

LAS HERRAMIENTAS DE LOS DERECHOS EN EL DERECHO: LA IMPORTANCIA DE UN DERECHO MULTIDISCIPLINARIO

Sandra Serrano*

Resumen: La reforma en derechos humanos aparejó una nueva oportunidad para virar el centro del derecho hacia las personas, y transitar del modelo anterior que privilegiaba la palabra dicha en los distintos cuerpos normativos a la palabra que expresan las personas que sufren de las distintas violaciones a los derechos humanos, independientemente de la materia de la que se trate, por lo que es necesario replantear la forma en la que el derecho se entiende, desde su estudio, enseñanza hasta su aplicación.

Palabras clave: Derechos humanos, principios, universalidad, obligaciones, multidisciplinariedad.

Sumario: I. Introducción, II. Las herramientas del enfoque de derechos humanos, 1. Las herramientas del principio de universalidad, 2. Las obligaciones generales, III. Lo multidisciplinario en el derecho, IV. Reflexiones finales, V. Bibliografía.

* Doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesora – investigadora de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede México (FLACSO México).

I. Introducción

Los derechos humanos ponen en el centro de la discusión jurídica a las personas y no a la ley. Esto tiene dos importantes consecuencias, por un lado, se trata de que los derechos humanos sean útiles para la protección de la persona y, por otro, que importan los hechos antes que el derecho. Lo anterior implica un giro radical en la forma en la que nos enfrentamos al derecho en países como México donde, en lo general, se entiende al sistema jurídico como codificado y ordenado.

Esto también impacta a la enseñanza del derecho. Se trata de hacer convivir dos maneras de aproximarse a los problemas jurídicos pero que deben buscar la manera de encontrarse y caminar juntas. Una que reserva la protección de los derechos humanos a un grupo específico de procedimientos y otra que busca que los derechos tengan sentido en todo el andamiaje jurídico. El reconocimiento de los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte impone la obligación de buscar esa vinculación. Para ello, la propia Constitución estableció mecanismos como la interpretación conforme y el principio pro persona, que permiten un diálogo entre el derecho y los derechos¹.

Sin embargo, ese diálogo no debe darse solo cuando se trata de adjudicar derechos directamente, sino que debe abarcar transversalmente todo el derecho. El reto, por tanto, está en hacer transitar a los derechos humanos y su lógica de aproximación desde la persona y los hechos por las materias civil, administrativa, laboral, penal y, en general, todas las materias. Por ello, el objetivo de la enseñanza de los derechos humanos en el derecho no debe ser únicamente el conocimiento del contenido y alcance de los derechos en cuanto tales, sino también el uso de las herramientas que conllevan y, principalmente, de su dinámica. Es esto último, la dinámica de su uso, lo que tiene el potencial de causar un impacto transformador en la justicia cotidiana. No todos los

¹ José Luis Caballero Ochoa, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad* (México: Porrúa-IMDPC, 2013); José Luis Caballero Ochoa, "La interpretación conforme en el escenario jurídico mexicano. Algunas pautas para su aplicación a cinco años de la Reforma Constitucional de 2011", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* II, núm. 3 (2016): 37–62; Ximena Medellín Urquiaga, *Principio pro persona*, Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos (CDHDF-SCJN-ONUDH, 2013).

casos tratan directamente de un derecho, pero todos los casos deben implicar un enfoque de derechos humanos.

El enfoque de derechos humanos es una aproximación metodológica que facilita la incorporación de la dinámica de los derechos humanos al derecho, a las políticas públicas y a otras disciplinas. Se trata de que los derechos humanos efectivamente interactúen con el derecho y que puedan visibilizarse y protegerse los derechos de las personas en los distintos contextos². La Constitución establece los elementos del enfoque de derechos humanos, mismo que se basa en los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, así como en las obligaciones generales de los derechos humanos, esto es, respetar, proteger, garantizar y promover. A partir de este conjunto de principios y obligaciones, la dinámica de los derechos humanos puede servir de base para todo tipo de proceso jurídico. Así, incorporar a los derechos humanos en el derecho es más que incorporar contenidos de los derechos, es una forma de mirar a las partes y de construir respuestas.

Sin embargo, el enfoque de derechos humanos requiere una apuesta por la multidisciplinaria. En la medida que los derechos humanos parten de los hechos, para poder darles efectividad se requiere la incorporación de elementos empíricos que provean de información cierta para estar en posibilidad de conocer a las personas, sus contextos y, por tanto, dimensionar el derecho. Se trata de un proceso donde las disposiciones jurídicas no son suficientes por sí mismas. De ahí lo trascendental del cambio constitucional y sus implicaciones en la enseñanza del derecho.

En lo que sigue se precisarán algunas herramientas que resultan de la lógica de aproximación de los derechos humanos, principalmente del principio de universalidad y de las obligaciones generales de los derechos humanos. Posteriormente, se reflexiona sobre la importancia de lo multidisciplinar como una vía para incorporar a los hechos en el derecho y, fortalecer así la protección de los derechos humanos. Finalmente, se cierra con una breve reflexión final.

² Sandra Serrano y Daniel Vázquez, *Los derechos en acción. Principios y obligaciones de derechos humanos.*, 2a edición (Mexico: FLACSO MÉXICO, 2021).

II. Las herramientas del enfoque de derechos humanos

Hay dos grupos de herramientas principales cuando se trata de incorporar la dinámica de los derechos humanos al derecho: el principio de universalidad y las obligaciones generales. Del primero se desprenden las que no permiten identificar a la persona y su contexto, y las segundas permiten dimensionar a los derechos humanos e identificar las conductas esperadas de las autoridades.

