

La efectividad de la reforma de derechos humanos de junio de 2011, una mirada a las prácticas institucionales y sociales*

Introducción

A diez años de la reforma, es muy importante concientizar sobre el impacto que ha tenido su análisis académico, puesto que esta es la única manera de visibilizar su funcionamiento. Esta opinión técnica tiene por objetivo centrarse en el término “efectividad”, ya que la mayor parte de la literatura académica se centra en otros temas igualmente importantes, como el reconocimiento de los derechos humanos, la interacción de distintos ordenamientos, como lo es el nacional y el internacional, los nuevos métodos de interpretación y la validez.

Algunos de estos análisis son derivados de una metodología descriptiva del derecho, en ocasiones de corte científicista con fuerte sentido procesal y comparativista. Otro ejemplo es la jerarquía normativa que existe entre los ordenamientos internacionales hacia con los nacionales, y viceversa.

* Elaborado por Daniel Tenorio Pérez, becario en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

La importancia de otros enfoques de análisis

Este tipo de análisis son fundamentales para aquellos que parten de un enfoque kelseniano, tomando de referencia conceptos como norma, obligación, coerción, etcétera. Sin embargo, este sistema puede diferir a grandes rasgos con quienes han cimentado sus estudios a partir de otros modelos, como el propuesto por H. L. A. Hart, quien parte de la adopción de reglas que reconocen lo que es y no es derecho, así como la introducción de las reglas primarias que disponen derechos y obligaciones, y las secundarias, que permiten a oficiales reconocidos introducir nuevas reglas.¹

Tal modelo podría dar lugar a nuevos análisis y ayudaría a comprender algunas prácticas institucionales, siempre y cuando se permitiera la introducción de valores constitucionales como directrices de validez inmersas en la regla de reconocimiento, tal posibilidad ha sido trabajada por el positivismo jurídico incluyente, que toma como referencia las razones públicas rawlsianas para construir una moralidad social constitucional, que siempre está en construcción.² De tal forma que las prácticas judiciales quedan al descubierto en la manera en que la ciudadanía defiende sus derechos, pero también en la manera en que las instituciones los interpretan y garantizan.

A partir de la observancia de estas prácticas, podríamos preguntarnos: ¿la efectividad de la reforma constitucional de derechos humanos es dependiente de haber reconocido una obligación estricta de cumplimiento?, ¿deberíamos considerar la manera en que las instituciones en conjunto de la sociedad llevan a la práctica la defensa de sus derechos y se crean comunes acuerdos respecto de éstos? Estas preguntas pueden dar lugar a posibles respues-

¹ Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, 3a. ed., Buenos Aires, Argentina, Abelado-Perot, 2017, p. 101.

² Waluchow, Wilfrid, "On the neutrality of Charter reasoning", en Ferrer Beltrán, Jordi *et al.* (comps.), *Neutrality and theory of law*, Heidelberg, New York, London, Springer, 2013, pp. 214-219.

tas. Trataré de reflexionar en las próximas líneas sobre su implicación en el campo práctico y teórico, para posteriores estudios a fondo.

Si la respuesta a nuestra primera pregunta (respecto de si la norma es efectiva porque expresamente existe una obligación bajo sanción) es positiva, debemos esclarecer tres cuestiones fundamentales. Primero, cuestionarnos sobre los elementos de la norma; segundo, cuestionarnos sobre la teoría de obediencia que subyace en la reforma, y tercero, y en respuesta a la segunda pregunta, cuestionarnos sobre el sistema de adjudicación que es llevado a la práctica por el sistema judicial mexicano, así como la posibilidad real de los ciudadanos para defenderse de la arbitrariedad.

