administración”(Foucault, 2002, p. 16).

técnica investigativa, ha cubierto con un velo de legalidad, las prácticas más viejas y afianzadas de abuso por parte del poder público.

A pesar del uso excesivo e injustificado del *Arr.*, por encima de todo, están los constantes y documentados abusos contra los arraigados, en donde además de la violación a derechos procesales, de seguridad jurídica y de libertad personal, las confesiones coaccionadas y la tortura no son algo extraño.²⁴³

La evidencia muestra una fuerte conexión entre el *Arr.* y la tortura. En un informe presentado al Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU [en adelante CCPR por sus siglas en inglés], la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, [en adelante CMDPDH] argumentaba que, el prolongado periodo de confinamiento sin control judicial, en donde la persona permanecía detenida incluso en un régimen *incomunicado*, generaban un estado de vulnerabilidad e indefensión para el arraigado, creando un ambiente propicio para la tortura (CCPR, 2010).

El SPT de la ONU encontró patrones consistentes de tortura conectados con la detención bajo *Arr.*, destacando varios casos documentados, así como casos de lesiones ocurridas durante el confinamiento (SPT, 2009). De la misma forma, la Comisión Nacional de Derechos Humanos [en adelante CNDH] ha investigado quejas de torturas cometidas con el fin de obtener confesiones de arraigados por parte de la PGR, así como del ejército mexicano (CNDH, 2009, 2010a, 2010b).

De la misma forma, Amnistía Internacional [en adelante AI] detalló varios casos de tortura en contra de personas arraigadas, acusando, además, la falta de control judicial y el régimen *incomunicado*, y el confinamiento en lugares no reconocibles como centros oficiales de detención (AI, 2009, 2014). Esto fue confirmado por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre

²⁴³ Nuevamente la información cotejada se limita hasta el año 2015. Sin embargo los patrones de abuso descritos en la práctica del *Arr.*, pueden encontrarse en todas las fuentes citadas anteriormente.

Detenciones Arbitrarias (CDH, 2002) y el por el Comité Contra la Tortura [en adelante CAT por sus siglas en inglés] (CAT, 2007). Estas y otras organizaciones nacionales e internacionales como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos han solicitado su desaparición (HR Committee, 2010).

10.2.5. La economía de los derechos suspendidos: El arraigo al desnudo²⁴⁴

Después de todo lo anterior, puedo demostrar que, en el fondo, el *Arr.* es una medida que otorga un mayor margen de discreción a las autoridades encargadas de la procuración de justicia, ante su incapacidad de conducir investigaciones efectivas, por los medios legales nacional e internacionalmente reconocidos, para perseguir y castigar casos de delincuencia organizada, y ante la incapacidad general del Estado, de hacer frente a una crisis de seguridad pública, de corrupción y de impunidad. Sin embargo, la experiencia empírica, nos muestra que esta excepcionalidad dada a las autoridades, no se ha traducido en mejores investigaciones ni en una disminución general de la impunidad en casos de delincuencia organizada. Al contrario, la medida, en su concepción misma transgrede *Dh*, y ha abierto la puerta a muchas otras violaciones durante su ejecución.

Después de un ejercicio deconstructivo, el *Arr.* se nos muestra como una medida que permite a las fuerzas del orden público, un tiempo extraordinario para realizar investigaciones, manipulando los alcances del debido proceso. Es decir, el *Arr.* sirve como una especie de ‘atajo’ para coleccionar pruebas en contra de un arraigado, colocándole a merced de una autoridad que asume

²⁴⁴ Nombre del epígrafe inspirado en el siguiente párrafo: “El sufrimiento físico, el dolor del cuerpo mismo, no son ya los elementos constitutivos de la pena. El castigo ha pasado de un arte de las sensaciones insoportables a una economía de los derechos suspendidos. Y si le es preciso todavía a la justicia manipular y llegar al cuerpo de los justiciables, será de lejos, limpiamente, según unas reglas austeras, y teniendo a un objetivo mucho más ‘elevado’” (Foucault, 2002, pp. 18-19).

el derecho de tratar a su ciudadanía como lo crea más conveniente, de manera irónica en nombre de la ‘ley y el orden’ (Deaton, 2012). Si bien la delincuencia organizada plantea un enorme problema y amenaza a la seguridad pública, la seguridad ciudadana se ve sacrificada en favor del control social.

En la práctica, los gobiernos han empleado detenciones sin mediar acusación formal—también conocidas internacionalmente como *pretrial*, *executive* o *administrative detentions*—y otras restricciones a las libertades personales como reflejo de varios tipos de desafíos a su autoridad, muy a menudo, sin realmente cuestionar la eficacia de tales medidas, frente a un contexto sociopolítico e histórico más amplio (Duffy, 2012, p. 2).²⁴⁵

Detener para investigar es una contradicción extremadamente problemática para el Derecho y la costumbre internacionalmente aceptadas, cuyo principal problema es, quizá, la limitación de la capacidad de los jueces de salvaguardar la presunción de inocencia, pero, por encima de todo, es una invitación al abuso de los detenidos (Open Society Justice Initiative, 2014, p. 119).

Si bien los problemas profundos en el sistema de justicia y la corrupción, generan una impunidad altísima, la creación de ‘atajos’ al debido proceso, como es el *Arr.*, generan más daños que soluciones. Incluso, las reformas constitucionales de 2008 han proporcionado al sistema de justicia y a los agentes del orden público un amplio repertorio de herramientas para combatir la delincuencia, que podrían reducir en gran medida, si no eliminar, la necesidad de medidas como el *Arr.* Sin embargo, el *Arr.* socava el desarrollo de la capacidad y la eficiencia de las investigaciones, al proporcionar ese ‘atajo’ mediante el cual, las fuerzas del orden público terminan

²⁴⁵ Ejemplos de este tipo de detenciones se pueden encontrar también en otros sistemas jurídicos. Por ejemplo Schulhofer (2004) desarrolla un análisis profundo de medidas similares en Estados Unidos, Gran Bretaña e Israel.

dependiendo de las añejas prácticas de abuso, cubiertas por ese velo de legalidad. Por ello, no debe subestimarse el efecto perjudicial del el *Arr.* en el sistema de justicia (Deaton, 2012).

El *Arr.* pone en evidencia muchos de los vicios del régimen de justicia en México: la detención antes de la investigación o presentación formal de cargos, la negligencia en la revisión judicial—incluso fomentada legislativamente—, la privación de la libertad prolongada, el abuso de los detenidos y, en última instancia, la ineficacia en la construcción de investigaciones penales sólidas. Al igual que otros abusos relacionados con la detención preventiva excesiva, el *Arr.* alimenta, aún más, la sospecha y el cinismo respecto de los procesos e instituciones de justicia penal (Open Society Justice Initiative, 2014, p. 120).

Finalmente, el suplicio del arraigado va más allá del peso de la privación de la libertad y los abusos sobre su propio cuerpo, y sobre su integridad psíquica y moral, pues el *Arr.* tiene fuertes implicaciones en la dimensión relacional de la persona confinada. Por ello, el análisis no debe quedarse en la dimensión estrictamente personal, sino en cómo ésta se proyecta al círculo de relaciones familiares, afectivas y comunitarias. En este sentido, el suplicio es también de la familia, del círculo cercano, de la comunidad, y ellos también, de alguna u otra forma, se convierten en víctimas.

Al final, la inclusión del *Arr.* en la Constitución y su defensa por parte de la Suprema Corte envía el mensaje de que, cuando se le presente una opción entre la conveniencia política y el ‘cumplimiento de la ley’ por un lado, y el compromiso con los derechos de sus ciudadanos por el otro, la conveniencia siempre superará el compromiso de México para con los *Dh.*

10.3. La imagen del derecho salvaje frente al arraigo

El derecho salvaje, como la potencialidad radical y posibilidad última de un derecho, no puede ser traducido, en su totalidad, en clave jurídica. Asimismo, la idea central en la aplicación del criterio de exterioridad, es la posibilidad de desvelar una imagen medianamente definida y trasladada al discurso jurídico de un derecho salvaje. Por consiguiente, es menester realizar un proceso de interiorización, que implica traducir la imagen del derecho salvaje a través de criterios normativos mediadores que permitan, al menos, entender la potencialidad radical y las posibilidades últimas que tienen aquellos derechos que sufren el ataque normativo.

10.3.1. Desvelando el derecho salvaje

Como he podido demostrar, existen numerosas capas subyacentes bajo una normativa que pretende restringir *Dh*. De la misma forma que expuse esos subtextos no explícitos en la normativa que regula el *Arr.*, en un ejercicio inverso, nos encontramos que se va revelando la imagen de un derecho salvaje. Se comienza a mostrar una imagen radical común a una serie de derechos que son transgredidos bajo el régimen de *Arr.*, es decir, existe una raíz común compartida entre varios *Dh*. Esta dimensión, exterior a los propios derechos, responde, en general, a una necesidad radical de protección frente a la acción punitiva del Estado y frente a una de las acciones más contundentes que el poder público tiene a su disposición, la privación de la libertad; y, en concreto, frente a la figura del *Arr.*, al confinamiento que transgrede *Dh*, no obstante tener sustento legal.

Consecuentemente, se revelan los elementos de un *proto* derecho, más amplio, uno que engloba una necesidad radical de resistir y combatir el confinamiento de una persona a manos del

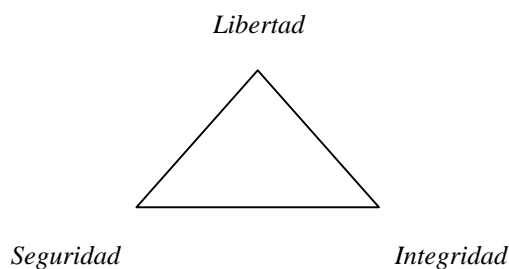
Estado, cuando, a pesar de ser legal dentro del marco jurídico, atente contra los principios nucleares de varios *Dh*.

Ahora bien, llegar a este desvelamiento no implica ejercicios esotéricos ni metafísicos, ni mucho menos la solución de complicadas ecuaciones booleanas, pues en la mente del juzgador, como profesional del derecho, existen ya las bases para escudriñar los elementos del derecho salvaje que se va revelando. Toda vez que este derecho salvaje funciona más como intuición que como forma jurídica concreta, no puede ser, entonces, ‘aplicado’ *per se*, a la resolución de un caso concreto. Por ello, en ese ejercicio de traducción o interiorización, el juzgador se debe auxiliar de elementos conocidos y cercanos a él, y tiene la obligación de buscar otros, que, sin serle evidentes, existen y pueden estar a su alcance.

Tampoco debe pretenderse atribuir nomenclaturas precisas, pues la imagen del derecho salvaje no es estática, y siempre mutará de acuerdo a las necesidades concretas y a las posibilidades de concreción empírica que trae consigo cada caso en particular. Así, no puedo denominar que se ha desvelado ‘el derecho salvaje de...’ o ‘el derecho salvaje a...’. No obstante, aunque no se pueden asignar nomenclaturas pre formuladas y establecidas al derecho salvaje, por ser más intuitivo que racional, existe la necesidad de ir aproximando esta idea más abstracta a la serie de categorías que permitirán ir logrando su interiorización. Ya que el derecho salvaje no está confinado a las categorías formales y a los criterios normativos que pueden expresarlo, su traducción en formas jurídicas, como tal, no se representa como un *dh* en sí, sino que encontramos herramientas jurídicas—leyes, tratados, jurisprudencia, doctrina, etc.—, como mediadores normativos que permiten dotar de cierta capacidad vinculatoria a su imagen interiorizada.

De tal forma, en esta imagen encontramos la raíz de derechos como el de libertad personal, el de seguridad jurídica, y el de integridad. Detrás de estos derechos, formalmente concebidos, se

fusionan sus causas, sus principios y sus elementos, con el menoscabo sufrido por la persona concreta, la necesidad generada de cesar la violación, la aspiración de solución empírica, la posibilidad material de solución, la capacidad de concretarla, y una base moral crítica— o *ethos* crítico—. Así, se muestra una imagen del derecho salvaje que es traducida por aquellos *Dh*—con sus principios nucleares y sus normas en el *cortex*—que fungen como categorías jurídicas mediadoras, y que comparten entre sí, una misma raíz, es decir una dimensión exterior a ellos. Esta raíz, esta dimensión exterior o derecho salvaje, implica una defensa y una resistencia radical ante la posibilidad de afectación de derechos concretos de una persona, y en este sentido busca preservar una situación de salvedad general frente al ejercicio de la privación de la libertad por parte del poder público, que se extiende, en el caso del *Arr.*, al confinamiento que vulnere principios nucleares de *Dh*, aún y cuando se encuentre, en efecto, amparado y regulado por la ley.



La imagen del derecho salvaje que se nos revela, conjunta, entonces, la posibilidad de combatir un régimen de confinamiento legal, pero violatorio de principios nucleares de varios *Dh*, mediante un marco general de prerrogativas o garantías mínimas durante el proceso de reclusión, con la necesidad de que la privación de la libertad se ajuste a una serie de parámetros para no ser arbitraria, con la posibilidad de contar con medios de defensa adecuados, y con la tutela judicial del Estado, todo ello en ejercicio de un contrapeso frente al poder público ejecutivo, y frente a la permisibilidad de la legislación. En el corazón de este derecho salvaje se encuentra la presunción

de que nadie es culpable hasta que no se demuestre su culpabilidad, y de que cualquier acusado tiene el derecho a una defensa jurídica, con todas las implicaciones que ello conlleva. Finalmente, incorporando y englobando todos estos elementos, el factor esencial es garantizar las condiciones que permitan a la persona *ser íntegramente*, más allá de la persona misma, extendiéndose también a su dimensión relacional, es decir, preservar una especie de integridad multidimensional de la persona.

10.3.2. Traduciendo el derecho salvaje

En esa necesidad de encontrar categorías normativas mediadoras, auxiliándonos de elementos conocidos y cercanos, y obligados a buscar aquellos que existan y puedan estar a nuestro alcance, aún sin conocerlos *prima facie*, para el caso que me ocupa, partiré de la dimensión normativa que conozco, para desmenuzarla y encontrar los elementos de la imagen del derecho salvaje, partiendo, principalmente, de su análisis hermenéutico.

