

## NOTA PRELIMINAR

En su mayor parte, los diversos capítulos que integran este libro fueron redactados durante 2003. No fue un año demasiado propicio para pensar y escribir sobre los derechos fundamentales. No solamente porque el tema prácticamente desapareció de la agenda pública en muchos países, sino porque la guerra —que es la negación absoluta de los derechos— hizo su aparición tanto en los campos y ciudades de Irak como en nuestro entorno académico y político. Fue el gran tema del que se habló durante meses. No hubo otra cuestión en los principales ámbitos de las discusiones públicas que pudiera opacarlo. Las librerías se comenzaron a llenar de análisis sobre el nuevo papel de fuerza que ha asumido Estados Unidos, sobre los peligros de los fundamentalismos de matriz religiosa, sobre las ganancias que se están llevando altos funcionarios del gobierno estadounidense en la reconstrucción de Irak y así por el estilo.

Por otro lado, tampoco ha sido fácil escribir sobre los derechos fundamentales cuando en países con una consolidada tradición de defensa de las libertades se han dado pasos atrás de enorme magnitud. Una de las cunas del constitucionalismo, como lo son los Estados Unidos de América, estuvo debatiendo durante meses si se podía permitir la tortura contra presuntos terroristas; publicaciones tradicionalmente consideradas respetables y serias (*Time* y *Newsweek*, entre otras) se hicieron eco de esa temática y de pronto, sin saber cómo, estábamos volviendo a discutir cuestiones que habían quedado zanjadas —o eso suponíamos— hace ya muchos años. Al mismo tiempo, en Inglaterra un gobierno de izquierda planteaba una nueva legislación para que fueran posibles las detenciones sin orden judicial y por tiempo indeterminado. En la base estadounidense de Guantánamo, los presos de la guerra de Irak llevan meses sometidos a un régimen de aislamiento y tortura que no tiene precedente, sin que la opinión pública de ese país haya tomado plena conciencia del rumbo hiperautoritario que está tomando su gobierno.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Una de las pocas voces que han conservado la lucidez y criticado la situación desde la óptica de los derechos fundamentales ha sido la de Ronald Dworkin, de quien puede verse, por ejemplo, su ensayo “Terror and the attack on civil liberties”, *New York Review of Books*, Nueva York, vol. 50, núm. 17, 6 de noviembre de 2003. Un panorama más amplio del debate reciente sobre el

Los ejemplos se podrían multiplicar. El miedo —justificado o no— a los atentados terroristas y la incubación de profundos odios étnico-culturales parece que nos han devuelto a épocas que creíamos superadas, con la consecuencia —en el terreno de los derechos— de que se tienen que volver a defender incluso los principios básicos, aquellos que se habían cimentado hace doscientos años, que considerábamos definitivamente logrados (quizá con un punto de romanticismo e ingenuidad que —ahora lo sabemos— no tenía demasiado respaldo en los hechos) y que hoy parecen estar en peligro por el fuego cruzado de la prepotencia imperialista de unos y la ceguera terrorista de otros.

En este contexto no se sabe si resulta, ya no digamos realista, sino ni siquiera posible hacer referencia y defender por ejemplo lo que se ha llamado el “constitucionalismo global” o la “democracia cosmopolita”, o si bien tendríamos que concentrarnos en recordar que en ningún caso y bajo ninguna circunstancia se puede torturar a una persona, o que los derechos de quienes son acusados penalmente deben ser siempre respetados, sin que sea posible alegar alguna especie de estado de excepción individualmente determinado para violarlos.

A pesar de los síntomas contrarios a los derechos, o mejor dicho, precisamente por ellos, creo que hoy en día nada puede ser más útil y necesario que seguir escribiendo y difundiendo por todos los medios posibles su contenido, lógica y potencialidad emancipadora. ¿De qué otra forma podemos, entre todos, oponer a la irracionalidad de la guerra y a la demagogia de los “ataques preventivos”, la racionalidad y la ética de la convivencia que se sustentan en valores tan esenciales como la libertad, la igualdad y la solidaridad? ¿qué podemos esperar de nuestros ciudadanos y de nuestros gobernantes si no hay un discurso alternativo que al menos sugiera que existen otros medios para arreglar las diferencias y que uno de los mayores logros que la civilización humana ha alcanzado en toda su historia, como lo es el respeto a la dignidad de todos, no puede ser echado por la borda en pocas semanas por un gobierno imperial comandado por una pandilla de desequilibrados? Por todo eso es que el libro fue finalmente escrito, porque cada uno de nosotros tiene la responsabilidad de aportar lo que pueda en este momento no precisamente iluminado de la historia de la humanidad.