1. Las herramientas del principio de universalidad

El principio de universalidad contenido en el artículo 1º constitucional pone el énfasis en la importancia de reconocer a la persona en su contexto y, con ello, la importancia de partir de los hechos antes que del derecho para el análisis de los problemas jurídicos.³ Dado que los derechos humanos deben ser para todas las personas se trata de que efectivamente sean útiles considerando las diferencias y los contextos y sin que esas diferencias sean un obstáculo para su ejercicio.

En síntesis, se trata de que el derecho sea funcional a los hechos y no de que los hechos deban adaptarse para adecuarse a lo establecido en las disposiciones jurídicas. De la persona y el contexto resultan distintas herramientas que, en principio, deberían observarse en los distintos problemas jurídicos, particularmente en el litigio de los asuntos y en la resolución de los casos.

La universalidad de los derechos humanos puede ser entendida y definida desde posturas filosóficas, desde la teoría jurídica o incluso desde la teoría política, sin embargo, también puede ser entendida en su dimensión práctica. La universalidad también puede pensarse desde los contextos locales donde se ejercita el derecho: pensar lo universal a partir de lo local.

En efecto, la universalidad de los derechos humanos se construye de la mano de la idea de la igualdad como principio de organización de la sociedad política. Así, Ferrajoli

³ Ídem.

sostiene que “universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son exactamente la misma cosa”, en tanto la igualdad jurídica no es más que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales, “independientemente por el hecho, y al contrario, precisamente por el hecho de que sus titulares son diferentes entre ellos”.⁴

Ferrajoli identifica cuatro modelos de igualdad/diferencia. El primer modelo es el de la indiferencia jurídica a las diferencias. En este modelo las diferencias simplemente son ignoradas (estado de naturaleza de Hobbes). El segundo modelo es el de la diferenciación jurídica de las diferencias por medio del cual se valorizan algunas identidades y se desvalorizan otras, pero a través de instituciones jerarquizadas. Aquí estamos frente a una sociedad de castas donde las diferencias sirven para generar procesos de discriminación y jerarquización a través de criterios de privilegio. El tercer modelo es el de la homologación jurídica de las diferencias. Aquí se tiene conciencia de las diferencias, pero estas son negadas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Al ocultar las diferencias, también oculta las relaciones de poder, sumisión y desigualdad que suponen esas diferencias.⁵ La propuesta en materia de derechos humanos es avanzar hacia el cuarto modelo propuesto por Ferrajoli, el modelo de igual valoración jurídica de las diferencias que está basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad.

En este modelo no se trata de ser indiferente o tolerante a las diferencias, sino de garantizar la libre afirmación y desarrollo. El aspecto central de esta propuesta es que permite pensar a la igualdad –y por ende a la universalidad- desde lo local, desde el contexto de opresión cotidiana de la gente, permite sumar al análisis jurídico las relaciones sociales como factores de desigualdad y, en especial, tener presente que el análisis de estas relaciones es relevante para poder generar no sólo formulaciones normativas, sino también garantías de efectividad.

⁴ Luigi Ferrajoli, “El principio de igualdad y la diferencia de género”, en *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, ed. Juan A. Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez (México: Fontamara-SCJN, 2010), 13–14.

⁵ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil.*, 3a edición (Trotta, 2002).

El uso no diferenciado de los derechos humanos por medio del análisis de los contextos de opresión invisibiliza las diferencias de las personas y sus contextos, lo que resulta en una práctica excluyente contraria a la propia idea de universalidad. Por ello, este principio debe ser comprendido y usado desde la experiencia concreta de las personas de conformidad con un tiempo y espacio determinado, de tal forma que se promueva la inclusión desde la propia realidad y no sirva como mecanismo de imposición ideológica. Así, el principio de universalidad conlleva un proceso de contaminación, nutrición y renovación de los derechos humanos producto de su propia expansión a diferentes culturas, ideas y manifestaciones de la opresión. La idea contemporánea de los derechos humanos no puede concebirse a partir de una única interpretación,⁶ sino que recibe, asimila y regenera la experiencia particular para incorporarla al acervo universal, al tiempo que particulariza lo universal para ser útil en lo local.

Entonces, más que ahondar en lo que hace iguales a los seres humanos, la práctica del principio de universalidad debe interesarse por lo que los hace diferentes. Así como desde la antropología, la sociología y otras disciplinas se sostiene el origen histórico de los derechos humanos más allá del concepto abstracto de ser humano y de lo que es bueno para él, la universalidad de los derechos humanos debe desprenderse de cualquier esencialismo sobre el ser humano para reconocerlo a partir de su experiencia y su contexto concretos. Es la opresión que existe en la realidad de las prisiones, de los barrios pobres o de las rutas de los migrantes la que constituye la verdadera esencia de los derechos humanos. En última instancia, la moralidad básica de los derechos ha sido y es construida a partir del sufrimiento humano, de las luchas de las personas por reivindicar aquello que consideran que con justicia merecen. Los derechos humanos no son más que estas aspiraciones socialmente construidas (podemos llamarles pretensiones o expectativas) de lo que se considera indispensable para que el ser humano llegue a ser lo que cree debe ser⁷.

⁶ Upendra Baxi, "Voices of Suffering and the Future of Human Rights", *Transnational Law and Contemporary Problems* 8 (1998): 125–69.