10.3.2.1. Marco general de garantías mínimas durante la privación de la libertad

La libertad personal consiste en el poder de locomoción, del cambio de situación, sin restricción, a menos que sea mandada por ley. Las detenciones preventivas, administrativas o ejecutivas, o cualquier otra medida que inhiba el poder de una persona de locomoción, constituyen un poder asumido por el Estado para la detención de ‘sospechosos’ sin que medie un juicio previo, en donde no existe una verdadera revisión de la legalidad de dicha detención—, y en donde los jueces, históricamente, han diferido al ejecutivo en la toma de decisiones por razones de seguridad—. En

estos casos, el Derecho demuestra una falta de voluntad para dar pleno efecto a la justicia, y el detenido se encuentra efectivamente desarmado y enfrentándose al Leviatán (Duffy, 2012, p. 13).

La forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa cuando permite que se prive o restrinja la libertad, y por ello, la libertad siempre debe ser la regla, mientras que la limitación o restricción, deben ser siempre la excepción ("Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador," 2007). Esta 'excepción' debe, a su vez, ser detalladamente regulada, y con las suficientes garantías para el que se encuentra privado de su libertad, ya que la ausencia de estas garantías resulta en la subversión de la regla de derecho y en la privación, a los detenidos, de las formas mínimas de protección legal ("Juan Humberto Sánchez vs. Honduras," 2003).

No obstante, la simple existencia de las garantías no es suficiente, ya que la detallada regulación al respecto, es decir, la legislación que establece las causales de restricción de la libertad, debe ser dictada de conformidad con los principios que rigen los *Dh*, y además permitir la efectiva observancia de dichas garantías ("Servellón García y otros vs. Honduras," 2001).

Los regímenes de prisión preventiva que se encuentran permitidos por la legislación, deben ser examinados con mucha más precaución debido a los niveles de discreción que influyen en ellos (Medawatte, 2015-2016, pp. 199-200). Aún más, si bien se ha demostrado la injusticia creada por las privaciones ilegales de la libertad, reconociendo su inherente violación a los principios internacionales ("United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran," 1980), los regímenes de detención preventiva como el *Arr.* no están 'explícitamente' prohibidos dentro del *Di*, y entonces, podrían considerarse permisibles si puede alegarse su no arbitrariedad, atendiendo a la interpretación de 'arbitrariedad' en la detención a la que se acuda (Macken, 2005).

10.3.2.2. *Parámetros para una privación de la libertad no arbitraria*

Una interpretación laxa de la arbitrariedad en la detención traería como consecuencia que, simplemente, fuera suficiente que una detención fuera 'legal', en tanto conforme con los preceptos normativos vigentes. Así, una detención preventiva como el *Arr.* sería considerada permisible, incluso dentro del *Di*, siempre y cuando, se encontrara dentro del alcance de, y de acuerdo con la legislación u orden ejecutiva que la autorice. Sin embargo, una interpretación más amplia de la 'arbitrariedad' exige no sólo que la privación de libertad sea conforme con los procedimientos establecidos por la ley, sino que vaya más allá, al buscar un sentido más profundo del derecho (Macken, 2005, pp. 5-6).

Limitar la libertad física, por breve que sea, debe ajustarse estrictamente a los principios de los *Dh*, por lo que cualquier legislación que imponga la privación de la libertad, deberá ser, en todo momento, compatible con dichos principios ("Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana," 2014). Por consiguiente, nadie puede ser privado de su libertad por causas y métodos que sean 'legales', pero que sean incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, por ser irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad ("Gangaram Panday vs. Surinam," 1994).

Es claro que existe una prohibición general de la privación de la libertad por métodos que, aún siendo legales, en la práctica, resulten incompatibles con derechos fundamentales. Además, para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad, deben existir "indicios suficientes" que permitan suponer, "razonablemente", la culpabilidad de la persona sometida a un proceso; y, además, que la detención sea "estrictamente necesaria" para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones, ni eludirá la acción de la

justicia. Frente a esto, existe una obligación ineludible del Estado de fundamentar y acreditar la existencia de dichos requisitos ("Servellón García y otros vs. Honduras," 2001), y de los indicios suficientes que permitan suponer, razonablemente, la conducta delictiva, y la estricta necesidad de la detención, sin que estos tengan, como base, una mera sospecha o percepción ("Pacheco Teruel y otros vs. Honduras," 2012). Así, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté prevista en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación sea compatibles con los *Dh* ("Yvon Neptune vs. Haití," 2008).²⁴⁶

Ahora bien, para que una medida de detención sea acorde con los principios de los *Dh*, debe ser cautelar y no punitiva, fundada en elementos probatorios suficientes, y estar sujeta a revisión periódica, sin que pueda prolongarse, cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. La mera falta de pruebas para demostrar la probable responsabilidad de la persona privada de su libertad, no representa que las razones originales subsisten, al contrario, pues “el Estado no debe detener para luego investigar”, y sólo puede privar de la libertad cuando tenga el “conocimiento suficiente” para poder llevar a una persona a juicio ("Norín Catrimán y otros vs. Chile," 2015).

En efecto, la privación de la libertad no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar ("Bayarri vs. Argentina," 2008), y en tanto que, cuando se priva de libertad a una persona “cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida”, y por un período “excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado”, esto equivaldría a anticipar la pena ("López Álvarez vs. Honduras," 2006), y por ello contraría principios generales

²⁴⁶ La Corte IDH, concretamente establece que, a efectos de que la medida restrictiva no sea arbitraria, debe respetar los siguientes requisitos: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea legítima; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado, y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto; y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales ("Yvon Neptune vs. Haití," 2008).

del derecho universalmente reconocidos, al convertirse en una medida punitiva y no cautelar ("Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay," 2004), lo cual desnaturalizaría dicha medida ("Argüelles y otros vs. Argentina," 2014).

Una detención preventiva sería contraria a derecho, además, cuando prolonga de manera injustificada el acceso de un detenido a juicio, o cuando el detenido tiene poca o ninguna expectativa de ser presentado ante un juez debido al tipo de régimen de detención adoptada por el Estado en cuestión. Sin embargo, es difícil establecer una definición estándar de este tipo de detenciones debido a las diferencias en los distintos sistemas jurídicos que las contemplan y debido a los diferentes propósitos por los cuales se han adoptado (Medawatte, 2015-2016, p. 196).²⁴⁷

Lo que si resulta evidente es que cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente, y que no permita determinar el respeto a principios como el de presunción de inocencia y legalidad, entre otros, será, por lo tanto, arbitraria ("J. vs. Perú," 2013).

10.3.2.3. Medios de defensa adecuados y tutela judicial

Un elemento importante “para evitar conductas ilegales o arbitrarias desde el acto mismo de privación de libertad” y garantizar la defensa del detenido, es que tanto la persona privada de su libertad, como su defensor jurídico, deben “ser informados de los motivos y razones de la detención cuando ésta se produce”, así como de sus derechos ("Gómez Paquiyauri vs. Perú," 2004). De tal forma, no sólo el derecho a ser informado debe ser garantizado, sino también una adecuada representación jurídica, a la cual es inherente, además de la notificación de la acusación en su

²⁴⁷ Sin bien la duración de la detención como tal no indica una ilegalidad inherente, en casos de detención preventiva, debería al menos considerarse como una advertencia de posibles violaciones a debido proceso (Medawatte, 2015-2016, p. 197).

contra, la posibilidad de que el detenido pueda reunirse en privado con su defensor ("Tibi vs. Ecuador," 2004).

Ahora bien, la persona detenida debe ser puesta a disposición inmediatamente ante la autoridad jurisdiccional, y, si la persona privada de su libertad no ha tenido control judicial, debería ser liberada o puesta a disposición de un juez, para evitar la interferencia de la autoridad ejecutiva. Esto es la raíz del principio de control judicial de la detención, que habilita a una persona arrestada o detenida a cuestionar la validez de su detención ante el tribunal, y obtener la liberación si la detención es contraria a derecho. El control judicial garantiza a los detenidos el análisis de la legalidad de la medida a la cual se encuentran sometidos, y este derecho es aplicable a cualquier persona privada de su libertad, no solo a aquellos que ya han sido formalmente acusados de la comisión de un delito (Macken, 2005, p. 87).

Sin embargo, no podría alegarse que el mero hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa, satisfaga esta obligación ("Castillo Petruzzi y otros vs. Perú," 1999). Es decir, que el hecho de que un juez haya ordenado la privación de libertad, no consiste en un adecuado control judicial, pues este supone que la autoridad judicial revise la detención, para evitar arbitrariedad o ilegalidad, y procurar "que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia", por lo que el simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está privada de su libertad, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración" ("García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú," 2005). El control de la privación de la libertad "debe ser judicial y la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos que afecten derechos fundamentales" ("Vélez Loor vs. Panamá," 2010). Además de ello, ha sido ampliamente reconocida la "obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud" aquellos casos en los cuales la persona se

encuentre privada de su libertad ("Bayarri vs. Argentina," 2008), pues, nuevamente, "la regla general debe ser la libertad", mientras se resuelve la responsabilidad penal, pues el "estado jurídico de inocencia" impone que "reciba del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada" ("Argüelles y otros vs. Argentina," 2014).

El derecho al control judicial para una persona sometida a detención preventiva es extremadamente importante, ya que se encuentran excluidos de los derechos básicos de los procesados, y en ocasiones es el único recurso jurídico disponible para ellos (Macken, 2005, p. 25).

Pero de la mano del control judicial, la existencia de recursos se convierte en el corolario necesario y fundamental de este elemento. Toda vez que la "salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos [...] la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a una persona en estado de indefensión". Es decir, el Estado tiene la obligación de proporcionar un "recurso judicial efectivo contra actos violatorios de [los] derechos fundamentales" ("García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú," 2005), y no basta con que "los recursos existan formalmente", sino que estos deben ser efectivos, y que brinden "la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida" ("Acosta Calderón vs. Ecuador," 2005). En este sentido, la sola existencia de los recursos no es suficiente, si no se prueba su efectividad ("Vélez Loor vs. Panamá," 2010), es decir, que además de su existencia formal en la legislación, deben ser efectivos, lo que significa, "cumplir con el objetivo de obtener sin demora una decisión sobre la legalidad del arresto o de la detención" ("J. vs. Perú," 2013).

10.3.2.4. Irrestricada presunción de inocencia

Lo anterior es fundamental, pues, para que se respete el principio de presunción de inocencia, las medidas restrictivas de la libertad deben estar fundadas y acreditadas, constanding, de manera clara y motivada, los requisitos exigidos, de lo contrario se estaría anticipando la pena, contraviniendo “principios generales del derecho ampliamente reconocidos”, pero sobre todo, “el principio de presunción de inocencia” (“Usón Ramírez vs. Venezuela,” 2009).

Entonces, no basta con que la privación de la libertad sea ‘legal’, es necesario que no sea arbitraria, y para ello no puede “residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena”—, sin que las características personales del supuesto autor, y la gravedad del delito que se le imputa, sean justificación suficiente—,²⁴⁸ y donde el “peligro procesal” no debe ser presumido, sino verificado y fundado “en circunstancias objetivas y ciertas”, y que las medidas adoptadas sean “idóneas” y “absolutamente indispensables” para cumplir con el fin perseguido. Todo lo anterior, cuando no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido, entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto (“Norín Catrimán y otros vs. Chile,” 2015).²⁴⁹

Factores tales como el riesgo de fuga o la naturaleza del delito no deberían determinar exclusivamente la necesidad de mantener a una persona bajo un régimen de detención preventiva (Medawatte, 2015-2016, p. 199).

²⁴⁸ La Corte IDH ha dicho que las “características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa” no son, por sí mismos, una justificación suficiente para la privación de la libertad—en concreto hablando de prisión preventiva—, pero aún y cuando existieran razones suficientes para mantener a la persona privada de su libertad, debería ser liberada “si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable” (“Bayarri vs. Argentina,” 2008).

²⁴⁹ La Corte IDH, además, exige que las medidas sean “estrictamente proporcionales”, de forma que “el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida” (“Norín Catrimán y otros vs. Chile,” 2015).

Así, cualquier restricción a la libertad será arbitraria si no contiene “motivación suficiente” para determinar que se ajusta a los elementos anteriormente descritos. Entonces, “para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas cautelares restrictivas de la libertad, es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, la existencia de los requisitos exigidos” (“Norín Catrimán y otros vs. Chile,” 2015).

10.3.2.5. Integridad multidimensional

La integridad se entiende generalmente como una libertad ante posibles atentados a la vida y daños físicos, psíquicos y morales, a manos de agentes estatales, y concretamente, como una defensa a las diferentes dimensiones de una persona ante un régimen de privación de la libertad impuesta por el Estado. En efecto, más allá de los daños físicos, la concepción de este derecho se ha extendido al derecho a la vida, a la libertad personal, y al interés de la persona en todo su entorno (Hill Jr., 2013). El alcance de la integridad también se ha ampliado más allá del entorno físico, a condiciones psíquicas y morales (Afanador, 2002). La Corte IDH ha especificado que la infracción del derecho tiene diversas connotaciones de grado y que abarca “desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta” (“Loayza Tamayo vs. Perú,” 1997). Incluso el TEDH opinó que los sufrimientos físicos y morales pueden ser considerados como tratos inhumanos y degradantes, generados por sentimientos de miedo, ansia e inferioridad (“Ireland v. the United Kingdom,” 1978).

Además, la integridad ha sido vinculada por la Corte IDH con otros derechos, como aquel a no ser privado ilegalmente de la libertad, y los respectivos al tipo de condiciones de los lugares

de detención y/o centros carcelarios (Corte IDH, 2018). Al referirse al derecho a la integridad personal siempre se hace referencia a la prohibición de la tortura y de tratos crueles y degradantes, cuyo *statu* en el *Di* es el de una norma inderogable de *ius cogens*.