Para algunos esa posibilidad se limita a los muy estrechos márgenes de la actividad académica, cada día más desplazada de los grandes centros de discusión. Ningún libro podrá parar una guerra, no hay que hacerse falsas ilu-

siones; pero quizá su ausencia sí que puede provocar futuros choques. No escribir, no criticar, no ejercer nuestras libertades, no demandar ante los tribunales a quienes violan el orden jurídico internacional, no apoyar las iniciativas de pacificación no solamente es una omisión inocente; en los tiempos que corren todo eso nos hace corresponsables de la pérdida de sentido que recorre el mundo, del debilitamiento de los vínculos sociales, del asedio a la racionalidad. Escribir puede ser una débil respuesta frente a los grandes problemas que tenemos; pero dejar de hacerlo es, para quienes nos dedicamos a las tareas académicas en el ámbito de las ciencias sociales, una renuncia todavía más trágica.

Aparte de estos factores ambientales que en el plano internacional operan en contra de los derechos fundamentales, también hay que denunciar desde estas primeras páginas la fuerte implantación de una cierta forma de retórica que pretende achacar algunos de los males de nuestras sociedades no a la negación y violación cotidianas de los derechos, sino justamente a lo contrario, es decir, a la existencia misma de los derechos.

Para estos modernos inquisidores, son los derechos fundamentales los que causan el incremento de los índices delictivos, no el hecho mucho más contundente y humillante de que haya personas sumidas en la pobreza sin ningún tipo de horizonte vital para salir de ella, ni al mucho más obvio y acreditado que consiste en que la delincuencia se genera, ampara y cobija desde dentro de los aparatos oficiales, sobre todo —por ejemplo— en las áreas de policía o en las aduanas. Para los reaccionarios el desempleo no es el resultado de nuestro actual capitalismo globalizado, de signo depredador y monopolístico, sino justamente el resultado de haberle concedido a los trabajadores “demasiados derechos”. En esa misma lógica, los problemas indígenas en los Estados pobres del sur de México no serían el resultado de la miseria, el atraso y el abandono, sino la consecuencia de haber dejado que quienes no saben ni leer ni escribir se expresen como si fueran ciudadanos como los demás y pretendan tener los mismos derechos. También a esta retórica contraria a los derechos —que quizá es producto de lo que se ha llamado el “eclipse del constitucionalismo en la conciencia (in)civil”—<sup>2</sup> hay que oponerse de manera contundente. Si la dejamos pasar, tal como están las cosas, le estaremos concediendo una ventaja indebida dentro de la esfera pública de nuestro discurso temático.

Toca ahora hacer algunas referencias sobre el contenido del libro.

<sup>2</sup> Vitale, Ermanno, “Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales”, *Isonomía*, México, núm. 16, abril de 2002, p. 41.

Una de las dificultades mayores para su escritura ha tenido que ver con la decisión de estructurar los capítulos y la forma en que deberían ser desarrollados. La alternativa estaba entre hacer un manual para estudiantes, de forma que pudieran tener acceso a un instrumento que les permitiera contar con algo así como “los apuntes de clase” puestos en forma de libro, o bien ir un poco más a fondo e intentar aportar más elementos de los que figuran en los manuales escolares, aunque tampoco fueran tantos que impidieran la utilización del texto en toda su extensión dentro de los cortos periodos lectivos en nuestras universidades. Al final, creo que hay una combinación de ambos enfoques, pues en algunos temas el tratamiento ha sido más superficial y en otros se ha ido más a fondo.