⁷ Upendra Baxi advierte del peligro que representa no ya la imposición de derechos, sino de la idea misma de autodeterminación. La noción esencialista de la universalidad lleva consigo una identidad que pretende totalizar, en cambio, la verdadera autodeterminación que implican los derechos humanos parte del reconocimiento de múltiples identidades. Asimismo afirma que "[t]he evolution of the right to self-determination of states and people signifies no more than the power of hegemonic or dominant states to determine the 'self' which then has the right to 'self-determination'. In sum, the right is only a right to access a 'self' pre-determined by the play of hegemonic global powers". Baxi, Upendra, *op. cit.*, p. 143.

Lo anterior, pone de relieve dos aspectos para comprender la universalidad y llevarla al funcionamiento del DIDH:

- La centralidad del sujeto de derechos en su contexto, y
- La reinterpretación de los derechos a partir de las necesidades locales y particulares.

El primero de ellos nos lleva a considerar la importancia de las personas involucradas en un caso. Si bien es necesario considerar a todas las personas en su realidad, reviste especial importancia la identificación de aquella persona afectada que pertenece a un sector o grupo históricamente desaventajado, de tal manera que su pertenencia a ese grupo o sector de pautas para comprender la forma en que el derecho en cuestión debe adaptarse para serle útil. Ello no solo es relevante cuando se trate del derecho a la igualdad y la no discriminación, sino que corresponde realizar este ejercicio con cualquier otro derecho, pues cada uno tendrá incidencias diferentes atendiendo a la pertenencia a los distintos grupos o sectores sociales. Este constituye un elemento fundamental al inicio de cualquier proceso y no solo para la determinación de la resolución final, pues debe informar la forma en que el o la juzgadora se aproxima al asunto, es decir, los requisitos que debe observar para satisfacer su derecho de acceso a la justicia.

En cuanto a esto último, la discusión se relaciona con lo que llamamos “enfoque diferencial del acceso a la justicia”, que implica la necesaria adecuación que todo proceso debe tener para que efectivamente se desarrolle en condiciones de igualdad y se respete la equidad procesal. Por ejemplo, sabemos que al tratarse de un juicio penal a un miembro de una población indígena que no hable español, será necesario llamar a un traductor e intérprete para que el proceso pueda llevarse a cabo, de lo contrario la persona se encontraría en una situación de desventaja por su pertenencia a un grupo indígena. Asimismo, si se trata de un juicio en el que participan niños y/o niñas deberán tomarse ciertas medidas para asegurar que su voz sea escuchada o que no se afecte su sano desarrollo. Todo lo anterior a fin de que se garanticen todos los derechos a todos por igual.

El siguiente elemento a considerar es el contexto en el que se desarrolla un problema de derechos humanos. Lo que interesa aquí es mirar las condiciones que permiten el surgimiento de una violación a los derechos, pero también la forma en que ésta se comporta y finalmente las posibles soluciones, así nos dirá las causas y nos acompañará hasta la determinación de las medidas de reparación. En términos prácticos implica que el derecho se nutra de la realidad para reconstituirse y dar respuestas reales a los problemas humanos. Los derechos humanos, por tanto, no son solo normas generales y abstractas, sino que deben brindar soluciones.

De esta forma, para entender el contenido y alcance de un derecho ha de mirarse en una situación concreta y no de forma aislada, de tal manera que sea posible nutrir la interpretación a partir de los requerimientos de la realidad. Un contexto general de violencia de género exigirá de las y los funcionarios judiciales, una respuesta más apremiante y enérgica para exigir el cumplimiento de las obligaciones estatales de proteger y garantizar la integridad personal de las mujeres, mientras que otras violaciones esporádicas requerirán respuestas distintas en su adjudicación. En este sentido, Rodríguez Garavito señala:

Cuando se concibe el ordenamiento jurídico como un sistema armónico y completo, la aplicación judicial de las normas que lo integran aparece como una actividad técnica y neutra, entendida como una suerte de apéndice funcional del sistema. De acuerdo con esta perspectiva, la tarea del juez consiste en desentrañar y explicar la solución que para el caso concreto ya prevé el ordenamiento jurídico. Por esta razón, las teorías del derecho que afirman la coherencia del derecho tienden a sostener simultáneamente la neutralidad de la adjudicación. Por el contrario, cuando se entiende el derecho como un conjunto de normas que tienen una textura abierta y que se encuentran en tensión permanente debido a que protegen simultáneamente intereses de grupos enfrentados (v.gr. trabajadores y empleadores), los litigios y la adjudicación son vistos como campos de enfrentamiento entre dichos grupos, en los que el juez, lejos de mediar de forma neutra,

generalmente puede elegir entre interpretaciones alternativas de acuerdo con el resultado que considera más justo.⁸

Ello no significa que el derecho deba ser casuístico en todo momento y olvidar la idea de formar reglas generales. Al contrario, las reglas generales son necesarias para permitir el propio flujo dinámico de los derechos humanos, pero no pueden ser reglas generales aisladas de los casos que les dieron origen. La propia reiteración de criterios, en casos diferentes donde los mismos razonamientos sean aplicables, produce una regla general. Al mismo tiempo, es posible convivir con criterios para resolver hechos análogos, pero donde no sea necesario identificar una regla general.

A partir de estos dos factores, podemos acercarnos a la realidad del lugar o hecho concreto para estar en posición de redimensionar los derechos para que sean útiles a la realidad en la que pretenden impactar. Así, no se trata de una visión que homologue los significados de los derechos, sino que busca darles sentido dependiendo del contexto al que se enfrenten. Es el contexto el que nos proporciona las claves sobre cómo deben ser entendidos los derechos y, de manera especial, cómo es que se desarrollan las relaciones de poder en un espacio y tiempo determinados. Así, la desigualdad que viven las mujeres no sucede en el vacío, sino que se fortalece a partir de los diseños institucionales, las normas, la cultura, la religión, la educación, etc. Todo ello influye en cómo una situación dada puede pasar de ser normal a convertirse en un contexto que produce y reproduce la desigualdad. El contexto, entonces, es fundamental para entender la dinámica de los derechos, así como para identificar si la desigualdad hallada es una situación aislada o producto de una dinámica social, económica, política y cultural que sitúa en una mayor desventaja a ciertos sectores de personas, en beneficio de otros.