Autores como Luigi Ferrajoli³ han criticado la manera de concebir la eficacia normativa por el hecho de haber sido concebida a partir de un proceso legislativo, seguido de una obligación de cumplimiento. Para dicho autor, esto proviene de un error de unilateralidad ideológica, que coloca al concepto de validez y efectividad como sinónimos. Esto está relacionado en mayor medida con el positivismo kelseniano, que comprende a la eficacia como elemento necesario de la validez de un ordenamiento jurídico,⁴ así como a la sanción, que es la manera en que la norma coacciona a los individuos por medio de la fuerza, y a partir del miedo psicológico provocado por el castigo. Si estas características marcan la manera en que las autoridades se guían, encontraremos muchas problemáticas en la implementación de cualquier reforma.

Supongamos que se da por hecho que la reforma es efectiva porque está incluida en la Constitución. Dentro de su descripción normativa se coloca en su párrafo tercero, que “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de

³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, 7a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2005, p. 871.

⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Gregorio Robles y Félix S. Sánchez, Madrid, Trotta, 2011, p. 23.

universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”. En consecuencia, “el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”. Supongamos también que dicha obligación está fuertemente cimentada y obliga a los sujetos reconocidos por la regla a acatar la Constitución; de lo contrario, podría conllevar sanciones disciplinarias si no se cumplen tales requerimiento; además, supongamos, y con esto paso al tercer punto que quiero tocar, que la autoridad central del Poder Judicial establece reglas claras y abiertas para la adjudicación de derechos reconocidos en tratados internacionales, sin prejuicios competenciales ni jerárquicos. Esto suena bien, para un mundo ideal donde hay un Estado de derecho fuertemente comprometido con los derechos humanos; sin embargo, la realidad es muy diferente, porque la generalidad de la reforma puede dar pauta a una mala aplicación e interpretación o sólo una adopción en papel.

Luigi Ferrajoli ha llamado a este tipo de adopciones formales “falacias garantistas”, que han inducido a que los juristas creen que la mera adopción de una reforma que integre a los derechos humanos se convierte en automático en la realidad del sistema político y social en el que se vive.⁵

La incidencia de las prácticas sociales e institucionales en el concepto de efectividad

Sin embargo, esto no es así, ya que una obligación que impone directrices de conducta no se ejecuta en automático, pues detrás de cada sistema legal hay una estructura institucional que lo hace funcionar; ya lo mencionaba Hart, los modelos predictivos de miedo psicológico o sanción oscurecen la función de la norma, ya que no es el único elemento a considerar, porque existen otros, que explican la manera en que los miembros de la sociedad

⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 941.

aceptan las reglas y las integran a su vida social, o, en su caso, las rechazan; esto, en pocas palabras, es considerar el punto de vista interno como un elemento importante de efectividad.

Si comenzamos a mirar las prácticas institucionales y sociales buscando la manera en la que los agentes estatales están facultados para reconocer y aplicar normas, así como en la manera en que los ciudadanos acuden a los tribunales, podríamos llegar a cuestionarnos respecto de los modelos de adjudicación de derechos.

Por poner un ejemplo, los funcionarios públicos, a diferencia de la ciudadanía, están sometidos al principio de legalidad, que fija lo que pueden y no pueden hacer; así, por ejemplo, los operadores judiciales a quienes se les limita la facultad de realizar control de convencionalidad o constitucionalidad para determinadas materias,⁶ o, en su caso, para determinadas autoridades,⁷ ¿acaso un ciudadano podría reclamar la indefensión de sus derechos cuando el Estado ha limitado facultativamente al juez a hacerlo?, ¿acaso la autoridad judicial central ha permitido a las autoridades de menor jerarquía ejercer su interpretación con base en la Constitución, saliéndose de los parámetros fijados por las cortes supremas?

Por lo anterior, la reforma no puede sostenerse en un mero entramado legal y en un análisis descriptivo; al contrario, debe existir un interés constante en los contextos sociales y políticos, así como en las prácticas institucionales y sociales. Partiendo de valores centrales que nos permitan construir acuerdos comunes del significado y el alcance de la reforma, con el fin de esclarecer los estándares de aplicación de la misma e iniciar una revisión a los modelos de adjudicación judicial, identificando los obstáculos que impiden a los operadores, utilizar instrumentos de protección de derechos, como pueden ser el control de constitucionalidad y convencionalidad.