Como quiera que sea, el objetivo del libro estuvo claro desde el principio: servir como un elemento útil para la enseñanza en las escuelas y facultades de derecho. No pretende, por tanto, aportar nada novedoso a la ciencia jurídico-constitucional ni se dirige a los expertos en el tema, que con seguridad tendrán ya en sus bibliotecas textos más completos y profundos que éste. Pero tampoco da por hecho, como creen algunos profesores, que todos los alumnos son perezosos, que nos les gusta leer y que su único objetivo es acreditar la materia haciendo el mínimo esfuerzo. No es esa la clase de alumnos a los que he podido servir en las aulas de la Facultad de Derecho de la UNAM. Al contrario. Me parece que la queja más permanente de los alumnos es justamente la falta de materiales modernos y actualizados en las distintas materias jurídicas; se quejan, y creo que con razón, de que los libros que utilizan en clase son muy anticuados y que presentan las cuestiones a tratar desde un punto de vista excesivamente teórico. Como es obvio, todo libro tiene que ser teórico, pues esa es su función, pero también es verdad que hay, para decirlo muy llanamente, *de teorías a teorías* y que las que imperan hoy en día en nuestras aulas universitarias no siempre están a la altura de los cambios que ha vivido el país y que está viviendo el mundo.

El objetivo docente no obstaculiza, desde mi punto de vista, la posibilidad de abordar cuestiones que pueden ser discutibles, que han sido polémicas y que tradicionalmente no han sido objeto de estudio dentro de los manuales universitarios referidos a los derechos, pero que sin duda forman parte del universo de temas que se están discutiendo en la actualidad, dentro y fuera de los circuitos académicos.

Algunos de esos temas no han sido tratados por nuestros teóricos por diferentes causas; una de ellas es la muy obvia de que algunos de los manuales más conocidos fueron escritos hace bastantes años, cuando una serie de cuestiones todavía no tenían la importancia que tienen hoy en día (esto se ve cla-

ramente cuando se repara en la notoria ausencia del estudio del derecho al medio ambiente como derecho fundamental por parte de nuestros teóricos; o con el resto de los derechos que se han incluido en varios textos constitucionales contemporáneos como respuesta a los avances tecnológicos: derecho a la intimidad, derecho a la propia imagen, *habeas data*, etcétera). Otra causa puede estar vinculada con la naturaleza del sistema político mexicano. La retórica autoritaria impidió durante mucho tiempo que los derechos sociales fueran planteados bajo enfoques garantistas, razón por la cual vemos que algunos manuales ni siquiera se detienen en su estudio, y otros que sí lo hacen caen con frecuencia en planteamientos ya superados o que aportan más bien poco a una comprensión contemporánea y normativamente eficaz de los mismos.

En algunos de los temas polémicos he intentado ofrecer una exposición si no neutral, al menos bastante comprensiva con los puntos de vista con los que no estoy de acuerdo, procurando alcanzar la mayor objetividad posible; así sucede cuando se abordan cuestiones como la del aborto o la de la libertad religiosa y sus límites. En éstos y en otros temas el lector no encontrará siempre puntos de vista contundentes y cerrados a otras posibilidades, ya que en el fondo sigo teniendo muchas dudas sobre varios aspectos; además, creo que cada persona debe contar con la información necesaria para formarse su propio criterio, sin tener que acomodarse al de quien escribe.

Debo advertir que, teniendo en cuenta el carácter fundamentalmente divulgativo del libro, hay algunos aspectos de la regulación constitucional de los derechos en los que no he profundizado como quizá hubiera sido necesario. Concretamente, varias partes del capítulo primero (en donde se exponen las cuestiones de teoría general de los derechos) deberían estar más desarrolladas; en ese mismo capítulo también quedaron ciertos temas por ser planteados. Lo mismo sucede en el capítulo cuarto (en el que se estudian los derechos de seguridad jurídica), aunque en este caso las limitaciones en la exposición obedecen en buena medida al grado de detalle con que el texto constitucional mexicano regula los derechos dentro de los procedimientos penales; en los artículos 16 y 18 al 23 de la Constitución mexicana hay varias disposiciones que sólo pueden llegar a ser interpretadas cabalmente por los especialistas en derecho penal o en derecho procesal penal. En estos casos, el constitucionalista debe proceder con mucha cautela; he preferido aportar simplemente algunas notas un tanto “externas” a tales cuestiones, partiendo del entendimiento que de ellas puede tener alguien que no se dedica a estudiar el derecho penal. El lector debe estar advertido de que quedan, al menos en los capítulos primero y cuarto (y seguramente en algún otro)