Una consecuencia de la identificación de la persona y el contexto es la recaracterización de los derechos humanos. El desarrollo del DIDH ha transitado desde una generalidad que homologaba las diferencias, a una especificidad que pone el énfasis en las precisamente en las diferencias, hasta llegar a una igual valoración de las mismas. Los

⁸ César Rodríguez Garavito, "Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces", en *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*, ed. Duncan Kennedy (Colombia: Ediciones Uniandes y Siglo del Hombre Editores, 1999), 20–21.

primeros tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refirieron a los derechos humanos en lo general, sin especificar las distintas incidencias que por sus contextos tienen los derechos en los grupos o sectores en desventaja. Esto resultó en una lectura de los derechos que no reconoció los espacios donde las violaciones a los derechos de las mujeres se relacionan, ni las particularidades que adoptan como resultado de la desventaja estructural. Es decir, al homologar a todos los sectores o grupos sociales se reforzó su situación de discriminación.

En vista de este problema es que se crean los tratados específicos, como los dos mencionados respecto de las mujeres, y otros para la protección de los niños y niñas, los pueblos indígenas, las personas con discapacidad, etc. Sin embargo, al tiempo que estos tratados reconocieron las especificidades de las violaciones a los derechos humanos cuando las víctimas son mujeres (por ejemplo, el reconocimiento de la esfera privada como un espacio de violación de derechos) y el énfasis en la protección de derechos de particular importancia para las mujeres, como la igualdad, también generó un efecto perverso que aisló la discusión de los derechos de las mujeres a ciertos órganos. Se encontraron, por un lado, los tratados y órganos de protección de las mujeres y, por otro lado, los tratados y los órganos de protección generales y aplicables a todos los que no son mujeres. De nueva cuenta se crea una especie de parámetro a alcanzar, y una idea de que los derechos de las mujeres solo están en un par de tratados y que lo demás no es aplicable.

De ahí que el DIDH debió dar un paso más para regresar a la generalidad, a los tratados de derechos humanos generales, pero interpretados de una forma que reconozca las particularidades y contextos de los distintos grupos sociales. Se trata, en términos de Rebecca Cook, de recharacterizar los derechos para que todos sean aplicables a todas las personas (verdaderamente universales) a partir del reconocimiento de la situación de persistente desventaja y de las condiciones del grupo o sector.⁹

⁹ Rebecca Cook, "Los derechos humanos internacionales de la mujer: el camino a seguir", en *Derechos humanos de la mujer. Colombia: perspectivas nacionales e internacionales.*, Cook, Rebecca (Bogotá: Profamilia, 1997).

Este tipo de análisis a partir de la identificación de las personas, el contexto y la consecuente recharacterización de los derechos humanos para lograr su efecto útil ha sido una práctica constante en el DIDH. Tomemos el caso de la Corte IDH, la cual ha hecho un uso sistemático del análisis de los contextos para poder fincar responsabilidad al Estado en violaciones específicas de derechos humanos. Lo que ha interesado, por ejemplo, para decidir los casos contenciosos pasa por el conocimiento de las personas o grupos involucrados, de la situación en la que se encontraban y de las necesidades expresadas en su reivindicación de derechos. Así, la interpretación de los derechos humanos contenidos en la CADH y otros instrumentos interamericanos no se realiza en el vacío, sino que es un producto dialógico resultante de *dimensionar* los derechos y las obligaciones a la luz de las condiciones y contexto de las víctimas. Los derechos humanos responden y se adecuan a las demandas y no al contrario.

Analicemos primero la forma en que las víctimas y su contexto han sido centrales para la jurisprudencia interamericana. Existen casos cuya complejidad parecería rebasar las posibilidades de los derechos humanos o donde una aplicación precisa del estándar internacional resulta insuficiente¹⁰. La Corte simplemente le da sentido a las obligaciones generales bajo principios amplios de interpretación, como ya se mencionó, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos de los Estados y sus efectos propios. Así, el análisis del contexto se ha utilizado con diversos objetivos, como son: probar una violación; determinar la responsabilidad internacional del Estado; determinar la razonabilidad de una restricción de derechos; determinar un patrón sistemático de violaciones; facilitar la comprensión del caso; determinar la existencia de un crimen de lesa humanidad; mostrar una problemática específica, y mostrar una problemática en agravio de un grupo o actividad¹¹.

¹⁰ Un ejemplo de esto se encuentra en el caso de la *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia* donde la Corte Interamericana se enfrentó a un asunto donde la violación fue cometida por particulares y no directamente por agentes del Estado. A partir de un análisis sobre las razones que llevaron al fortalecimiento de los grupos paramilitares, el contexto de Colombia y de Pueblo Bello, en lo particular, así como de la conducta de las autoridades respecto de los hechos, la Corte logró determinar la responsabilidad del Estado por violación a sus obligaciones de prevenir las violaciones y proteger los derechos humanos. En la sentencia se afirma que "es dentro del contexto descrito en que sucedieron los hechos del caso, que debe determinarse la observancia por parte del Estado de sus obligaciones convencionales de respeto y garantía de los derechos de las presuntas víctimas". Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

¹¹ Véase, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153,, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

