

*...gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución  
y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte,  
así como de las garantías para su protección...*

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

Francisco VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO\*

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

Isabel TRUJILLO

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

### I. INTRODUCCIÓN

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

---

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

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

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

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

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

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

<sup>2</sup> Trujillo, Isabel, *op. cit.*, p. 180.

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

La diferencia, aunque simple, es sustancial. En

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

Por ello, siempre será conveniente apoyarnos en los juristas que hablan desde el paradigma<sup>4</sup> del *realismo jurídico clásico*, ese que piensa que la “justicia no consiste en dar a uno una cosa para que sea suya; no consiste en hacer que una cosa sea suya de alguien. Consiste en dar a cada uno lo suyo. Por lo tanto, el derecho —el *ius*— preexiste a la justicia. Sin «ius» o derecho preexistente, no es posible la acción de la justicia”.<sup>5</sup>

---

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

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

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

Por lo anterior,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es más, pareciera que

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

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

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

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

<sup>10</sup> Clavero, Bartolomé, *Happy Constitution*, Madrid, Trotta, 1997, p. 259.

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

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 166.

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

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

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

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

---

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

<sup>14</sup> Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 167.

<sup>15</sup> *Idem*.

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

<sup>17</sup> Trujillo, Isabel, *op. cit.*, pp. 167 y 168.

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>19</sup> Trujillo, Isabel, *op. cit.*, pp. 167 y 168.

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

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

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

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

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

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

<sup>20</sup> Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 280.

<sup>21</sup> *Idem.*

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

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 189.



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

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

Por ello, Pereira Menaut se cuestiona que

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

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

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

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>25</sup> Clavero, Bartolomé, *Happy Constitution*, Madrid, Trotta, 1997, p. 250.

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

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

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

<sup>27</sup> Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 268.

<sup>28</sup> Trujillo, Isabel, *op. cit.*, p. 165.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 166.

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

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

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

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

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

<sup>31</sup> *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat, est autem a iustitia appellatum...* cf. Digesto 1,1,1.

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

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

### III. LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS PREPOSITIVOS

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

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

<sup>33</sup> Atienza, Manuel, *op. cit.*, pp. 276 y 277.

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

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

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

### 1. ¿*Derechos humanos o derechos fundamentales*?

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

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

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

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

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

---

<sup>35</sup> Decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Proceso legislativo*, Cámara de Diputados, disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/117\\_DOF\\_10jun11.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/117_DOF_10jun11.pdf)

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

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

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

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

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

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

<sup>38</sup> Trujillo, Isabel, *op. cit.*, pp. 165 y 169.

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

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

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

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

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

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

<sup>41</sup> Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 8.

<sup>42</sup> Laporta, Francisco, *op. cit.*, p. 37.

<sup>43</sup> Citados por Laporta, Francisco, *op. cit.*, p. 37

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

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

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

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

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

---

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

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



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

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

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

<sup>46</sup> Pereira Menaut, Carlos-Antonio, *op. cit.*, p. 329.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

Y es que

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

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

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

<sup>51</sup> Pereira Menaut, Carlos-Antonio, *op. cit.*, p. 329.

<sup>52</sup> Trujillo, Isabel, *op. cit.*, p. 168.

<sup>53</sup> *Idem.*

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

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

Por tanto, al advertir la existencia de tales *axiomas* (vida, libertad, igualdad y dignidad) como realidades prejurídicas, es que puede asumirse con integralidad la prepositividad de los derechos humanos, y se hace posible una práctica de los mismos como entidades jurídicas anteriores, superiores y exteriores al Estado mismo. No por nada, uno de los primeros instrumentos que dieron pie a la internacionalización de los derechos humanos, como lo fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, señala en su primer artículo que todos *los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad*, dejando en claro que la vida, la libertad, la igualdad y la dignidad son cualidades inherentes<sup>56</sup> a la existencia de todo ser humano, lo que posteriormente sirve de fundamento para que en dicha declaración, a partir del artículo segundo, se haga un esfuerzo por identificar una nómina de derechos fundamentales, al decir que *toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esa Declaración*.

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

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

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

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

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

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

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

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

No hay duda de que en

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

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

---

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

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

De esta forma,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

La Corte mexicana ha sostenido desde aquella ocasión, que

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

---

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

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



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

*Primera consecuencia.* De la consciente o inconsciente jerarquización que se hace entre los derechos humanos de fuente nacional y los derechos humanos de fuente internacional, termina por no tener aplicación otra cláusula constitucional: el segundo párrafo del artículo 1o. de nuestra ley fundamental, el cual mandata que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

<sup>71</sup> Aienza, Manuel, *op. cit.*, p. 276.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>75</sup> Artículo 1o. de la Constitución del Ecuador de 2008.

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

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

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

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

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

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

<sup>77</sup> Pozo, Enrique, “Estado constitucional de derechos y justicia”, *Apuntes Jurídicos*, disponible en: [www.apuntesjuridicos.com.ec](http://www.apuntesjuridicos.com.ec)

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

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

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

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

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

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

---

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



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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

<sup>83</sup> II, II (*Secunda secundae*), q 57, art. 2, ob. 1.

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

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

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

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

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

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

<sup>84</sup> Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 269.

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

<sup>86</sup> Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 268.

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

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

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

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

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

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

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

Para quien tiene una idea de lo que es el hombre, las leyes morales generales que pertenecen al hombre serán naturalmente algo trivial; y lo mismo decir que sus consecuencias son útiles para el género humano ¿Cómo podría resultar razonable para el hombre una norma cuyas consecuencias produjeran daños generales? Lo decisivo es que el fundamento para nuestra valoración no es la utilidad social o biológica; lo decisivo es que la moralidad, es decir, lo bueno moralmente, no se define así. Daríamos también valor al proceder del P. Kolbe<sup>89</sup> aunque el padre de familia hubiera perdido la vida al día siguiente; y un gesto de amistad, de agradecimiento, sería algo bueno aunque mañana el mundo se fuera a pique. La experiencia de estas coincidencias morales dominantes en las diversas culturas, de una parte, y el carácter inmediato con que se produce nuestra valoración absoluta de algunos comportamientos de otra, justifican el esfuerzo teórico de dar razón de la norma común, absoluta, de una vida recta.<sup>90</sup>

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

## V. CONCLUSIÓN

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>96</sup> *Ibidem*, pp. 59 y 60.

<sup>97</sup> *Idem*.