Ahora bien, el derecho a la integridad ha sido interpretado más allá de un sentido unidimensional, es decir, que ha tomado en cuenta la afectación a la dimensión relacional de la víctima directa de una violación a *Dh*. El TEDH ha aceptado que cuando se violan derechos fundamentales de una persona, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad física, las personas más cercanas a la víctima también pueden ser consideradas como víctimas ("Kurt v. Turkey," 1998), lo cual ha sido reiterado, también, por la Corte IDH ("Bámaca Velásquez vs. Guatemala," 2000). En este sentido la integridad es un derecho que va más allá de la dimensión física, psíquica y moral, incluyendo el entorno relacional de la víctima, y por ello es que planteo la idea de una integridad multidimensional.

10.4. La aplicación de los criterios de primacía y exterioridad frente al arraigo

Así, vemos que con el *Arr.*, existe una violación inherente del derecho a ser informado de los cargos en contra de los sospechosos, pero, además, el retraso en la notificación de dichos cargos afecta directamente el principio del derecho de revisión judicial. Sin conocer los cargos, no hay forma de cuestionar la corrección de la detención basada en su razonabilidad.

También, los sospechosos son privados de su libertad hasta ochenta días, sobre la base de la presunción de la responsabilidad en la comisión de un delito. En este caso, no existe mención alguna de la carga de la prueba requerida para ganar una orden de *Arr.*, y sólo se requiere que la medida sea considerada 'necesaria' por el MP. En este aspecto, la 'necesidad' podría no ser más

que una sospecha subjetiva, ya que no existe un estándar de riesgo claro. Ya que para dictar un *Arr.* no se debe probar ninguna sospecha razonable, causa probable, evidencia clara y convincente, o prueba más allá de una duda razonable, la revisión judicial por razonabilidad es imposible.

Además, en términos prácticos, hay poco o nulo acceso judicial bajo *Arr.* Los arraigados no comparecen ante un juez durante este período, y aunque siempre el arraigado puede presentar una demanda de amparo, la Suprema Corte a raíz de la C.T. 293/11 ha reconocido la constitucionalidad de restricciones como ésta, y entonces, el amparo no lograría ser una medida adecuada de revisión judicial.

Asimismo, en términos concretos, el *Arr.* es una afrenta directa a la presunción de inocencia, ya que un arraigado se encuentra cubierto por un velo de culpabilidad práctica, aunque no jurídica. Lo anterior se ha corroborado en varias instancias, reconociendo que bajo *Arr.* existe más una presunción de culpabilidad que una de inocencia.²⁵⁰

De la misma forma, aunque el derecho a un abogado está previsto en la Constitución y en el Pacto de San José, este derecho es aplicable sólo una vez que se inicien formalmente los procesos penales. Debido a que los sospechosos en situación de *Arr.* no están acusados formalmente de ningún delito, entonces el derecho a un abogado es nulo. Además, las instancias en las que los detenidos bajo *Arr.* han dado declaraciones o han hecho confesiones sin la presencia de un abogado, son comunes, y dado que éstas, usualmente, son suficientes, no sólo para sustentar una acusación, sino para fundamentar una sentencia condenatoria, se crea un gran incentivo para su obtención, y se genera un total estado de indefensión. Al final, y como práctica general, a los detenidos bajo *Arr.*, se les niega regularmente el acceso a la asistencia jurídica, durante sus detenciones o al menos cuando se toman las declaraciones.

²⁵⁰ Para mayor información se puede acudir a varias fuentes citadas previamente, como CDH (2002), CAT (2007), SPT (2009), CCPR (CCPR, 2010), Open Society Justice Initiative (2014) y OCS Justicia (2015).

Por otro lado, la privación de libertad sin acusación formal puede constituir una forma de castigo anticipado que no cuenta con las garantías propias, pues los arraigados se encuentran en una especie de limbo procesal, sin haber sido acusados de ningún delito, pero sin ser libres a la vez. El privar de la libertad primero para investigar después, puede ser sumamente nocivo, sobre todo si al final no se hace una acusación formal, ya que detener sin pruebas y bajo meros indicios o sospechas, hace que la presunción de inocencia carezca de sentido.

Finalmente, la privación de la libertad arbitraria y todos los abusos, que son o puedan ser cometidos durante ella, afectan la integridad psíquica y moral, pero, además, como se ha demostrado con la jurisprudencia mencionada anteriormente de la Corte IDH, del TEDH, y otros precedentes de los mismos, y otros tribunales, normas internacionales y de *ius cogens*; la violación a la integridad de la persona se extiende a su dimensión relacional. Así, además de tener fuertes implicaciones en la persona recluida, el *Arr.*, atenta también contra una integridad en un contexto multidimensional, donde las violaciones se pueden proyectar al círculo de relaciones familiares, afectivas y comunitarias.

Todos los sistemas jurídicos han establecido reglas para dotar de herramientas de defensa, y obligan a la autoridad a actuar sólo en aquellos casos donde existan las condiciones necesarias para el ejercicio del poder. Sin embargo, tras la deconstrucción del *Arr.*, encontramos que esta medida extralimita las capacidades de la autoridad en varias aristas, lo que, en términos generales, constituye un ejercicio arbitrario del poder, el cual ha sido permitido en el marco jurídico mexicano, y que no ha podido ser frenado por el *Di*. Por ello, resulta necesario explorar alternativas críticas, para poder afrontar esta y otras grandes problemáticas. La alternativa de los criterios de exterioridad y primacía parecerían, entonces, una opción viable.

Los derechos salvajes fungen como una matriz de resistencia a un ejercicio arbitrario del poder público sobre las personas. En este sentido, es evidente que el *Arr.* va en contra de la imagen de un derecho salvaje que se traduce en normas de protección a la libertad personal, seguridad jurídica e integridad multidimensional, y, por ende, estas y otras herramientas jurídicas deben tener primacía sobre la norma que prevé el *Arr.* Ahora bien, resulta evidente, también, que esta imagen del derecho salvaje tiene mayores posibilidades de concreción empírica a través de la aplicación de varios instrumentos de *Di*, y en concreto del Pacto de San José, y varios criterios interpretativos de la Corte IDH. Es decir, en tanto que los elementos jurídicos citados anteriormente tienen posibilidades de concreción empírica, y, por encontrarse más próximos a la imagen del derecho salvaje que la norma restrictiva, estos deberían considerarse para una aplicación primaria, antes que la disposición constitucional que restringe su goce.

Como mencioné previamente, el criterio de primacía relativa permite determinar de manera empírica la norma que resulta de mayor beneficio en su situación concreta dentro del orden jurídico, esto es, en la interacción con otras reglas y restricciones de aplicabilidad. Ante la posibilidad de una mayor concreción empírica, la imagen del derecho salvaje obtenida tras la aplicación del criterio de exterioridad, y las normas existentes que mejor lo expresen, deben tener primacía frente a otras normas, es decir, deben tener preferencia una antes que la otra, pero no por encima de otra, lo que evitaría una derogación de la norma *prima facie*.

Por ende, en aplicación del principio de primacía, en el caso que motiva esta investigación, los anteriores artículos, independientemente de su fuente, podrían ser aplicados antes que la disposición que faculta a las autoridades a solicitar y otorgar órdenes de *Arr.*, contenida en la Constitución y la jurisprudencia.

10.5. ¿Y al final?: la capitulación de los derechos humanos

No es difícil concluir que el *Arr.*, es una figura completamente incongruente dentro del sistema de justicia mexicano, y siempre será contraria a los *Dh*, sin importar cuanto se adapte, se depure o modifique. Este mecanismo ineficaz de investigación, que vulnera los principios nucleares de varios derechos, no tiene cabida en lo absoluto en un entorno de *Dh*, no en aquel entorno del discurso dominante del universalismo, y no en uno desmitificado y crítico. Y en este contexto, la resolución C.T. 293/11 es extremadamente relevante ya que reivindica la posición de que, aún bajo el orden universalista, los Estados aún siguen manipulando el discurso de *Dh*, según sus intereses y en sacrificio de los derechos de sus ciudadanos. En el caso concreto de México, se reivindica la capacidad del Estado de adoptar herramientas en su “guerra” contra la delincuencia organizada, contraviniendo normas internacionales y la Constitución misma.

Por encima de todo, la defensa implacable de la *Sc*, trae como consecuencia el refrendo de medidas como el *Arr.*, que transgrede disposiciones esenciales de *Dh*, algo que es ampliamente reconocido, y que, sin embargo, el Estado Mexicano en su totalidad—incluyendo a cada uno de sus poderes—ha ignorado una y otra vez. Así, a pesar de ser jurídicamente contradictorio, y profundamente violatorio de derechos, el *Arr.* muestra el triunfo de la paranoia del Estado frente a la seguridad pública, en donde la víctima más grande es la seguridad ciudadana y los *Dh* de las personas.

CONCLUSIÓN

Este trabajo es el producto de más de 5 años de investigación, el cual ha seguido caminos, a veces claros, y a veces tan intrincados, que me han llevado a cuestionarme el rumbo del proceso en su totalidad. Al llegar al final de esta etapa, estoy convencido de la idea, quizá no tan clara en un principio, que me motivó a embarcarme en esta larga aventura, si tediosa en ocasiones, pero extremadamente satisfactoria al final.

A lo largo de estas páginas he tratado de evidenciar la necesidad de un cambio en la narrativa de los *Dh*, y he propuesto la corriente crítica como una alternativa viable para darles una nueva dimensión, una que permita recuperar su naturaleza revolucionaria y transgresora, siendo consciente de la necesidad de algunas herramientas útiles que la actual práctica internacional nos brinda.

Ante la espiral de violaciones por parte de los Estados, y una incapacidad generalizada del sistema internacional de remediarlas, creo, estamos ante una erosión profunda de la teoría y práctica de los *Dh*.

Por ello, antes de crear más y más instrumentos de protección, es fundamental plantearnos la concepción de los *Dh* desde la teoría, reconociendo que, como una construcción histórico filosófica, es también eminentemente jurídica, y por ello abierta a intrusión de intereses diversos. Igualmente, despojándonos de una creencia ciega en la coherencia y determinación formal del Derecho, debemos reconocer las interacciones con lo fáctico, lo empírico, lo político y lo social; y por consiguiente, debemos embarcarnos en una reconceptualización, no monolítica, de los derechos que permita su adaptabilidad a la realidad, pero sobre todo, su apertura a la crítica interna

constante. Sólo así los *Dh* podrán seguir siendo el arma más importante de las personas ante los abusos del poder público en todas sus manifestaciones.

Uno de los mensajes más importantes que quiero comunicar, es que los *Dh* han sido y siempre deben ser un asunto de los Estados. Ante la tendencia a creer que el *Di* es la clave para un mundo más justo, quiero resaltar que es la aplicación a nivel comunitario, a nivel de calle, en los focos micro políticos y en las experiencias *on the ground*, la estrategia más importante para lograrlo. Por ello, rescatando muchos mecanismos exitosos existentes, y reinterpretando principios enraizados en nuestra práctica jurídica, otorgo propuestas para acercarnos a una alternativa crítica de los *Dh*, que, considero, resulta más viable en este punto de inflexión de la historia humana.

i. Problemática central

El problema principal y motivo central de mi estudio fue la sentencia C.T. 293/11 de la Suprema Corte, que refrendó la posición tradicional de *Sc* al reconocer la validez de restricciones al goce y ejercicio de los *Dh*, siempre que las mismas se encuentren incluidas en la Constitución, sin mediar otro requisito de fondo.

Las reformas constitucionales de 2011 en materia de *Dh*, establecieron que todos los individuos deben gozar de los *Dh* que otorgan la Constitución y los tratados internacionales, además de reconocer que estos deben ser interpretados de acuerdo con ambos instrumentos normativos. Asimismo, la reforma reconoce jerarquía constitucional a los *Dh* establecidos en el *Di*, y obliga a la protección más amplia de las personas. Sin embargo, dado que la reforma no se acompañó de otra que definiera la posición jerárquica de los tratados con relación a la Constitución,

la Suprema Corte tuvo que determinar cómo las reformas de 2011 debían entenderse e insertarse en el marco constitucional y la práctica jurisdiccional operante en México.

Como resultado, la Corte reprodujo la visión tradicionalista de la *Sc*, y la confirmó como basamento incuestionable del derecho mexicano, sin importar que ello traiga consigo el incumplimiento de obligaciones internacionales, voluntariamente contraídas por el Estado mexicano, pero, por encima de todo, sin importar que resulte, también, en violaciones a los *Dh*.

En su razonamiento, la Corte concibe una fusión de los *Dh* sin importar la fuente de la que provengan, y su jerarquía normativa, conformando, como resultado, un bloque de *Sc*, en donde los derechos como tal, y no sus fuentes, adquieren una supremacía sobre cualquier ordenamiento jurídico, incluidos los mismos instrumentos normativos que los establecen, es decir, el derecho se desvincula de su fuente para ser parte del bloque de *Sc*. Sin embargo, tras su fusión en el bloque de *Sc*, y su consecuente incorporación al marco constitucional, no obstante su alegada ‘supremacía’, los derechos deben seguir las reglas de validez material y formal de la Constitución. Pero más aún, deben, inclusive, garantizar la operatividad y respetar otras reglas incluidas en la Constitución, independientemente de que éstas restrinjan a los derechos en cuestión, pues ahí, las jerarquías normativas no han sido abolidas o alteradas.

Por lo que, frente a un *dh* de fuente internacional y una restricción constitucional a su ejercicio, el bloque de *Sc* se superpondría al tratado internacional que contenga el derecho restringido, y en la misma lógica, al *dh* constitucional, en el entendido de que cualquier norma debe seguir las reglas, incluso restrictivas, incluidas dentro de la Constitución.

ii. Recapitulación

Del análisis del problema, encontré que la C.T. 293/11 encaró el tema de los conflictos normativos entre el *Dn* y *Di* desde dos aristas, primero, resolviendo los conflictos sobre *Dh* de fuente nacional e internacional bajo el criterio de jerarquía normativa, confirmando el principio de la supremacía de la Constitución sobre los instrumentos de fuente internacional tras la concepción del bloque de *Sc*, y, segundo, resolviendo los conflictos entre normas incluidas en el bloque de *Sc* y otras reglas constitucionales, permitiendo la limitación al goce y ejercicio a los *Dh*, a través de la mera existencia de normas restrictivas en el texto constitucional, eliminando, así, la posibilidad de un análisis jurisdiccional crítico.