muchas cosas por decir y que en varios aspectos se ha aportado una visión muy superficial y general de los temas estudiados. Hay también al menos tres grandes temas que quizá deberán ser objeto de un tratamiento por separado, dada su importancia o su especificidad temática. Me refiero a: *a)* la historia de los derechos fundamentales; *b)* los derechos de participación política (es decir, el derecho de sufragio activo y pasivo, y el derecho de asociación política), y *c)* la suspensión de los derechos fundamentales, que involucra la delicada temática de los estados de excepción.

Una de las cuestiones que me ha parecido difícil de comprender desde que era estudiante en la Facultad de Derecho de la UNAM, y que estoy seguro que llama a la atención a varios de los que actualmente estudian en las aulas de esa y otras escuelas de derecho, es que pese a la frecuencia con que los profesores repetían la necesidad de estudiar el derecho de forma interdisciplinaria, tomando en cuenta las aportaciones de otras ciencias sociales, nunca o casi nunca los mismos profesores se valieran de instrumentos de medición empírica para poner a discusión si un determinado precepto se cumplía o no en la práctica; es decir, se nos explicaban las normas tal como estaban escritas en los códigos y en las leyes, pero nunca había un momento en el que se nos dijera —no a través de anécdotas o de vivencias de los docentes, sino por medio de instrumentos científicamente adecuados— si esas normas servían para algo en la realidad.

Ya en un libro anterior sobre los derechos fundamentales intenté comenzar a introducir algunas estadísticas básicas que sirvieran para acreditar que los postulados constitucionales que se proclamaban solemnemente en el texto de 1917 no se realizaban en la práctica.<sup>3</sup> Al escribir los distintos capítulos de este libro también tuve que decidir si era necesario o no, para efectos de la exposición, hacer referencia a las estadísticas que demostraran, en los casos en que fuera posible y necesario, que los derechos se cumplían o no se cumplían; al final, como podrá comprobar el lector, decidí incorporar solamente algunos datos, para no alargar de modo excesivo el número de páginas.

Aunque el carácter informativo del texto es muy marcado, se ha limitado la incorporación de información estadística recordando una reflexión de Giovanni Sartori sobre el mejor modo de preservar la vigencia de los contenidos de un libro. Según Sartori, los libros que son *solamente* informativos o que se apoyan en exceso en estadísticas se pueden quedar obsoletos en seguida,

<sup>3</sup> Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2002. De ese libro he recuperado para la presente exposición bastantes pasajes, incluyendo varios de los que figuran en su nota preliminar, que ahora se han incorporado en las siguientes páginas.

tan pronto como la información ofrecida se puede remplazar por otra más actualizada; por el contrario, los libros de corte más analítico o conceptual mantienen durante más tiempo la vigencia de su contenido.<sup>4</sup> Por eso, las estadísticas que el lector podrá encontrar en este libro son menos de las que podrían figurar o, incluso, de las que me hubiera gustado incluir. En compensación, dentro de la explicación que aparece al principio de la bibliografía general el lector podrá encontrar algunas recomendaciones de las fuentes de medición empírica a las que puede dirigirse en caso de que le interese tener los datos sobre algún derecho en concreto.