Por otra parte, la Corte también ha reinterpretado los derechos para permitir la inclusión de circunstancias específicas no previstas originalmente. Este ha sido el caso de los asuntos sobre pueblos indígenas. En el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* la Corte IDH analizó la falta de demarcación de las tierras comunales, la ausencia de medidas efectivas para asegurar los derechos de propiedad de las tierras ancestrales y recursos naturales de la Comunidad y el otorgamiento de una concesión en las tierras sin el consentimiento de la Comunidad. Fundamentalmente se alegaron violados los derechos a la propiedad y a un recurso efectivo. Nicaragua fundó su defensa en un concepto tradicional de la propiedad y consideró que la extensión de tierra reclamada por la Comunidad era desproporcional considerando el número de sus miembros (seiscientos aproximadamente). La Corte señaló:

148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, [...], esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.¹²

Asimismo, la Corte afirmó que “[p]ara las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”¹³. El Tribunal realizó una reinterpretación del derecho a la propiedad para responder a las características y necesidades de las comunidades indígenas¹⁴. Este tipo de ampliaciones a los derechos que buscan mayor inclusión de personas y situaciones, también responden a una idea de universalidad localizada.

¹² CortelDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas., No. 79 (Corte Interamericana de Derechos Humanos el 31 de agosto de 2001).

¹³ *Idem*, párr. 149.

¹⁴ Previamente la Corte había definido a los “bienes” en términos tradicionales: “como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 122.

De acuerdo con lo anterior, la universalidad, desde un punto de vista práctico, debe permitir la ampliación de los titulares de los derechos y de las circunstancias protegidas por esos derechos. Los criterios de interpretación y aplicación deben responder a este principio general que pretende cubrir a la mayor cantidad de titulares de derechos bajo su protección. Lo anterior implica que debe mirarse tanto a quienes directamente se busca proteger como a las demás personas, especialmente a las más desprotegidas. El principio de universalidad de los derechos humanos puede servir como un marco conceptual de inclusión de culturas y de los más desaventajados.

Las herramientas en lo concreto pueden definirse como sigue:

a) La persona

Identificar a la persona o personas en el caso para verificar si pertenece a un sector en subordinación, como sería el caso de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, las personas con discapacidad o la población LGTBTTTI, o varios sectores históricamente desaventajados (por ejemplo, una mujer adolescente, indígena, migrante y pobre). En particular, importa para juzgar con perspectiva de género porque es posible que tratándose de una mujer o una persona de la diversidad sexual también se presenten otras condiciones de subordinación. Esta identificación resulta necesaria porque permite saber si:

- a) Es necesario adoptar medidas específicas para el tratamiento de las partes involucradas durante el procedimiento (enfoque diferencial de acceso a la justicia),
- b) Los hechos bajo conocimiento se encuentran relacionados o se deben a la pertenencia de esa persona a un sector en subordinación, y
- c) El contexto individual o subjetivo de la persona debe considerarse para efectos de la determinación.

En principio, todos los casos deben considerar la identificación de las personas involucradas. En primer lugar, para verificar si es necesario adoptar medidas procesales

para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad (ver indicador siguiente). En segundo lugar, para saber si las circunstancias bajo examen se deben o tienen relación con la pertenencia de esa persona a un sector en discriminación o subordinación.

Se trata de la puerta de entrada que permitirá establecer la forma en que se llevará el juicio (tanto materiales como formales), así como la orientación argumentativa que deberá tener. Por ejemplo, si el caso tiene que ver con violencia de género, el caso debe ser expuesto y argumentado con perspectiva de género.

El que una persona no pertenezca a un grupo o sector en discriminación no implica que las siguientes herramientas deban obviarse, pues existen otras circunstancias individuales que también interesan para el desarrollo del proceso.

b) Enfoque diferencial de acceso a la justicia

El enfoque diferencial de acceso a la justicia es una aproximación al caso en su conjunto que realiza la autoridad judicial para modificar cada una de las partes del procedimiento y hacerlo accesible a los requerimientos de cada sector poblacional a fin de evitar condiciones de desigualdad. Atiende al proceso mismo y no a la situación bajo análisis. El objetivo es garantizar que las condiciones procesales sean materialmente iguales para las partes y, por tanto, requiere que el proceso se adecúe a las circunstancias de las personas en el juicio.

Siempre que acude a juicio una persona perteneciente a un grupo en situación de discriminación o subordinación, como las niñas, niños y adolescentes, las mujeres, las personas migrantes o las personas indígenas, deben adoptarse medidas que aseguren su participación adecuada en el juicio de tal forma que la condición de discriminación no se refleje en el procedimiento y, por tanto, afecte a las partes involucradas.

Las Reglas de Brasilia contienen distintos ejemplos de las medidas que las autoridades judiciales están obligadas a adoptar. Por ejemplo, el que las niñas y niños puedan

declarar en un espacio distinto a la sala de juicio, el que las personas indígenas cuenten con un traductor o el que los migrantes cuenten con asistencia consular.

c) Contexto individual

Consiste en identificar las circunstancias particulares de las personas en el juicio, particularmente de víctimas o imputadas. Esto es, preguntarse: quiénes son, grado de estudio, hijos, profesión, actividad, actividad económica, salario, etc. Lo que interesa es conocer si alguna de esas circunstancias tiene alguna incidencia en el caso, aunque sea de forma indirecta.

El objetivo de la herramienta es que las autoridades judiciales identifiquen las condiciones particulares en las que llega a juicio una persona, de tal manera, que su decisión no implique la imposición de una sanción desproporcional o con un mayor grado de afectación para la persona involucrada.