Como primera conclusión general, encontré que a partir de la C.T. 293/11, y con el reconocimiento de validez de medidas restrictivas a los *Dh* contenidas en la Constitución—y concretamente el caso del *Arr.*—, se constata claramente una pobreza profunda en el discurso de los *Dh*, y el evidente uso político de ellos. A pesar de estar ampliamente demostrado que el *Arr.* es contrario a los *Dh* universalmente reconocidos y obligatorios para México, es paradigmático que el Estado mexicano haya evitado detener esa práctica violatoria, e incluso la haya defendido frente a la mirada de la comunidad internacional, incapaz, hasta el momento, de detenerla. Consecuentemente, se demuestra la incapacidad generalizada del sistema universal de *Dh* de hacer enteramente operativas sus disposiciones, cuando México y muchos otros países hacen suyo y enarbolan el discurso de los *Dh*, mientras que defienden y promueven medidas para coartar los derechos de las personas.

Con base en el problema fundamental encontrado, mi argumento e hipótesis central fue la pérdida de sentido de los *Dh*, puesto en evidencia por su erosión como ideología y *ethos* del orden

universalista. Ante una impotencia de los mecanismos internacionales de defensa de los *Dh* de generar soluciones profundas a los graves problemas del mundo contemporáneo, consideré pertinente la reevaluación del papel de los mismos como concepto, y de su interpretación.

Ante la necesidad de una nueva aproximación a su análisis y estudio, es evidente la necesidad de una visión diferente de los *Dh*, y por ello, intenté confeccionar, desde una línea teórica crítica, un replanteamiento de su concepto general, y de su interpretación aplicada a la práctica cotidiana. De tal forma, planteé la idea de los derechos salvajes, y propuse, como herramientas concretas para su descubrimiento, el criterio de primacía relativa y el criterio de exterioridad.

Concebí la idea de los derechos salvajes como fundamentos abstractos, que provienen de realidades concretas y de acontecimientos aleatorios, para dotar de nuevo sentido al concepto de los *Dh*. Estos fundamentos abstractos, a pesar de contar con una cierta juridicidad propia, no son derechos formales, son más una inepción, se encuentran en un estado *proto* jurídico, existen en una exterioridad salvaje, en la *peripheria*.

Los derechos salvajes, en su existencia *proto* jurídica, representan una fuerza moral que constituye la raíz de los *Dh*, y a la vez, su existencia y exigencia más radical. Estos derechos abstractos o fundamentos de derecho no constituyen una institución empírico jurídica concreta, es decir no son vinculantes en sí mismos, por encontrarse ‘fuera’ del discurso formal del derecho. Por ello necesariamente deben pasar por un tamiz de concreción que los convierta a forma jurídica.

Ya que los derechos salvajes son una categoría extremadamente densa, que no puede existir normativamente dentro del marco jurídico, es menester que en el análisis crítico se busque la traducción de su imagen desvelada. Así, es necesario buscar la interiorización del derecho salvaje a través de la reinterpretación o formulación de normas mediadoras que le permitan cobrar vigencia

dentro de un marco jurídico concreto. Al final, los derechos salvajes son una beta que, en efecto, va más allá de las categorías jurídico formales que se analicen e interpreten, pero sólo a través de la fuerza mediadora de éstas últimas, será posible hacerle vinculante. La intuición radical en el derecho salvaje, sin embargo, dotará de la exhaustividad necesaria para hacer frente a ataques normativos graves contra los derechos más fundamentales de las personas.

Con los derechos salvajes como basamento, el criterio de primacía relativa nos permite, no sólo determinar de manera práctica la interpretación del derecho de mayor beneficio *per se*, sino que, en su situación concreta dentro del orden jurídico, la posibilidad de su aplicación empírica. Como sustento crítico para dotar de relevancia al criterio de primacía como herramienta hermenéutica, el criterio de exterioridad, permitirá encontrar la imagen de un derecho salvaje desvelado, y aplicarlo, no desde un criterio de jerarquía normativa, sino desde un criterio de primacía, para la interiorización de la imagen del derecho salvaje.

Para comprobar empíricamente mi hipótesis, realicé un análisis de la práctica del *Arr.*, bajo una metodología crítica, y demostré que el *Arr.* hace más que acotar o reglamentar la dimensión normativa de derechos como el de libertad, seguridad e integridad, y más bien, afecta sus principios nucleares. De tal forma, aplicando los criterios de primacía relativa y de exterioridad, determiné que la práctica legalizada del *Arr.* es incompatible con la existencia y exigencia más radical de estos derechos, y que, por lo tanto, va en contra de la imagen de un derecho salvaje que fusiona la raíz de todos ellos, por lo que, interpretados críticamente de manera conjunta, armónica e integral, deberán tener primacía relativa frente a la norma constitucional que permite el *Arr.*

iii. Conclusiones

Por consiguiente, propongo, ahora, cinco conclusiones centrales que, de alguna u otra forma, engloban la serie de hipótesis y preguntas de investigación que me planteé en un principio, y que poco a poco he ido resolviendo. Su estructura no sigue un orden fundamentalmente lineal con respecto a la estructuración del capitulado, pues considero que al haber desarrollado ya ampliamente mis ideas, al lector le será fácil seguir la línea argumentativa que aquí presento para entender la propuesta en su totalidad.

- 1. Los derechos humanos son un concepto poroso y abierto al uso político. Su arrogación por los discursos de poder evidencia su pobreza en el contexto universalista contemporáneo; y aunque el derecho internacional puede ser un mecanismo viable para evitar abusos del poder público y para generar propuestas alternativas, ha resultado insuficiente para combatir transgresiones generalizadas de derechos humanos.*

Es innegable que los *Dh* están profundamente influenciados en su devenir histórico por el *Di*, sin embargo, los intereses de los Estados siguen impactando fuertemente la práctica de los *Dh*, y los han convertido en asuntos de política interna y exterior. En efecto, la consolidación del orden universalista bajo la tutela del *Di* y con el estandarte de los *Dh*, obedeció primordialmente a la expansión del discurso de las democracias liberales occidentales, y por ello debemos siempre recordar que, el discurso de los *Dh*, como todo discurso jurídico, es permeable a influencias ideológicas, políticas y económicas.

Sin olvidar las grandes victorias de los *Dh*, concluyo que, como toda institución jurídica, su discurso es internamente indeterminado, abierto al uso político y a la función ideológica. Por ello, pensar que el *Di* de los *Dh* es, y será siempre, la respuesta a los problemas de la humanidad es erróneo. Asumir que la consolidación del discurso de los *Dh* es el triunfo más grande de la humanidad no sería correcto. El largo proceso de generación de instrumentos, como respuesta al abuso del poder público sobre sus ciudadanos, no ha podido detener la abierta contravención de derechos en la práctica por parte de los Estados.

Si bien el *Di* es, a veces, el único mecanismo útil para combatir violaciones a *Dh*, aún es generalmente incapaz de lograr el cumplimiento de sus disposiciones. En efecto, nunca como ahora hemos presenciado tantas violaciones y abusos, y el andamiaje institucional internacional creado para velar por el cumplimiento de los mismos, es incapaz de rescatar la doctrina de los *Dh* de los discursos políticos que les han arrogado para legitimarse, e incluso para justificar políticas de lo más contradictorias.

Ahora bien, la *praxis* del *Di* ha desarrollado alternativas para interpretar los *Dh* desde nuevas perspectivas, alejándose de una interpretación fundamentada en la visión tradicional de la jerarquía de las normas. Distintos conceptos, criterios y técnicas interpretativas han sido útiles para resolver conflictos normativos, y han facilitado su aplicabilidad empírica.

Entre todos ellos, el *ppp*, como mecanismo hermenéutico, se ha convertido, quizá en la mejor herramienta disponible en la defensa de los *Dh*, pues ataca directamente las estructuras jerárquicas persistentes. Sin embargo, el principio también enfrenta problemas que ponen en riesgo su funcionalidad crítica, como son el formalismo estricto de aplicación de fórmulas pre establecidas, que puede terminar favoreciendo a partes ‘privadas’ por encima de personas humanas; y supeditar su uso a tecnicismos jurídicos que puedan restringir su operatividad. Es una

posibilidad, entonces, que el principio se aleje de su espíritu protector, y de su importancia como herramienta de lucha y reivindicación, y que sea traído por intereses que se alejen de su objetivo primario. Por ello, es necesario generar criterios alternativos para evitar la reivindicación de una humanidad vacía, y la humanización de lo no humano.

- 2. Es necesario regresar la arena de batalla a los Estados, pues son ellos los principales responsables de la violación de derechos humanos, pero también los principales responsables de su defensa. Para ello, es fundamental concentrarse en los focos micro políticos y en las experiencias 'on the ground', para lograr un redimensionamiento inductivo de los derechos humanos. Por consiguiente, se deben abandonar los enfoques tradicionalistas hacia la resolución de conflictos normativos, como es el de la supremacía constitucional, para encontrar planteamientos alternativos en la solución de las violaciones a los derechos humanos en la praxis.*

Frente a la erosión del discurso de los *Dh*, los Estados siguen perpetuando las violaciones en su contra, y la comunidad internacional sigue generando cada vez más instrumentos y mecanismos que, al final, son de una inmensa irrelevancia, ya que tanto la protección como la transgresión de los *Dh* termina ocurriendo a nivel local, en la interacción diaria con la autoridad, en una comunidad determinada.

Es por ello que afirmo que el Estado es, aún, el elemento más importante en la práctica de los *Dh*. A pesar de la consolidación del orden universalista y del *Di*, la política estatal sigue dictando las reglas de la práctica de los *Dh*, cuyas normas se encuentran siempre en pugna, y bajo la sombra del viejo debate de las jerarquías normativas.

Entonces, es irrelevante ya tratar de decidir si los Estados deben obedecer las normas de *Di* o viceversa, pues la consolidación del orden universalista ha cambiado por completo el contexto en que ambos ordenes jurídicos se insertan en la práctica cotidiana del Derecho. La narrativa de la interacción entre órdenes jurídicos ha cambiado profundamente, y el desarrollo del mundo jurídico se ha alejado de la visión obsoleta de las teorías monistas y dualistas, y, en este contexto pluralista que ha reconfigurado el debate en torno a la interpretación teórica de las relaciones entre el *Di* y el *Dn*, las estructuras, nacionales, supranacionales, regionales, y locales, se traslapan y funden, y no se puede hablar, ya, de una supremacía pura. Esto ha afectado profundamente el concepto de Constitución como ley suprema, y nos obliga a replantearnos el principio de supremacía en general.

La pérdida de la posición central del Estado ha llevado a cuestionar la concepción tradicional de la soberanía y la *Sc*, considerando la fusión y superposición de múltiples estructuras, y el constitucionalismo tradicional ha ido perdiendo vigencia ante interpretaciones contemporáneas que tienen en cuenta el nuevo contexto universalista. Así, reconociendo que la Constitución sigue siendo el ordenamiento primario que rige al Estado, pero sin olvidarnos de la fusión de todas las distintas estructuras que interactúan entre sí, todo el tiempo, al final, en materia de *Dh*, ningún orden jurídico debería considerarse supremo en términos jerárquicos, sino que se debe optar por una primacía de los derechos y su interpretación, con el mayor beneficio a la persona, pero siempre con una mayor posibilidad de concreción empírica.

Al final, el Estado es el principal responsable de violaciones a *Dh* y, para ello, es fundamental volver a hacer de los *Dh* un asunto de los Estados, como principales violadores, pero también como principales responsables de su defensa. Situando la arena de batalla de los *Dh* en los Estados, y enfocándonos en los focos micro políticos, antes de cualquier análisis, podremos

examinar los instrumentos y criterios existentes, en vez de generar cada vez más, pues la estructura jurídica internacional, será irrelevante si no se regresa la lucha a las comunidades y a las calles, haciendo preguntas específicas en vez de debatir ideas generales y abstractas.

Por ello es fundamental rescatar la experiencia micro política, la práctica en el terreno, en donde convergen múltiples actores, generando múltiples perspectivas *on the ground*, el lugar donde, todos los días, las víctimas y autoridades experimentan y viven los *Dh*, y los enfrentan cara a cara.

Desde el foco micro político, el juez, como un auténtico actor político, puede polinizar el discurso y las políticas de *Dh* a nivel macro, y, así, dejar atrás el discurso rancio de las jerarquías normativas, que fluye de arriba a hacia abajo, para permitir generar nuevas políticas alternativas desde el terreno, que puedan dar forma a una nueva visión de los *Dh* de manera inductiva.

3. *Para evitar la esclerotización del discurso de los derechos humanos, es necesario el replanteamiento de su concepto e interpretación para, así, recuperar su sentido crítico, radical y utópico. Después de un redimensionamiento del discurso del Derecho y de los derechos en general, la idea de los derechos salvajes aporta una visión crítica alternativa que puede ayudarnos a replantear la visión de los derechos humanos y su práctica e interpretación. Bajo la concepción de los estadios interior y exterior de los derechos, y la distinción entre el núcleo y el cortex de todo derecho humano positivo, la idea de los derechos salvajes, de la mano de los criterios de primacía relativa y exterioridad, nos permiten abordar estos derechos en general, y su interpretación desde una óptica no tradicional, redimensionando por completo su papel en el discurso jurídico actual y aportando herramientas críticas para la solución de problemas empíricos.*

El régimen de protección a los *Dh*, desde su incipiente formulación en las constituciones burguesas modernas, hasta su reivindicación y consolidación en el *Di*, se enfrenta, como desde sus inicios, al abuso del poder y al uso de la fuerza por parte del Estado. Al mismo tiempo, la radicalidad que caracterizó al movimiento histórico filosófico que dio origen a los derechos naturales, y a la postre a los *Dh*, ha ido sucumbiendo ante una burocratización y politización creciente en el orden universalista. Así, los *Dh* están erosionados por su incapacidad de frenar su penetración por intereses políticos y económicos, y por ello es necesario replantear toda la narrativa de los *Dh*, para recobrar su naturaleza revolucionaria y radical.