⁶ Tesis 2a./J. 56/2014 (10a.), *Gaceta S. J. F.*, 10a. Época, 2a. Sala, libro 6, mayo de 2014, t. II, p. 772.

⁷ Amparo Directo en Revisión 1640/2014. 13 de agosto de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretaria: Maura Angélica Sanabria Martínez y Jaime Daniel Murrieta Zavaleta.

De tal manera que podamos analizar el grado de aplicación permitido a los jueces en la tarea de interpretar y aplicar el artículo 1o. constitucional, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunado al grado de fuerza institucional que contiene la decisión judicial en un contexto determinado. Esto puede dar luz a la manera en que la reforma constitucional de derechos humanos está siendo entendida y aplicada en distintos ámbitos jerárquicos y competenciales, como pueden ser las autoridades estatales o municipales.⁸

Esta cuestión no sólo involucra la actuación estatal, sino también el empoderamiento ciudadano. Autores como Norberto Bobbio han clarificado esta cuestión mencionando que en la mayoría de las teorías jurídicas y políticas han sido centradas desde la visión de quien ostenta el poder institucional en contraposición de la ciudadanía.⁹ Una reforma realmente comprometida con los derechos humanos obligará a las autoridades a crear medios de protección realmente efectivos que doten a las personas de una la posibilidad real de defensa ante actos tiránicos o injustos. Wilfrid Waluchow, de manera similar, menciona que una teoría que esté vinculada a una fuerte carga de moralidad política reconocida a la Constitución debe abrir la posibilidad de petitionar cambios al derecho que puedan resultar violatorios de sus principios.

Para el caso mexicano se torna difícil, puesto que existen grandes obstáculos para el acceso a la justicia. Un ejemplo de ellos es la gran cifra de amparos en materia administrativa desechados en la Ciudad de México en 2017; José María Soberanes¹⁰ indicó que el número de amparos desechados se calcula en un 59.7%, y eso que estamos hablando de quienes

⁸ Waluchow, Wilfrid, *Positivism jurídico incluyente*, trad. de Marcela S. Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 52.

⁹ Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, 3a. ed., trad. de Antonio del Cabo y Gerardo Pisarello, España, Editorial Trotta, 2009, p. 276.

¹⁰ Soberanes Díez, José María, "El amparo está diseñado para que los ciudadanos pierdan", *El Universal*, 6 de junio de 2018.

tuvieron la posibilidad de asesorarse con un abogado, que muy seguramente cobró honorarios no tasados, lo cual contribuye a ser otro problema fáctico para el acceso a la justicia.

Aunado a estos problemas se agregan otros, como la calidad de la representación legal, el corporativismo judicial, la ausencia de independencia judicial, tanto interna como externa, de los jueces, la desigualdad económica de las partes, la falta de voluntad política, la falta de jueces respecto de cada determinado número de habitantes, la violación estructural de derechos humanos por parte del sector privado. Dichas problemáticas no se solucionan simplemente determinado si existe o no derecho, sino que se necesita una base institucional diseñada en estándares valorativos, como los derechos humanos, que permita a las autoridades actuar con la finalidad de excluir actos contrarios a éstos.

Conclusión

En conclusión, la efectividad de cualquier instrumento legal o constitucional es un fenómeno complejo que necesita un análisis a fondo de los contextos donde se desarrollan. La mera descripción normativa no es suficiente para dar una respuesta satisfactoria a la amplia problemática que representan los derechos humanos, sobre todo en países como México, donde las cifras negras de violencia y la violación estructural de los derechos humanos ha tomado lugar. Por lo tanto, la reforma no debe ser concebida como un instrumento estático y pétreo, sino como instrumento dinámico y siempre en movimiento, lleno de posibilidades para solucionar las graves problemáticas que aquejan al país.