La herramienta se utiliza siempre que de las circunstancias del caso se desprenda la existencia de una situación específica que pone a la persona en un mayor riesgo, vulnerabilidad o discriminación. Por ejemplo, por ser pobre, no tener educación, no tener redes familiares o de amigos, etc. En este caso no es necesario que la persona parte en el juicio pertenezca, por su identidad, a un sector en discriminación o subordinación, sino sus condiciones personales.

La identificación del contexto individual debe utilizarse para verificar en qué medida la situación que se vive se relaciona con ese contexto individual y, por tanto tomar las medidas apropiadas para hacerse cargo de ese contexto. Por ejemplo, en el caso de una mujer que denuncia en varias ocasiones violencia doméstica y después se retracta. Socialmente, a esa conducta se le asignan este tipo de estereotipos: a esa mujer “le gusta que le peguen”, “seguro cree que le pega porque la quiere”, “lo agarramos y a los cinco minutos ya nos viene a llorar para que lo soltemos” y otros tantos.

Estas conductas estereotípicas sobre el comportamiento de las mujeres dejan de lado el contexto específico que puede estar viviendo esa mujer. Interesa preguntar: ¿trabaja?

¿tiene ingresos propios? ¿tiene hijos? ¿van a escuela pública o particular? ¿tiene familia o personas cercanas a quién recurrir? Esto debería llevar a una autoridad judicial en materia penal a tomar medidas precautorias más amplias que atiendan a esta condición en particular y no solamente a la protección de la integridad física.

La herramienta también es útil cuando se trata de la proporcionalidad de la pena. Por ejemplo, si la persona es pobre, en materia penal esto se puede desprender de sus generales: ¿a qué se dedica? ¿qué ingresos tiene? ¿con qué nivel de educación cuenta? Y la aplicación de este análisis de contexto puede ser útil en la individualización de la pena a fin de otorgarle la mínima y en la posibilidad de obtener una pena sustitutiva. Bajo esta lógica, la pobreza no es una causa de inimputabilidad, sino un aspecto a analizar en la aplicación de la sanción.

d) Contexto social

Los asuntos deben entenderse en el contexto del sector en discriminación o subordinación al que pertenece la persona a fin de estar en posibilidad de hacerse cargo de la desigualdad como lo exige el derecho a la igualdad y el principio de universalidad y, de manera particular, la perspectiva de género.

El objetivo de la herramienta es ubicar el caso en las condiciones de subordinación que vive un sector determinado, de tal forma que se establezca la relación entre la persona específica y lo que le sucede al sector en discriminación al que pertenece. Esto es, lo acontecido en un caso específico no sucede de manera aislada o única, sino que es reflejo de un contexto social de discriminación o subordinación hacia un sector.

La pregunta básica es: ¿Lo que sucede o sucedió encuentra su razón de ser en la pertenencia de una persona a un sector en discriminación o subordinación? ¿Entre las personas vinculadas al caso subyace una relación asimétrica de poder? ¿Están involucradas personas que han sido tradicionalmente discriminadas en virtud de las llamadas categorías sospechosas? ¿Cuál es el contexto en el que se desarrollan los hechos?

Lo que interesa es mirar las condiciones que permiten la subordinación del sector, pero también la forma en que se manifiesta y finalmente las posibles soluciones, así aportará información sobre las causas y acompañará desde la determinación de medidas de protección hasta la determinación de las medidas de reparación. En términos prácticos implica que el derecho se nutra de la realidad para reconstituirse y dar respuestas reales a los problemas humanos. Los derechos no son solo normas generales y abstractas, sino que deben brindar soluciones.

Se trata, por ejemplo, de la pregunta sobre la razón de género. ¿Lo que sucede, pasa por una razón de género? Los casos de violencia doméstica contra una mujer o violencia sexual son delitos de género, por lo tanto su explicación, análisis y argumentación pasa por reconocer que los hechos de un caso individual tienen relación con el contexto social de subordinación de las mujeres.

Al vincular el caso particular de una persona (víctima o imputada) con una razón de género, el paso siguiente es identificar la forma en que el contexto general de opresión (la razón de género) opera en casos similares. El objetivo es determinar la existencia de una situación general de desigualdad en la que también se encuentra la víctima o la imputada. Esto es, ubicar a la persona en un contexto general de desigualdad. Los casos de violencia doméstica no son aislados, son parte de un mecanismo generalizado de opresión, lo mismo que la violencia sexual, pero también el rol que muchas mujeres desempeñan en la comisión de delitos.

e) Recaracterización del derecho

Es una herramienta que surge de una lectura de los derechos y el derecho a partir de la igualdad, pero no para determinar si la norma permite o no un trato igual, sino para que una disposición o una institución jurídica sea capaz de incorporar a las personas en el discurso jurídico. Aunque, como ya se mencionó surge para reconocer los derechos de las mujeres, la misma herramienta es útil para el reconocimiento de los derechos de distintos grupos en situación de desventaja histórica.

Un ejemplo puede ayudar a entender esto, pensemos en la libertad de circulación. Cuando nos referimos a este derecho una de las primeras situaciones que se nos viene a la mente es un retén y cómo nos impediría llegar a nuestro destino. Pero qué pasa si pensamos en la prohibición de que las mujeres salgan solas a la calle o, peor aún, en que las mujeres no podamos salir solas a la calle por los niveles de inseguridad no atendidos de forma eficaz por las autoridades. De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación General 28, esto también constituye una violación a la libertad de circulación.

Lo que nos proporciona la recharacterización es una interpretación del derecho y los derechos que incorpore la realidad de los grupos en desventaja en el discurso jurídico. La recharacterización del derecho permite ampliar la base de interpretación de los derechos pero también de cualquier institución jurídica, a fin de comprender las condiciones particulares de un sector social. El marco jurídico de aplicación va más allá de los tratados particulares sobre derechos humanos, sino que toda disposición puede recharacterizarse con la finalidad de que reconozca la situación de desigualdad estructural y sea útil para la protección de los derechos humanos.