Los *Dh*, como producto histórico social, parten de una base filosófica que concibe a un ser humano titular de unos derechos morales generales y fundamentales, inherentes a su naturaleza, unos derechos y libertades que le son debidos por el simple hecho de ser “humano”, y que son oponibles al poder público como límites a sus actuaciones. La fuente de estos derechos naturales cambió de un sustento divino a una concepción ontológica del ser humano, después a la razón, y culminó en la Constitución, el Estado y en el Derecho mismo, y esta transformación marcó una pérdida de fe en la capacidad para justificar derechos sobre una base trascendente. Sin embargo, estos derechos deben encontrarse por encima de la política, como discurso y *praxis* neutral, racional y natural.

En este orden de ideas, extraigo de Costas Douzinas la idea de un derecho natural radical, en donde los *Dh* se encontrarían entre la naturaleza ideal y el Derecho o, entre lo existente y su trascendencia, con una potencialidad radical pero eminentemente utópicos. Esta idea de derecho natural radical, busca regresar la tradición de resistencia y conflicto, la resistencia e igualdad radical de unos derechos utópicos, con una ética, una responsabilidad y un deber de cuidado, abandonando una concepción errónea de la persona, expresando y promoviendo singularidades y

diferencias, en vez de igualdades y equivalencias de identidades dominantes, y reintroduciendo en esa ética un sentido del bien y de lo bueno más allá de los derechos individuales y de los bienes en específico.

Con base en el derecho natural radical de Douzinas, acudo a Duncan Kennedy y a la renuncia en la creencia en la coherencia racional del discurso jurídico en general, como sistema positivo, y a la “pérdida de fe” en el discurso de los derechos, por tratarse de reglas determinables por intereses ideológicos, abiertas a su explotación o a generar vacíos, conflictos o ambigüedades en casos particulares, pero destacando que los derechos son necesarios para la subsistencia social.

Recalcando que, más allá del sistema positivo en el que existen, y rescatando otro argumento central de Kennedy, los derechos tienen una existencia previa e independiente a su reconocimiento positivo, coincido en que los derechos guardan un papel ambiguo en el discurso jurídico, pues no sólo representan normas, sino también el fundamento de las mismas. Los derechos exteriores, el primer momento o estadio de los derechos, son fundamentos abstractos que dan origen al derecho, y que, al ser positivizados, se convierten en derechos interiores, adquiriendo una doble existencia, en tanto que siguen siendo independientes de cualquier régimen jurídico, a la vez de que son positivos, pues son también parte de un sistema de Derecho específico.

Partiendo de estas ideas de lo radical y utópico, y de la doble existencia de los derechos extraídas de los *Crits*, planteo la idea de los derechos salvajes, como fundamentos abstractos de derechos que provienen de realidades concretas y de acontecimientos aleatorios. En un primer estadio tienen una forma *proto* jurídica, y existen en una exterioridad salvaje, en donde poseen toda su potencialidad radical. En este sentido, sería posible conocer o desvelar el derecho salvaje a través de una ‘metodología’ de exterioridad, es decir, un proceso crítico de exterioridad que sea simultáneamente un proceso de interiorización y de concreción de un *dh* positivo. Por ello, al

buscar la exterioridad de un derecho o desvelar el derecho salvaje, simultáneamente se está realizando un proceso de interiorización, cuyo objetivo es traducir la idea de ese derecho exterior en clave jurídica, es decir, la interiorización de un derecho subyacente, transformándolo en un *dh* positivo.

Siguiendo la línea de mi argumento crítico, concluyo que todos los *Dh* positivos, tienen a su vez dos componentes, un núcleo, en el que existe el principio que les da fundamento, y un *cortex*, en donde existen la o las normas que les regulan y les dan operatividad jurídica.

En un contexto de interacción jurídica regular, los derechos no entran en conflicto a nivel de su núcleo y sólo al nivel del *cortex*, es decir son las normas de derecho, y no el principio nuclear, el que entra en conflicto con otra norma de derecho. Sin embargo, existen casos concretos en donde normas que establecen medidas restrictivas pueden afectar el núcleo del derecho. Es decir, ya que la dimensión normativa del derecho en su estadio interior está abierta al uso político, entonces, también, el principio nuclear es susceptible de ser afectado. Por ello, cualquier interpretación que trate de solucionar un problema de colisión o conflicto de normas, en la que el principio nuclear de un *dh* positivo pueda ser afectado por una norma restrictiva, debe, entonces, buscar un criterio que permita enfrentar al derecho, más allá de su dimensión normativa contra una restricción, dando la posibilidad al juez de aplicar una norma o criterio que revele la imagen del derecho salvaje, antes de la norma restrictiva, para así, defender, por encima de todo, la dimensión más radical del derecho de las personas, frente a posibles abusos del poder público, justificados y reivindicados por el Derecho.

Ya que en estado interior todos los derechos son abiertos y porosos a intrusiones discursivas externas, si el principio nuclear del *dh* positivo es afectado por una norma restrictiva, es necesario buscar un criterio que nos permita, aún, luchar contra esta restricción. Así, planteo el

criterio de exterioridad, que es la búsqueda de la exterioridad del derecho, o desvelamiento del derecho salvaje.

El criterio de exterioridad, requiere ir más allá de las capas de lo jurídico y buscar subtextos en las restricciones a los *Dh*, para poder oponer a ellos los elementos del derecho salvaje, y por ello, la búsqueda de la exterioridad del derecho deberá ir siempre precedida de un ejercicio que nos permita revelar capas y subtextos subyacentes. Para lograr lo anterior, acudo a Jacques Derrida y propongo la deconstrucción como un medio para lograr poner al descubierto las capas ocultas de la norma, y tratar de ir más allá de lo que dice, para revelar lo que no dice

Así, podremos alcanzar la idea/intuición de la posibilidad más radical del derecho o el derecho salvaje, dando paso a la solución más plausible y beneficiosa, con una aplicación basada en la exterioridad misma de los *Dh*, para transformarse y devenir en un nuevo criterio de primacía relativa, que traduzca la búsqueda de exterioridad en cada caso concreto, aplicando primero, la norma e interpretación más próxima a la imagen del derecho salvaje, antes de la norma restrictiva, sin importar la jerarquía que guarde en un orden jurídico determinado, cuando aquella tenga una mayor posibilidad de concreción empírica.

Con un principio de primacía relativa, la norma más favorable o la nueva interpretación de las normas no existentes, tendría preferencia una antes que la otra, pero no por encima de otra, dejando a la Constitución una aplicación preferente en materia de ordenamiento interno, pero en materia de *Dh* la primacía debería ser de aquel criterio que, en el caso concreto, tenga mayores posibilidades de concreción empírica, y que otorgue una mayor protección, de acuerdo a la imagen más radical del derecho, es decir, la imagen del derecho salvaje.

4. *Después de un análisis crítico del arraigo, es evidente que su práctica vulnera directamente los núcleos de derechos como el de libertad personal, el de integridad multidimensional y el de seguridad jurídica. Para tratar de resistir lo anterior, a través de un análisis de exterioridad podemos encontrar una raíz común a los derechos vulnerados, y la fusión de sus causas, sus principios y sus elementos en un proto derecho que constituye la imagen desvelada de un derecho salvaje, el cual implica una defensa y una resistencia radical ante la posibilidad de afectación de derechos concretos de una persona y, en este sentido, busca preservar una situación de salvedad general frente al ejercicio de la privación de la libertad por parte del poder público que se extiende, en el caso del arraigo, al confinamiento que vulnera principios nucleares de Dh, aún y cuando se encuentre, en efecto, amparado y regulado por la ley.*

Del ejercicio deconstructivo del Arr. quedaron expuestas las capas subyacentes y subtextos no explícitos, que van más allá de lo jurídico para entrar en la arena de lo político. De manera inversa, y a partir del mismo ejercicio, se ha revelado la imagen de un derecho salvaje que muestra la raíz común de una serie de derechos de la persona frente a la acción punitiva y de privación de libertad que ejerce el Estado, sobre todo cuando, amparado por la ley, el confinamiento de la persona transgreda principios nucleares de Dh.

Encontrando la raíz de derechos como el de libertad personal, el de seguridad jurídica, y el de integridad multidimensional; así como la fusión de sus causas, principios y elementos, con el menoscabo sufrido por la persona concreta, la necesidad generada de cesar la violación, la aspiración de solución empírica, la posibilidad material de solución, la capacidad de concretarla, y la base moral o el *ethos* crítico, se evidencia un *proto* derecho, una imagen del derecho salvaje

desvelado, traducida en aquellos principios nucleares de *Dh* que fungen como categorías jurídicas mediadoras, y que a su vez comparten una misma raíz, exterior a ellos. Esta raíz, esta dimensión radical o derecho salvaje, implica una defensa y una exigencia de respeto de la persona frente a la privación de la libertad, y, más específicamente, tratándose del *Arr.*, frente al confinamiento que transgreda *Dh*, aún y cuando esté previsto por la ley.

Esta imagen del derecho salvaje que se revela, sigue un proceso de interiorización al ser traducido en clave jurídica formal, mediante ciertas categorías normativas mediadoras que encontramos en: la posibilidad de combatir la privación de la libertad; la existencia de prerrogativas o garantías mínimas durante el confinamiento de una persona; la necesidad de que la privación de la libertad cuente con ciertos parámetros para evitar la arbitrariedad; la posibilidad de gozar de medios de defensa adecuados; y, tener tutela judicial. Como uno de los elementos más importantes en la concepción de este derecho salvaje se encuentra la presunción general de inocencia, y el derecho a la defensa jurídica. Englobando todos estos elementos, existe el elemento esencial de la necesidad de garantizar condiciones que permitan la integridad de la persona, que va más allá de la dimensión, física, psíquica y moral del confinado, extendiéndose a su dimensión relacional —en tanto que el suplicio del arraigado va más allá de su propio cuerpo y se proyecta a las relaciones personales, familiares y comunitarias—, por lo que dicha integridad es también multidimensional.

Como resultado de la aplicación del criterio de exterioridad, es evidente que el *Arr.* va en contra de la imagen del derecho salvaje que representa la raíz común a los derechos de libertad personal, de seguridad jurídica y de integridad multidimensional, y, por ende, la interpretación de criterios normativos existentes, en su función mediadora para la interiorización del derecho salvaje, deben tener primacía sobre la norma que permite el ejercicio del *Arr.* En este sentido, el criterio de

primacía relativa permite determinar, de manera empírica, la norma que resulta de mayor beneficio en su situación concreta dentro del orden jurídico, en la interacción con otras reglas y restricciones de aplicabilidad, y por ello, en su aplicación, la interpretación del derecho salvaje, sustentada por los criterios normativos específicos procedentes, independientemente de su fuente, deberían ser aplicados antes de la norma restrictiva.

5. *Más allá de las profundas incongruencias en el entorno político y jurídico del arraigo, su práctica transgrede el núcleo de derechos establecidos en la misma Constitución y en tratados internacionales obligatorios. Por todo ello, resulta pertinente y relevante solucionar el conflicto que genera el arraigo, como norma restrictiva que afecta principios nucleares de derechos humanos, mediante la aplicación de los criterios de primacía relativa y de exterioridad, que nos permitan desvelar la imagen del derecho salvaje, y, como consecuencia, lograr una interpretación y criterio normativo que genere una solución empírica concreta, logrando la abolición del arraigo.*

No es difícil concluir que el *Arr.*, como forma de detención preventiva que permite la detención sin una imputación formal, y por un periodo largo e injustificado de tiempo, es una figura completamente incongruente dentro del sistema de justicia mexicano, y contrario a los *Dh*.

Concluyo, que el *Arr.* es una figura incongruente y contraria a los *Dh*, por muchos y diversos motivos. Primero, fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte en 2006 por considerar la práctica violatoria de derechos fundamentales. Sin embargo, este fue re incorporado a la Constitución en 2008 como parte de una serie de medidas especiales de corte represivo, para

combatir a la delincuencia organizada, pero dentro de un paquete de reformas mayormente garantistas.

Al ser incluido en la Constitución, el *Arr.* pudo circunvenir su problema formal más importante, la inconstitucionalidad, sin embargo, al hacerlo, engendró la semilla de su propia incongruencia. El *Arr.* es también profundamente incongruente pues fue introducido a la Constitución junto con una serie de reformas que buscaron fortalecer el proceso penal y respetar derechos tanto de las víctimas como de los inculpados, buscando el mejoramiento del sistema en general. Sin embargo, la llamada “guerra” contra la delincuencia organizada permitió incorporar un régimen especial en materia de delincuencia organizada, percibido como la cara represiva del mismo sistema garantista. Con disposiciones como el *Arr.*, la autoridad se exceptiona ante obligaciones de garantizar derechos de debido proceso.

También, el reconocimiento indirecto que hace Suprema Corte de la validez constitucional del *Arr.* es intrínsecamente contradictorio conforme a los criterios establecidos previamente por ella misma, y en el contexto de la reforma que lo trajo a la vida constitucional de México. En efecto, resulta profundamente contradictoria la ratificación, por parte de la Suprema Corte, de restricciones al goce de los *Dh*—como el *Arr.*—, al estipular que las normas de *Dh* contenidas en tratados internacionales tienen la misma fuerza normativa que las contenidas en la Constitución, pero reconociendo que cuando en la misma Constitución se disponga una restricción expresa al ejercicio de dichos derechos, se deberá estar a lo que indica el texto fundamental. En efecto, a pesar de reconocer igual jerarquía a los *Dh* establecidos en la Constitución, y los establecidos en los tratados internacionales obligatorios para México, e incluso reconociendo la capacidad de los jueces mexicanos de resolver conforme a normas que ofrezcan mayores protecciones, la Corte refrendó la posición tradicional de *Sc*, reivindicando la capacidad del Estado de establecer

restricciones al ejercicio de los derechos bajo el argumento de la seguridad pública, pero sin que realmente sea necesaria la sustanciación de una justificación exhaustiva, como debería ser, dada la falta de requisitos claros de fondo, dejando sólo el cumplimiento de un requisito de forma, es decir, su inclusión en la Constitución.

Además de ser intrínsecamente contradictorio, el *Arr.* viola los principios nucleares de varios derechos, y abre las puertas a muchas otras violaciones. Después de un ejercicio deconstructivo, encontramos al *Arr.* desnudo, como una medida que extralimita las capacidades de la autoridad y que constituye un ejercicio arbitrario del poder público. Con ello, la medida vulnera el núcleo de los derechos de libertad personal, de seguridad jurídica, así como el de integridad en su contexto multidimensional.