2. Las obligaciones generales

Los derechos humanos adquieren significado a la luz de las obligaciones generales. Estas obligaciones son marcos que permiten identificar la conducta estatal esperada a partir de los hechos que presenta el problema de derechos humanos y de la identificación de las distintas dimensiones de la conducta esperada. Cada derecho humano se comporta de distinta manera al relacionarlo con las obligaciones generales. Así, la conducta estatal exigida para el respeto al derecho a la libertad de expresión será distinta a la exigida para proteger el derecho a la libertad de expresión, para garantizarlo o para promoverlo.

Aunque tradicionalmente se han entendido las obligaciones a partir de la simple dicotomía entre un hacer y un no hacer, las obligaciones en materia de derechos humanos constituyen un continuo de actos tanto positivos como negativos. De tal forma que todos los derechos implican tanto acción como no interferencia por parte de los agentes estatales e, incluso, de los particulares. Así, estas obligaciones proporcionan

un mapa o guía para determinar qué conducta estatal era la esperada y, por tanto, precisar la violación a derechos humanos a fin de determinar el camino a seguir para su debida reparación.

- a) Respetar. Constituye la obligación más inmediata y básica de los derechos humanos, en tanto implica no interferir con, o poner en peligro los derechos humanos. Esto es, las autoridades deben abstenerse de violar derechos.
- b) Proteger. Se trata de una obligación dirigida a los agentes estatales, en el marco de sus respectivas funciones, para prevenir las violaciones a los derechos humanos cometidas por particulares. Es una obligación positiva del Estado para desplegar múltiples acciones a fin de proteger a las personas de las interferencias provenientes de los particulares.
- c) Garantizar. Tiene por objeto realizar el derecho y asegurar para todos la habilidad de disfrutarlos. Conlleva tres actividades: (i) adoptar medidas (normativas, institucionales, presupuestales, etc.) para la realización de los derechos humanos; (ii) proveer de bienes y servicios para satisfacer los derechos, y (iii) investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

En aquellos casos donde sea necesario realizar la interpretación de un derecho, por ejemplo, por efecto de una interpretación conforme, es indispensable desagregar el derecho de tal forma que se logre precisar la conducta estatal que se interpreta y lo que se requiere de ella.

Cada derecho humano adquirirá una interpretación diversa a la luz de la obligación con la que se relacione. Así, el derecho a la vida desde la obligación de respetar implicará, por ejemplo, que no se cometan ejecuciones ilegales. Desde la obligación de proteger, que se establezca el tipo penal de homicidio y que cuando este ocurra se investigue y sancione. Desde la obligación de garantizar, implicará que el personal de seguridad esté capacitado en el uso proporcional de la fuerza o, en otro tipo de casos, que existan políticas que combatan la mortandad materna.

En la justicia cotidiana las obligaciones también son fundamentales. Permiten identificar que las autoridades que están involucradas en los asuntos atiendan sus

obligaciones. De esta manera, el actuar de todas las autoridades debe sujetarse a las obligaciones y buscar que los derechos se cumplan a la luz de ellas.

En su conjunto, las herramientas provenientes de la universalidad y de las obligaciones generales permiten conocer a las personas y los hechos, pero también identificar qué se requiere del derecho para poder responder a las situaciones particulares. Conviene mencionar que lo anterior no implica excluir las reglas procesales que cada materia tiene, al contrario, el enfoque de derechos humanos no busca abrir espacios de discrecionalidad. De lo que se trata es de permitir incorporar a las personas y los hechos como un elemento clave en la impartición de justicia que conlleva el reconocimiento de las desventajas históricas que viven ciertos grupos sociales, así como la determinación de las obligaciones de las autoridades.

III. Lo multidisciplinario en el derecho

El derecho suele verse y estudiarse como una disciplina que interpreta y aplica disposiciones jurídicas y que, por medio de ellas, se está en posibilidad de impartir justicia. Es decir, se trata de un ejercicio centrado en el andamiaje jurídico donde los hechos de los casos deben encontrar su lugar. Como se desarrolló en el apartado anterior, el enfoque de derechos humanos implica lo contrario, es decir, que el derecho debe responder a los hechos. Esta operación no es sencilla. Conlleva un conocimiento a profundidad del derecho para saber a qué responden las instituciones jurídicas y cómo obtener de ellas los efectos útiles deseados para la protección de los derechos. No se trata de realizar cualquier interpretación o de obviar al derecho. Se trata, en todo caso, de discutir con el derecho mismo. De ahí que los derechos humanos exigen una postura crítica sobre el derecho. A veces el derecho será un vehículo, pero algunas ocasiones el derecho será un obstáculo. En este último caso, también será el propio andamiaje jurídico el que debe proporcionarnos las posibles soluciones.

El problema principal en la enseñanza del derecho no está en las posibilidades del derecho para ser interpretado (aunque no estaría de más fortalecer la enseñanza de los estudios críticos del derecho), sino en la manera en que se entienden e incorporan los hechos. Los hechos incluyen a las personas, el evento específico de que se trata, pero también lo que rodea a ese evento y a la persona. Constituye un problema porque el derecho tiene pocas herramientas entender a los hechos, aunque una vez incorporados pueda darles su dimensión jurídica.

La entrada de los hechos, además de las propias relatorías formuladas por las partes, suele darse en la forma de peritajes psicológicos, médicos o antropológicos, entre otros. Pero los derechos humanos requieren una discusión aún mayor. A veces también se requiere de la estadística, el análisis de redes o la sociología. Un asunto penal donde se investigue la desaparición de un grupo de personas puede requerir el análisis de las redes criminales que intervinieron en o permitieron la desaparición. Esto afecta la búsqueda de las personas desaparecidas, pero también la investigación de los perpetradores y finalmente la determinación judicial sobre los responsables. En los casos de criminalidad compleja, como lo es la desaparición de personas, las herramientas de

investigación y aquellas que utilicen las autoridades judiciales para apreciar los hallazgos implican el acercamiento a fuentes de conocimiento muy ajenas al derecho en cuanto a su metodología, procesamiento y resultados.

En otro ejemplo, para identificar el contexto individual y social de una persona será necesario contar con información proveniente de la sociología o de la estadística. Difícilmente se puede reconocer el problema social que representa la violencia sexual, por ejemplo, si no se cuenta con mayores elementos respecto de su presencia e impactos en la sociedad en general, la alta posibilidad de que las declaraciones de una víctima no sean consistentes entre sí o el que pueda, incluso, retractarse. El derecho puede sostener las interpretaciones de los derechos por sí mismo, pero no puede hacer por sí una interpretación de la realidad a fin de asegurar la protección de los derechos humanos. Para ello requiere de otras disciplinas.

Durante muchos años se concibió a los derechos humanos como un área de estudio exclusiva del derecho, entendiendo por derechos humanos únicamente a las normas jurídicas que los reconocen. Sin embargo, los últimos veinte años han sido muestra de la importancia de conectar a los derechos humanos con otras disciplinas para asegurar su comprensión y cumplimiento.¹⁵ Esto también conlleva una perspectiva distinta en la enseñanza de los derechos humanos y del derecho. Entender al Derecho Internacional Público pasa por comprender a los regímenes internacionales estudiados por las Relaciones Internacionales, avanzar en el fortalecimiento del cumplimiento de las sentencias implica contar con elementos de política judicial y proteger los derechos humanos en muchas ocasiones necesita contar con elementos de sociología, estadística o antropología, como ya se mencionó.

Lo anterior no implica que el derecho deba convertirse en una disciplina sin un centro. Por el contrario, se trata de fortalecer los procesos de interpretación jurídica a partir de contar con elementos que permitan apreciar a las personas, los hechos y las pruebas. Ello conlleva necesariamente avanzar hacia un pensamiento sistemático sobre la realidad. Si bien las y los abogados estamos capacitados para pensar el caso por caso, tratándose de

¹⁵ Ariadna Estévez y Daniel Vázquez, *Los derechos humanos en las ciencias sociales. Una perspectiva multidisciplinaria*, 2a. (México: FLACSO MÉXICO, 2019).

las violaciones a derechos humanos también se hace necesario aprender a pensar en el conjunto de casos a fin de identificar similitudes y diferencias que nos permitan realizar agrupaciones para su análisis.

IV. Reflexiones finales

Uno de los grandes retos de los derechos humanos para el derecho es aprender a pensarlos fuera de los códigos e incluso de los tratados internacionales. Es decir, pensar a los derechos humanos en los hechos para poder ser recuperados por el derecho. Esto también conlleva aprender a utilizar un derecho no codificado y cambiante como lo es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Su gran dinamismo y evolución justamente responde a su capacidad de incorporar a los distintos grupos de personas y a los distintos contextos en el derecho. Se trata, por tanto, de un ejercicio de complementación que permite al derecho avanzar a la luz de los hechos.

El enfoque multidisciplinario ayuda a entender a las personas y los hechos que recurren a la justicia y esto es lo que da la pauta para la evolución del derecho y de los derechos humanos, así como para su transformación. De ahí la importancia de considerar una comprensión amplia de distintas disciplinas para construir la escalera que genere una concepción crítica del derecho tendente a la justicia.

V. Bibliografía

- BAXI, Upendra. “Voices of Suffering and the Future of Human Rights”. *Transnational Law and Contemporary Problems* 8 (1998): 125–69.
- CABALLERO OCHOA, José Luis. *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*. México: Porrúa-IMDPC, 2013.
- . “La interpretación conforme en el escenario jurídico mexicano. Algunas pautas para su aplicación a cinco años de la Reforma Constitucional de 2011”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales II*, núm. 3 (2016): 37–62.
- COOK, Rebecca. “Los derechos humanos internacionales de la mujer: el camino a seguir”. En *Derechos humanos de la mujer. Colombia: perspectivas nacionales e internacionales*, Cook, Rebecca. Bogotá: Profamilia, 1997.
- CorteIDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas., No. 79 (Corte Interamericana de Derechos Humanos el 31 de agosto de 2001).
- . *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 122
- . *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- . *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.
- . *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.
- ESTÉVEZ, Ariadna, y Daniel Vázquez. *Los derechos humanos en las ciencias sociales. Una perspectiva multidisciplinaria*. 2a. México: FLACSO MÉXICO, 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 3a edición. Trotta, 2002.
- . “El principio de igualdad y la diferencia de género”. En *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, editado por Juan A. Cruz Parceros y Rodolfo Vázquez. México: Fontamara-SCJN, 2010.
- MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena. *Principio pro persona. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. CDHDF-SCJN-ONUDH, 2013.

- RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. En *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*, editado por Duncan Kennedy, 20–21. Colombia: Ediciones Uniandes y Siglo del Hombre Editores, 1999.
- SERRANO, Sandra, y Daniel Vázquez. *Los derechos en acción. Principios y obligaciones de derechos humanos*. 2a edición. Mexico: FLACSO MÉXICO, 2021.