Ya que los derechos salvajes no pueden ser vinculantes en tanto que no pueden existir normativamente en un marco jurídico concreto, es necesario buscar la interiorización del derecho salvaje, a través de la reinterpretación o formulación de normas mediadoras que le puedan dotar de un carácter vinculante. Por ello, las normas vigentes de *Di*, y en específico aquellas dentro del sistema interamericano de derechos humanos, encabezadas principalmente por las del Pacto de San José, y la interpretación doctrinal y jurisprudencial, nos aportan mayores posibilidades de concreción empírica, por encontrarse, aquellas normas, más próximas a los derechos nucleares y a los elementos de la imagen del derecho salvaje desvelado. Por ello, en la interpretación del derecho salvaje, aquellos elementos normativos existentes deberán aplicarse antes que la medida del *Arr.* Lo anterior significa que, en aplicación del principio de primacía, la interpretación del derecho salvaje sustentada por los elementos normativos analizados, deberían ser aplicados por el juez en el caso concreto, antes que la disposición constitucional y la jurisprudencia que valida el *Arr.*

*

Al final de estas páginas siento la obligación de reconocer que no pretendo elaborar una nueva teoría de los *Dh*, ni tampoco desechar por completo los logros y avances del *Di* en materia de *Dh*. Mi objetivo es—nuevamente—confeccionar una idea alternativa que, operando bajo el contexto existente, pueda aportar soluciones viables a problemas concretos, sin ánimo de universalismos ni de transformaciones radicales, no porque no crea en la necesidad de un cambio radical, sino porque considero que el cambio más valioso es aquel que es efectivamente posible, y para que algo sea posible, debe tener expectativas razonables y marcos de tiempo adecuados.

Por lo tanto, si mi propuesta prueba tener alguna funcionalidad empírica, habré cumplido con mi cometido, si no, espero que yo mismo, o alguien más, regrese a estas páginas y critique aquello que deba ser criticado, y deseche lo que probó no ser efectivo.

* * *

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Calderón vs. Ecuador, No. 129, Serie C, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005 (Corte IDH 2005).
- Adamson, P. (2014). *Classical Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Adamson, P. (2016). *Philosophy in the Islamic World*. Oxford: Oxford University Press.
- Afanador, M. I. (2002). El derecho a la integridad personal. *Reflexión Política*, 4(8).
- AI. (2009). *Mexico: New Reports of Human Rights Violations by the Military*. London: Amnesty International.
- AI. (2014). *Out of Control: Torture and other Ill-treatment in Mexico*. London: Amnesty International.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (E. Garzón Valdés, Trans.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2004a). *El concepto y la validez del derecho* (2a. ed.). Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (2004b). *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.
- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. In M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 13-42). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 11, 3-13.
- Amezcuza Gutiérrez, G. (2013). Extensión tuteladora del principio pro homine a las personas morales. *Fisco actualidades*, 13, 3.
- Andronico, A. (2012). Daydreaming: Derrida's Contribution to the Theory of Law. In A. Martinengo (Ed.), *Beyond Deconstruction: From Hermeneutics to Reconstruction*. Berlin: De Gruyter.
- Anglo-Norwegian Fisheries (U.K. v. Norway), Order 117 (I.C.J. 1951).
- Anzilotti, D. (1905). *Il diritto internazionale nei giudizi interni*. Bologna: Ditta N. Zanichelli.
- Anzilotti, D. (1923). *Corso di diritto internazionale: lezioni tenute nell'Università di Roma nell'anno scolastico 1922-23 (Introduzione, I soggetti, Gli organi)* (3a ed.). Roma: Athenaeum.
- Anzilotti, D. (1929). *Cours de Droit International* (G. Gidel, Trans.). Paris: Recueil Sirey.
- Aponte Núñez, E. J. (2014). The International Validity of the Venezuelan Denunciation of the American Convention on Human Rights. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 8(1), 3.
- Argüelles y otros vs. Argentina, No. 288, Serie C, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Corte IDH 2014).
- Aristóteles. (1985). *Ética Nicomáquea*. Madrid: Gredos.
- Asamblea General. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. (217 A (III)). O.N.U.
- Asamblea General. (1966a). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (999 U.N.T.S. 3). O.N.U.
- Asamblea General. (1966b). *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*. (999 U.N.T.S. 171). O.N.U.

- Atienza, M. (1982). Marx y los derechos humanos. *Cuadernos de la Facultad de Derecho, Universidad de Palma de Mallorca, 1*, 13.
- Atienza, M. (2008). *Marx y los derechos humanos*. Lima: Palestra Editores.
- Avena and Other Mexican Nationals (Mex. v. U.S.) 12 (I.C.J. 2004).
- Bámaca Velásquez vs. Guatemala, No. 70, Serie C, Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Corte IDH 2000).
- Barnés, J. (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario. *Revista de administración pública, 135*, 495-538.
- Basave Fernández del Valle, A. (1985). *Filosofía del derecho internacional: iusfilosofía y politología de la sociedad mundial*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bayarri vs. Argentina, No. 187, Serie C, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008 (Corte IDH 2008).
- Benhabib, S. (2004). *The rights of others : aliens, residents and citizens*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bentham, J. (1876). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Oxford University.
- Beuchot, M. (2001). *Filosofía y derechos humanos* (4a. ed.). México: Siglo Veintiuno Editores.
- Bianchi, A. (2008). Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*. *European Journal of International Law, 19*(3), 491.
- Bigliani, P., & Bovino, A. (2008). *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Biland, É., & Steinmetz, H. (2017). Are Judges Street-Level Bureaucrats? Evidence from French and Canadian Family Courts. *Law & Social Inquiry, 42*(2), 298–324.
- Black's Law Dictionary. (2004) (8th Ed. ed.). St. Paul: Thomson.
- Bloch, E. (1996). *Natural Law and Human Dignity* (D. Schmidt, Trans.). Cambridge: The MIT Press.
- Bloom, H. (1997). *The Anxiety of Influence*. New York: Oxford University Press.
- Brownlie, I. (1990). *Principles of Public International Law* (4th ed.). New York: Oxford University Press.
- Buergenthal, T. (2006). The Evolving International Human Rights System. *American Journal of International Law, 100*, 783.
- Buergenthal, T., & Maier, H. G. (1990). *Public International Law in a Nutshell*. Eagan: West Publishing.
- Bustamante Donas, J. (2001). La Sociedad de la Información: Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica. *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*(1).
- Cabrera García y Montiel Flores vs. México, No. 220, Serie C, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Corte IDH 2010).
- Cámara de Diputados. (2011). Proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de las Leyes Federal contra la Delincuencia Organizada; Orgánica del Poder Judicial de la Federación; y de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Gaceta Parlamentaria, 3411-IV*.

- Camarena Vázquez, B., & Rosillo Martínez, A. (2014). Las personas morales como sujetos de derechos humanos en razón a la Reforma Constitucional de 10 de junio de 2011. *Código Libre*, 2(4), 28.
- Cantos vs. Argentina, No. 85, Serie C, Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001 (Corte IDH 2001).
- Carbonell, M. (2008). Introducción. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. In M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 10-13). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), General List No. 70 14 (I.C.J. 1986).
- Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Neth. v. Swed.) 55 (I.C.J. 1958).
- Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belg. v. Spain), Second Phase; Judgement 3 (I.C.J. 1970).
- Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), General List No. 70 3 (I.C.J. 1980).
- Case of the S.S. "Wimbledon" (U.K. v. Japan), Series A.- No. 1 (P.C.I.J. 1923).
- Cassese, A. (1990). Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dedoublement fonctionnet) in International Law. *European Journal of International Law*, 1(1), 210.
- Cassese, A. (2005). *International Law*. New York: Oxford University Press.
- Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, No. 52, Serie C, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Corte IDH 1999).
- CAT. (2007). Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Conclusiones y recomendaciones del Comité Contra la Tortura: Mexico. *U.N. Comitee Against Torture, CAT/C/MEX/CO/4*.
- CCPR. (2010). *Report on the situation of human rights in Mexico by the Mexican Commission on the Defence and Promotion of Human Rights presented before the United Nations Committee on Civil and Political Rights in its 98th Sitting Period*. New York: U.N.
- CDH. (2002). Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones de la tortura y la detención. Informe del grupo de trabajo sobre la detención arbitraria acerca de su visita a México. *U.N. Comission on Human Rights, E/CN.4/2003/8/Add.3*
- Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, No. 170, Serie C, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Corte IDH 2007).
- Cianciardo, J. (1999). Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 41, 45-55.
- Cianciardo, J. (2007). *El ejercicio regular de los derechos: Análisis y crítica del conflictivismo* (1º ed.). Buenos Aires: AdHoc.
- Cianciardo, J. (2010). The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights. *Journal of Civil Law Studies*, 3(1), 177-186.
- CNDH. (2009). *Recomendación No. 77/2009*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- CNDH. (2010a). *Recomendación No. 21/2010*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

- CNDH. (2010b). *Recomendación No. 23/2010*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Código Federal de Procedimientos Penales, Diario Oficial de la Federación (1931 Reformado DOF 27-01-2009).
- Código Nacional de Procedimientos Penales, Diario Oficial de la Federación (2014 Última Reforma DOF 17-06-2016).
- Constitución Española, (1978).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación (México 1917 Última Reforma DOF 15-09-2017).
- The Constitution of the United States of America, (1789).
- Contradicción de Tesis 293/2011 (SCJN 2013).
- Coombe, R. J. (2010). Honing a Critical Cultural Study of Human Rights. *Communication and Critical/Cultural Studies*, 7(3), 230.
- Corte IDH. (2018). Integridad Personal. In *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Vol. 10). San José: Corte IDH.
- Council of Europe. (1950). *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*. (ETS 5). Rome.
- Crawford, J. (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law* (8 ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Crema, L. (2010). Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s). *European Journal of International Law*, 21(3), 681.
- De la Torre Rangel, J. A. (1998). *Alonso de la Veracruz: amparo de los Indios*. Aguascalientes: Universidad Autónoma de Aguascalientes.
- De la Torre Rangel, J. A. (2001). *Derechos Humanos desde el Iusnaturalismo Histórico Analógico*. México: Porrúa.
- De Oliveira Mazzuoli, V., & Ribeiro, D. (2014). The Japanese Legal System and the Pro Homine Principle in Human Rights Treaties. *Journal of Civil & Legal Sciences*, 3(3).
- Deaton, J. (2012). Arraigo y reforma legal en México. In O. Rodríguez Ferreira & D. Shirk (Eds.), *La reforma al sistema de justicia penal en México*. San Diego: University Readers.
- Deaton, J., & Rodríguez Ferreira, O. (2015). *Detention Without Charge*. San Diego: University of San Diego.
- Deaton, J., & Rodríguez Ferreira, O. (2016). Detention without charge. In M. P. Moloeznik & D. J. Haro Reyes (Eds.), *Security and Human Rights in Mexico*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara.
- Derrida, J. (1990). Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority". [Force de loi: Le "Fondement mystique de l'autorité"]. *Cardozo Law Review*, 11(5-6), 919-1046.
- Derrida, J. (2007). *Psyche: inventions of the other* (P. Kamuf & E. Rottenberg Eds. Vol. 2). Stanford: Stanford University Press.
- Díaz Revorio, F. J. (2004). *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Significado y Trascendencia*, "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". Lima: Palestra
- Domingo, R. (2009). The Crisis of International Law. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 42(5), 1543-1593.
- Donnelly, J. (1998). *International Human Rights*. Boulder: Westview Press.
- Douzinas, C. (2000). *The End of Human Rights*. Oxford: Hart Publishing.

- Douzinas, C. (2002). The End(s) Of Human Rights. *Melbourne University Law Review*, 26(2), 445.
- Douzinas, C. (2007). *Human Rights and Empire*. New York: Routledge-Cavendish.
- Douzinas, C. (2012). The poverty of (rights) jurisprudence. In C. Gearty & C. Douzinas (Eds.), *The Cambridge companion to human rights law* (pp. 56-78). New York: Cambridge University Press.
- Douzinas, C. (2013). The Paradoxes of Human Rights. *Constellations*, 20(1), 51-67.
- Douzinas, C. (2014). A Short History of the British Critical Legal Conference or, the Responsibility of the Critic. *Law and Critique*, 25(2), 187.
- Douzinas, C., & Gearty, C. (2012). Introduction. In C. Gearty & C. Douzinas (Eds.), *The Cambridge Companion to Human Rights Law*. New York: Cambridge University Press.
- Douzinas, C., & Gearty, A. (2005). *Critical Jurisprudence*. Portland: Hart Publishing.
- Douzinas, C., Goodrich, P., & Hachamovitch, Y. (1994). Introduction: politics, ethics and the legality of the contingent. In C. Douzinas, P. Goodrich, & Y. Hachamovitch (Eds.), *Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies*. London: Routledge.
- Drnas de Clément, Z. (2015). La complejidad del principio pro homine. *Jurisprudencia Argentina*, 12(1), 98.
- Duffy, A. (2012). Detainee as Exile: Theorizing the Political-Legal Underpinnings of Executive Detention. *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, 7(1), 1-17.
- Dworkin, R. (1980). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (M. Guastavino, Trans. 2a. ed.). Barcelona: Editorial Ariel.
- Echarri Cánovas, C. J. (2012). *Panorama Estadístico de la Violencia en México*. México: El Colegio de México.
- Elettronica S.p.A. (ELSI) (U.S. v. Italy) 15 (I.C.J. 1989).
- Erich Stauder v. City of Ulm, 26/69 ECR 419 (E.C.J. 1969).
- Erie Railroad Co. v. Tompkins, 304 64 (S. Ct. 1938).
- Escalona Martínez, G. (2004). La naturaleza de los Derechos Humanos. In Y. Gómez (Ed.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derecho Humanos.
- Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), No. 7, Serie A, Opinión Consultiva de 29 de agosto de 1986 (Corte IDH 1986).
- Fernández, E. (2003). *Igualdad y Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos.
- Ferrajoli, L. (2000). Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global. In M. Carbonell (Ed.), *Teoría de la Constitución* (pp. 397). México: Porrúa.
- Filártiga v. Peña-Irala, 630 876 (2d Cir. 1980).
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Fioravanti, M. (2000). *Los derechos fundamentales* (M. Martinez Neira, Trans. 3a ed.). Madrid: Trotta.
- Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trotta.
- Fitzmaurice, G. (1957). The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law. In *Recueil des Cours* (Vol. 92, pp. 5-227). Leyde: Académie de Droit International de la Haye.

- Fitzmaurice, G. (1986). *The law and procedure of the International Court of Justice* (Vol. II). Cambridge: Grotius Publications.
- Fletcher, B. (1931). *American Interpretations of Natural Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Flynn, J. (2003). Habermas on Human Rights. *Social Theory and Practice*, 29(3), 431.
- Flynn, J. (2012). Human Rights in History and Contemporary Practice: Source Materials for Philosophy. In C. Corradetti (Ed.), *Philosophical Dimensions of Human Rights* (pp. 3). New York: Springer.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar* (1a. ed.). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (2008). *El orden del discurso*. Barcelona: Tusquets Editores.
- Free Zones of Upper Savoy and District of Gex (Fr. v. Switz.), Ser. A/B. No. 46 (P.C.I.J. 1932).
- Frohnen, B., & Grasso, K. (2008). *Rethinking Rights : Historical, Political, and Philosophical Perspectives*. Columbia: University of Missouri Press.
- Fukuyama, F. (2002). *The end of history and the last man*. New York: Perennial.
- Gangaram Panday vs. Surinam, No. 16, Serie C, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994 (Corte IDH 1994).
- García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, No. 137, Serie C, Sentencia de 25 de noviembre de 2005 (Corte IDH 2005).
- García Maynez, E. (1999). *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Porrúa.
- Gearty, C. (2012). Spoils for which victor? Human rights within the democratic state. In C. Gearty & C. Douzinas (Eds.), *The Cambridge Companion to Human Rights Law*. New York: Cambridge University Press.
- Gentili, A. (1924). *De Legationibus Libri Tres* (Vol. I). New York: Oxford University Press.
- Gewirth, A. (1982). *Human Rights: Essays on Justifications and Applications* (1st. ed.). Chicago: The University of Chicago Press.
- Gramsci, A. (2012). *Selections from the Prison Notebooks*. New York: International Publishers.
- Grotius, H. (1814). *The rights of war and peace* (A. C. Campbell, Trans.). London: Boothroyd.
- Haakonssen, K. (1999). Hugo Grotius and the History of Political Thought. In K. Haakonssen (Ed.), *Grotius, Pufendorf and Modern Natural Law*. Dartmouth: Ashgate.
- Habermas, J. (1974). *Theory and Practice* (J. Viertel, Trans.). Boston: Beacon.
- Habermas, J. (1996). *Between Facts and Norms*. Cambridge: The MIT Press.
- Habermas, J. (2008). The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society. *Constellations*, 15(444).
- Habermas, J. (2014). Plea for a constitutionalization of international law. *Philosophy and Social Criticism*, 40(1), 5-12.
- Hart, H. L. A. (1955). Are There Any Natural Rights? *The Philosophical Review*, 64(2), 175-191.
- Heinle, K., Rodríguez Ferreira, O., & Shirk, D. (2016). *Drug Violence in Mexico*. San Diego: Justice in Mexico, University of San Diego.
- Henderson, H. (2004). Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Revista IIDH*, 39, 71.
- Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, No. 110, Serie C, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004 (Corte IDH 2004).
- Hersant, J., & Vigour, C. (2017). Judicial Politics on the Ground. *Law & Social Inquiry*, 42(2), 292-297.
- Hervada, J. (1996). *Introducción Crítica al Derecho Natural* (3ª ed.). México: Minos.

- Hill Jr., D. (2013). The Concept of Personal Integrity Rights in Empirical Research. *Political Concepts. Committee on Concepts and Methods Working Paper Series*, 59, 1-30.
- Hobbes, T. (1994). *Leviathan* (E. Curley Ed.). Indianapolis: Hackett.
- Howard, R., & Donnelly, J. (1987). Introduction. In R. Howard & J. Donnelly (Eds.), *International Handbook of Human Rights* (pp. 1). Westport: Greenwood Press.
- HR Committee. (2010). Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto. *U.N. Human Rights Committee, CCPR/C/MEX/CO/5*.
- Iniciativa de reforma del Ejecutivo al Código Federal de Procedimientos Penales, México (1983).
- Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, No. 112, Serie C, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Corte IDH 2004).
- Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, 11/70 ECR 1125 (E.C.J. 1970).
- Interpretation of the Statute of Memel Territory Case (U.K. v. Lith.), Ser. A/B. No. 47 (P.C.I.J. 1932).
- Ireland v. the United Kingdom, No. 25, Series A, Judgment of 18 January 1978 (ECHR 1978).
- Iron Rhine Arbitration (Belgium/Netherlands), Award. May 24, 2005 (Permanen Court of Arbitration 2005).
- Ivcher Bronstein vs. Perú, No. 74, Serie C, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Court IDH 2001).
- J. vs. Perú, No. 275, Serie C, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013 (Corte IDH 2013).
- Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, No. 102, Serie C, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003 (Corte IDH 2003).
- Kamm, F. M. (2001). Conflicts of Rights: Typology, Methodology, and Nonconsequentialism. *Legal Theory*, 7(3), 239-255.
- Kelly, A., & Harbison, W. (1970). *The American Constitution. Its Origins and Development* (4th ed.). New York: Norton & Company.
- Kelsen, H. (1966). *Principles of International Law* (R. W. Tucker Ed. 2nd ed.). New York: Holt, Rinehart and Winston.
- Kennedy, D. (1992). Freedom & Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology. In J. Boyle (Ed.), *Critical Legal Studies*. New York: New York University Press.
- Kennedy, D. (1998). *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*. Cambridge: Harvard University Press.
- Kennedy, D. (2002). The Critique of Rights in Critical Legal Studies. In J. Halley & W. Brown (Eds.), *Left Legalism/Left Critique* Durham: Duke University Press
- Kennedy, D. (2006). *The Rise & Fall of Classical Legal Thought*. Washington, D.C.: Beard Books.
- Koskenniemi, M. (1997). Hierarchy in International Law: A Sketch. *European Journal of International Law*, 8(4), 566-582.
- Kurt v. Turkey, 44, Judgment, Merits and Just Satisfaction. 24276/94. Judgement of 25 May 1998 (ECHR 1998).
- Kymlicka, W. (2002). *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*. Oxford: Oxford University Press.

- La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), No. 5, Serie A, Opinión Consultiva del 13 de noviembre de 1985 (Corte IDH 1985).
- Langlois, A. (2012). Human Rights in Crisis? A Critical Polemic Against Polemical Critics. *Journal of Human Rights*, 11, 558.
- Lara Ponte, R. (2002). *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano* (3a ed.). México: Porrúa.
- Lauterpacht, H. (1950). *International Law and Human Rights*. Hamden: Archon Books.
- Lauterpacht, H. (1970). *International Law. Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht* (E. Lauterpacht Ed. Vol. I). Cambridge: Cambridge University Press.
- Lauterpacht, H. (1975). *International Law. Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht* (E. Lauterpacht Ed. Vol. II). Cambridge: Cambridge University Press.
- Lawler, P. (2008). The Ethics of Postmodernism. In C. Reus-Smit & D. Snidal (Eds.), *The Oxford Handbook of International Relations* (pp. 378-389). Oxford: Oxford University Press.
- Levinas, E. (1989). *The Levinas Reader*. Cambridge: Basil Blackwell.
- Levy, E. (1949). Natural Law in the Roman Period. In A. L. Scanlan (Ed.), *University of Notre Dame Natural Law Institute Proceedings* (Vol. II, pp. 43). Notre Dame: College of Law, University of Notre Dame.
- Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, Diario Oficial de la Federación (México 1966 Última Reforma DOF 07-04-2017).
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, Boletín Oficial Federal I p. 1 (1949).
- Lipovetsky, G. (2005). *El crepúsculo del deber*. Barcelona: Anagrama.
- Lipsky, M. (1980). *Street Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*. New York: Russell Sage Foundation.
- Loayza Tamayo vs. Perú, No. 33, Serie C, Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Corte IDH 1997).
- López Álvarez vs. Honduras, No. 141, Serie C, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Corte IDH 2006).
- Ludwikowski, R. R. (2001). Supreme Law or Basic Law? The Decline of the Concept of Constitutional Supremacy. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 9, 253.
- Macken, C. (2005). Preventive Detention and the Right of Personal Liberty and Security under the International Covenant on Civil and Political Rights, 1966. *Adelaide Law Review*, 26, 1-28.
- Martin, C. (1926). *An introduction to the study of the American Constitution*. New York: Oxford University Press.
- Martin, R. (1985). *Rawls and Rights* (1st ed.). Lawrence: University Press of Kansas.
- Marx, K. (1963). On the Jewish Question. In T. B. Bottomore (Ed.), *Karl Marx Early Writings*. New York: McGraw-Hill.
- Marx, K. (1973). Contribution to the Critique of Hegel's Philosophy of Law. In *Marx & Engels Collected Works, 1843-1844* (Vol. 3). New York: International Publishers.
- Marx, K. (2001). *Critique of the Gotha Programme*. London: The Electronic Book Company.
- Medawatte, D. (2015-2016). Justice in Dire Straits: Unlawful Pretrial Detainees, Family Members and Legal Remedies. *Buffalo Human Rights Review*, 22, 189-260.

- Medellín Urquiaga, X. (2013). *Principio pro persona*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- Miéville, C. (2006). *Between Equal Rights*. Chicago: Haymarket Books.
- Mignolo, W. (2014). From "human rights" to "life rights". In C. Douzinas & C. Gearty (Eds.), *The Meanings of Rights* (pp. 161). Cambridge: Cambridge University Press.
- Moore, J. B. (1872). Alabama claims of the United States of America against Great Britain. In *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a party* (Vol. I). Washington: G.O.P.
- Morss, J. R. (2003). Saving Human Rights from Its Friends: A Critique of the Imaginary Justice of Costas Douzinas. *Melbourne University Law Review*, 27, 889.
- Motha, S., & Zartaloudis, T. (2003). Law, Ethics and the Utopian End of Human Rights. *Social & Legal Studies*, 12(2), 243.
- Nietzsche, F. (1897). *A Genealogy of Morals* (Vol. X). New York: The Macmillan Company.
- Nietzsche, F. (2001). *The Pre-Platonic Philosophers*. Chicago: University of Illinois Press.
- Nikken, P. (1987). *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*. Madrid: Civitas.
- Nikken, P. (2010). La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH*, 52(Julio - Diciembre), 57.
- Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Nogueira Alcalá, H. (2015). *El principio pro homine o favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y regla de preferencia normativa*. Paper presented at the II Congreso Mundial de Justicia Constitucional, Buenos Aires.
- Nold KG v. Commission, 4/73 ECR 491 (E.C.J. 1973).
- Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, No. 279, Serie C, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014 (Corte IDH 2015).
- Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase; Judgement 3 (I.C.J. 1955).
- Nozick, R. (1974). *Anarchy, State, and Utopia* (1st. ed.). New York: Basic Books inc.
- Núñez Marín, R. F. (2010). La persona jurídica como sujeto de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Perspectivas Internacionales*, 6(1), 205.
- OAU. (1963). *Charter of the Organization of African Unity*. (479 U.N.T.S. 39). Addis Ababa: Organization of African Unity.
- OAU. (1981). *African Charter on Human and Peoples' Rights ("Banjul Charter")*. (CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982)). Banjul: Organization of African Unity.
- OAU. (1998). *Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Establishment of an African Court on Human and People's Rights*. Organization of African Unity.
- OCS Justicia. (2015). *El uso del arraigo a nivel federal, en el estado de Nuevo León y el Distrito Federal: Análisis de constitucionalidad, legislación y práctica*. México: Observatorio Ciudadano del Sistema de Justicia: Arraigo, Medidas Cautelares y Ejecución Penal.
- OEA. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos, "Pacto de San José, Costa Rica"*. San José: Organización de los Estados Americanos.
- OEA. (1979). *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. La Paz: Organización de los Estados Americanos.

- OEA. (2014). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Retrieved from <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>
- OHCHR. (2014, 2014). ¿Qué son los derechos humanos? Retrieved from <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>
- Ollero Tassara, A. (1990). Los derechos humanos entre el tópico y la utopía. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 22, 159.
- ONU. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. (1 U.N.T.S. XVI). San Francisco: Organización de las Naciones Unidas.
- ONU. (1969). *Vienna Convention on the Law of Treaties*. (1155 U.N.T.S. 331). Vienna: Organización de las Naciones Unidas.
- ONU. (2014). La Carta Internacional de Derechos Humanos. *La ONU y los derechos humanos*. Retrieved from <http://www.un.org/es/rights/overview/charter-hr.shtml>
- Open Society Justice Initiative. (2014). *Presumption of Guilt: The Global Overuse of Pretrial Detention*. New York: Open Society Foundations.
- Oppenheim, L. F. L. (1992). *Oppenheim's International Law* (R. Jennings & A. Watts Eds. 9th ed. Vol. I). Harlow: Longman.
- Ortíz Ahlf, L. (2003). Integración de las normas internacionales de derechos humanos en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 3, 285-299.
- Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, No. 241, Serie C, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 (Corte IDH 2012).
- The Paquete Habana, 175 U.S. 677 (1900).
- Pereira Menaut, A. C. (2005). *Lecciones de Teoría Constitucional*. México: Porrúa.
- Pérez Luño, A. E. (2004). *Los Derechos Fundamentales* (8ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Perozo y otros vs. Venezuela, No. 195, Serie C, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009 (Corte IDH 2009).
- Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Serie C, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Corte IDH 2014).
- Peters, A. (2009). Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 3, 171-198.
- Piketty, T. (2014). *Capital in the Twenty-First Century* (A. Goldhammer, Trans.). Cambridge: Belknap, Harvard University Press.
- Pin-Fat, V. (2000). (Im)possible universalism: reading human rights in world politics. *Review of International Studies*, 26(4), 663-674.
- Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland, No. 6, 2 222, Judgement (ECHR 1991).
- Pinto, M. (1997). El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In M. Abregú & C. Courtis (Eds.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Preda, A. (2015). Are There Any Conflicts of Rights? *Ethical Theory and Moral Practice*, 18(4), 677-690.
- Prieto Sanchís, L. (2008). El juicio de ponderación constitucional. In M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 85-125). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- Pufendorf, S. (1717). *Of the Law of Nature and Nations* (B. Kennet, Trans.). London: Eight Books.
- Radilla Pacheco vs. México, No. 215, Serie C (Corte IDH 2010).
- Ramsey, M. D. (2002a). International Law as Non-preemptive Federal Law. *Virginia Journal of International Law Association*, 42(Winter).
- Ramsey, M. D. (2002b). International Law as Part of Our Law: A Constitutional Perspective. *Pepperdine Law Review*, 29(1).
- Ramsey, M. D. (2013). The Supremacy Clause, Original Meaning, and Modern Law. *Ohio State Law Journal*, 74(4), 559.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice* (1st ed.). Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom* (1st ed.). Oxford: Clarendon Press.
- Rietiker, D. (2010). The Principle of “Effectiveness” in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and Its Consistency with Public International Law – No Need for the Concept of Treaty Sui Generis. *Nordic Journal of International Law*, 79(2), 245-277.
- Ríos Cázares, A., & Shirk, D. A. (2007). Introduction: Reforming the Administration of Justice in Mexico. In Wayne Cornelius & D. Shirk (Eds.), *Reforming the Administration of Justice in Mexico* (pp. 1-47). Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- Rodríguez, C. (1999). Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. In Kennedy, D., *Libertad y Restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Ross, J. M. (1984). Limitations on Human Rights in International Law: Their Relevance to the Canadian Charter of Rights and Freedoms. *Human Rights Quarterly*, 6(2), 180-223.
- Roth, B. R. (2008). Marxian Insights for the Human Rights Project. In S. Marks (Ed.), *International Law on the Left*. New York: Cambridge University Press.
- Rousseau, C. (1979). *Droit International Public* (9 ed.). Paris: Dalloz.
- Saiz Arnaiz, A. (1999). *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Salomon, J. (2010). Quelle place pour l'Etat dans le droit international d'aujourd'hui? In *Recueil des Cours* (Vol. 347, pp. 17-78). Leiden: Martinus Nijhoff.
- Samar, V. J. (2010). Two Understandings of Supremacy: An Essay. *Richmond Journal of Global Law and Business*, 9, 339.
- Sánchez Ferríz, R. (2004). Generaciones de derechos y evolución del Estado (La evolución histórico-ideológica de las declaraciones de derechos: algún apunte discrepante sobre la teoría de las diversas “generaciones” de derechos) In *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Schlag, P. (1990). “Le Hors De Texte, C'est Moi”: The Politics and the Domestication of Deconstruction. *Cardozo Law Review*, 11(5-6), 1631-1674.
- Schulhofer, S. (2004). Checks And Balances In Wartime: American, British And Israeli Experiences. *Michigan Law Review*, 102, 1906-1958.
- Schütze, R. (2015a). *European Union law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schütze, R. (2015b). *An introduction to European law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SCJN. (1928). *Tratados. [TA]; 5a. Época; Pleno; S.J.F., Tomo XXII.*

- SCJN. (1948). Tratados Internacionales, Validez de los. [TA] 5a. Época; 1a. Sala, S.J.F., Tomo *XCVI*,.
- SCJN. (1953). Tratados, Validez de los. [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F, Tomo *CXX*,.
- SCJN. (1981a). Tratados internacionales y leyes del Congreso de la Unión emanadas de la Constitución Federal. Su rango constitucional es de igual jerarquía. [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F., Volumen 151-156, Sexta Parte
- SCJN. (1981b). Tratados internacionales. El artículo 133 constitucional, última parte, no establece su observancia preferente sobre las leyes del Congreso de la Unión emanadas de la Constitución Federal. [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F., Volumen 151-156, Sexta Parte,.
- SCJN. (1987). Estupefacientes o Psicotrópicos considerados así en los convenios o tratados internacionales. [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F., Volumen 217-228, Sexta Parte.
- SCJN. (1992). Leyes federales y tratados internacionales. Tienen la misma jerarquía normativa. [TA]; 8a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F., Núm. 60, Diciembre de 1999(P. C/92).
- SCJN. (1999). Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta, Tomo X, Noviembre de 1999(P. LXXVII/99).
- SCJN. (2004). Tratados internacionales. Su aplicación cuando amplían y reglamentan derechos fundamentales. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XX, Septiembre de 2004(I.4o.A.440 A.).
- SCJN. (2005). Tratados Internacionales. La Norma programática prevista en la fracción III, inciso b) del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, es contraria al artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXI, Mayo de 2005(II.1o.P.137 P).
- SCJN. (2006a). Arraigo penal. El artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua que lo establece, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Federal. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXIII(P. XXII/2006), 1170.
- SCJN. (2006b). Arraigo penal. El artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua que lo establece, viola la libertad de tránsito consagrada en el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXIII(P. XXIII/2006), 1171.
- SCJN. (2007a). Supremacía constitucional y ley suprema de la Unión. Interpretación del artículo 133 constitucional. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXV, Abril de 2007;(P. VIII/2007), Pág. 6.
- SCJN. (2007b). Tratados internacionales. Son parte integrante de la ley suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXV, (P. IX/2007).
- SCJN. (2008a). Derechos humanos, Los tratados internacionales suscritos por México sobre los. Es posible invocarlos en el juicio de amparo al analizar las violaciones a las garantías individuales que impliquen la de aquéllos. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXVIII, Agosto de 2008(I.7o.C.46 K), Pág. 1083.
- SCJN. (2008b). Jurisprudencia internacional. Su utilidad orientadora en materia de derechos humanos. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXVIII, Diciembre de 2008(I.7o.C.51 K), Pág. 1052.

- SCJN. (2008c). *La jerarquía normativa de los tratados internacionales en el derecho mexicano*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- SCJN. (2010a). Derechos humanos, Los tratados internacionales suscritos por México sobre los. Es posible invocarlos en el juicio de amparo al analizar las violaciones a las garantías individuales que impliquen la de aquéllos. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXVIII, Agosto de 2008(I.7o.C.46 K).
- SCJN. (2010b). Tratados internacionales. Cuando los conflictos se susciten en relación con derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXXI (XI.1o.A.T.45 K.).
- SCJN. (2012). Supremacía constitucional. La reforma al artículo 1o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 10 de junio de 2011, respeta este principio. [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta;, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 3;(2a. LXXV/2012 (10a.)).
- SCJN. (2013a). Personas jurídicas. Son titulares de los derechos humanos y de las garantías establecidas para su protección, en aquellos supuestos en que ello sea aplicable, con arreglo a su naturaleza. [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3(IV.2o.A.30 K (10a.)), 2628.
- SCJN. (2013b). Personas morales. Al reconocérseles como titulares de derechos humanos pueden acudir al juicio de amparo en el nuevo sistema constitucional (reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 6 y 10 de junio de 2011). [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3(VII.2o.C. J/2 (10a.)), 1902.
- SCJN. (2013c). *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 29 de agosto de 2013*. (130829). México: SCJN.
- SCJN. (2013d). *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2 de septiembre de 2013*. (130902). México: SCJN.
- SCJN. (2013e). *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 3 de septiembre de 2013*. (130903). México: SCJN.
- SCJN. (2013f). *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 26 de agosto de 2013*. (130826). México: SCJN.
- SCJN. (2013g). *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 27 de agosto de 2013*. (130827). México: SCJN.
- SCJN. (2014). Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F., Libro 5, Tomo I, Abril de 2014(P./J. 20/2014 (10a.)).
- SCJN. (2015). Arraigo local. La medida emitida por el juez es inconstitucional. [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F., Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II(1a./J. 4/2015 (10a.)).
- Scoppola v. Italy (No. 2), No. 10249/03 (ECHR 2009).
- Scott, J. B. (2007). *The Catholic Conception of International Law*. Clark: The Lawbook Exchange.
- Segovia, J. F. (2004). *Derechos Humanos y Constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons.
- Senado de la República. (2007). Proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Gaceta del Senado, LX/ISPO-77/11710*.

- Sepúlveda, J. G. d. (1892). *J. Genesisii Sepulvedae Cordubensis Democrates alter, sive de justis belli causis apud Indos*. In M. M. y. Pelayo (Ed.), *Demócrates segundo o De las justas causas de la guerra contra los indios*. Retrieved from <http://www.cervantesvirtual.com/obra/j-genesisii-sepulvedae-cordubensis-democrates-alter-sive-de-justis-belli-causis-apud-indos--demcrates-segundo-o-de-las-justas-causas-de-la-guerra-contra-los-indios-0/>
- Servellón García y otros vs. Honduras, No. 152, Serie C, Sentencia de 21 de septiembre de 2006 (Corte IDH 2001).
- Shapcott, R. (2008). Critical Theory. In C. Reus-Smit & D. Snidal (Eds.), *The Oxford Handbook of International Relations* (pp. 327-345). Oxford: Oxford University Press.
- Shaw, M. (2005). *International Law* (5th ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Shelton, D. (2006). International Law and 'relative normativity'. In M. D. Evans (Ed.), *International Law* (2nd ed., pp. 159-185). New York: Oxford University Press.
- Shelton, D. (2008). *Regional Protection of Human Rights*. New York: Oxford University Press.
- Shirk, D. A. (2013). Reforma de la Justicia Penal en México. In O. Rodríguez Ferreira & D. Shirk (Eds.), *La reforma al sistema de justicia penal en México* (pp. 11). San Diego: Justice in Mexico.
- Simma, B., & Alston, P. (1988-1989). The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles. *Australian Year Book of International Law*, 12, 82.
- Sorensen, M. (1985). *Manual de Derecho Internacional Publico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- SPT. (2009). *Informe Sobre la Visita a México del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos, o Degradantes CAT/OP/MEX/R.1*. New York: U.N. Subcommittee on Prevention of Torture.
- Steiner, H. (2006). International protection of human rights. In M. D. Evans (Ed.), *International Law* (2nd ed., pp. 753). New York: Oxford University Press.
- Stoetzer, C. (1993). *The Organization of American States* (2nd. ed.). Westport: Praeger.
- Strauss, L. (1953). *Natural Right and History*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Strupp, K. (1934). Les Règles Générales du Droit de la Paux. In *Recueil des Cours* (Vol. 47, pp. 263-595). Leyde: Académie de Droit International de la Haye.
- Tibi vs. Ecuador, No. 114, Serie C, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Corte IDH 2004).
- Toller, F. (2006). Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derecho. In J. Cianciardo (Ed.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo* (pp. 138-181). Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma.
- Tormey, S., & Townshend, J. (2006). *Key Thinkers from Critical Theory to Post-Marxism*. London: SAGE Publications.
- Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Ser. A/B. No. 44 (P.C.I.J. 1932).
- Triepel, H. (1899). *Völkerrecht und Landesrecht*. Leipzig: Verlag Von C.L. Hirschfeld.
- Triepel, H. (1923). Les rapports entre le droit interne et le droit international. In *Recueil des Cours* (Vol. 1, pp. 77-118). Leyde: Académie de Droit International de la Haye.
- Trimble, P. R. (1990). International Law, World Order, and Critical Legal Studies. *Stanford Law Review*, 42(3), 811.
- Tuck, R. (1979). *Natural rights theories*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Unger, R. M. (2015). *The critical legal studies movement : another time, a greater task*. Brooklyn: Verso.
- Usón Ramírez vs. Venezuela, Serie C, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009 (Corte IDH 2009).
- Valencia Villa, A. (2006). Los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. In C. Martín, D. Rodríguez-Pinzón, & J. Guevara (Eds.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (pp. 119). México: Fontamara.
- Vargas Areco vs. Paraguay, No. 155, Serie C, Reparaciones y Costas, de 26 de septiembre de 2006 (Corte IDH 2006).
- Varios 912/2010 (SCJN 2011).
- Vattel, M. d. (1916a). *Le Droit des Gens* (Vol. I). Washington: Carnegie Institution of Washington.
- Vattel, M. d. (1916b). *Le Droit des Gens* (Vol. II). Washington: Carnegie Institution of Washington.
- Vélez Lóor vs. Panamá, No. 218, Serie C, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Corte IDH 2010).
- Victoria, F. d. (1917). *De Indis et de Ivre Belli Relectiones* (E. Nys Ed.). Washington: Carnegie Institution of Washington.
- Villoro, L. (2000). Sobre el principio de la injusticia: la exclusión (VIII Conferencias Aranguren, 1999). *Isegoría*(22), 103-142.
- Viola, F. (2013). ¿Los derechos humanos, son derechos naturales? *Quaestio Iuris*, 6(2), 162.
- Vitoria, F. d. (1917). *De Indis et de Ivre Belli Relectiones* (E. Nys Ed.). Washington: Carnegie Institution of Washington.
- Vitoria, F. d. (1991). On Law. In A. Pagden & J. Lawrence (Eds.), *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wacks, R. (2014). *Philosophy of Law: A very short introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- Waldron, J. (1989). Rights in Conflict. *Ethics*, 99(3), 503-519.
- Wall, I. R. (2014). On radical politics for human rights. In C. Douzinas & C. Gearty (Eds.), *The meanings of rights* (pp. 106). Cambridge: Cambridge University Press.
- Werner, W. (2008). Costas Douzinas, Human Rights and Empire. The Political Philosophy of Cosmopolitanism. *International Journal for the Semiotics of Law*, 21(2), 197.
- Wolff, C. (1934). *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (J. H. Drake, Trans. Vol. II). Oxford: Oxford-Clarendon.
- Xu, X., & Wilson, G. (2006). On Conflict of Human Rights. *Pierce Law Review*, 5(1), 31-57.
- Young, I. M. (1990). *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press.
- Yvon Neptune vs. Haití, No. 180, Serie C, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008 (Corte IDH 2008).
- Zagrebelsky, G. (1999). *El derecho dúctil* (3a. ed.). Madrid: Trotta.
- Žižek, S. (1997). Multiculturalism, or, the Cultural Logic of Multinational Capitalism. *New Left Review*(225), 28.
- Žižek, S. (2013). *Demanding the Impossible* (Y.-j. Park Ed.). Cambridge: Indigo.