En términos generales, y con independencia del uso limitado que de ellos se hace en el texto, lo cierto es que los datos estadísticos nos ofrecen parámetros reales de lo que está sucediendo en México y en otras partes del mundo en el tema de los derechos. Su utilización no solamente tiene que ver con la necesidad de trabajar con metodologías mixtas en el campo del derecho constitucional —que a veces tiene que moverse a caballo entre la ciencia política, la teoría del derecho y la sociología—, sino también y sobre todo intenta servir al objetivo de no dejar libre el campo de la realidad a los políticos. En efecto, me parece que los estudios académicos se han contentado desde hace años con hacer muy poco (una especie de *self-restraint* académico), y con ello le han dejado un enorme campo de acción a la “política del derecho”, que han podido operar los políticos profesionales sin ningún tipo de control científico y sin las molestas críticas de la doctrina. Sobra decir que al adoptar esa postura la doctrina ha terminado deslegitimándose a sí misma y, lo que es tal vez peor, cayendo en la irrelevancia absoluta. A muchos teóricos se les había olvidado pasar sus reflexiones por el tamiz de la realidad (¡nada menos!). Seguramente se trata de una versión autóctona de lo que Paolo Flores D’Arcais ha caracterizado como el “pensamiento frívolo”, que sería una variante de lo que José Samarago denomina el “pensamiento cero”; como quiera que se le llame, con seguridad se trata de un “pensamiento débil”.<sup>5</sup>

En el campo de los derechos humanos, esta actitud de una parte de los estudios teóricos, proyectada por años sobre las cátedras universitarias y por tanto sobre los estudiantes, ha tenido efectos devastadores. Quizá se pueda decir de este tipo de doctrina jurídica lo que el mismo Paolo Flores D’Arcais

<sup>4</sup> Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, México, Taurus, 2003, p. 15.

<sup>5</sup> Barcellona, Pietro, *L’individuo e la comunità*, Roma, Edizioni Lavoro, 2000, pp. 55 y ss.

ha dicho de algunos enfoques filosóficos contemporáneos:<sup>6</sup> para ella el individuo realmente existente, o el tipo de individuo que está en la concepción de los derechos, se ha convertido sin ningún problema en una sombra, ha sido despojado de todo dramatismo, se ha vuelto una obviedad que se da por descontada; mezclando un poco de hedonismo, otro poco de egoísmo y un calculado trocito de virtud, algunos teóricos han llegado sin problemas a presentarnos ante el mejor de los mundos posibles, bajo la insignia de ecuaciones de racionalidad y funciones utilitaristas. Pero han descuidado al individuo que somos todos, que es, en definitiva, el individuo que está hoy día en juego.

La política del avestruz, para seguir con la paráfrasis de Flores D'Arcais, no puede ser aplicada a la ciencia jurídica sin destruirla, porque pensar es siempre hacerlo de forma coherente y, por tanto, radicalmente, en la medida en que todo pensamiento coherente —para serlo de verdad— debe llegar a las raíces de los problemas y esclarecer sus causas.

En México los estudios jurídicos han practicado desde hace tiempo una forma renovada de lo que el mismo autor ha llamado “el ping-pong escolástico de la academia”, que habla del mundo pero se sitúa fuera de él, dejándolo así, tal como lo encuentra.

Y esto es lo que quiere evitarse justamente con la metodología y el enfoque elegidos para escribir este libro: ni hacer un ejercicio más de ping-pong académico, ni esconder los problemas bajo la alfombra para que terminen saliendo al cabo de un tiempo.

En este contexto, las estadísticas buscan servir como esquemas de deslegitimación, es decir, como armas arrojadas en contra del discurso hegemónico del poder —no sólo del poder político, sino también del económico y del ideológico—, de acuerdo con el cual estamos viviendo casi en el mejor de los mundos posibles y debemos estar muy agradecidos por los desvelos protectores de la clase política e intelectual que nos ha gobernado y educado en los últimos decenios.

Mientras desde la teoría —no sólo la teoría política o sociológica, sino también jurídica— no se reaccione a este discurso autocomplaciente con elementos que se correspondan a la realidad, es muy poco el efecto que se podrá tener para cambiar un escenario social que se muestra en tantos aspectos insufrible. Suministrar datos y reflexiones para deslegitimar la actuación de los poderes públicos, que han sido por años los primeros en violar los derechos

6 Flores D'Arcais, Paolo, *L'individuo libertario. Percorsi di filosofia morale e politica nell'orizzonte del finito*, Turín, Einaudi, 1999, pp. 16 y 20 (traducción al castellano, *El individuo libertario*, Madrid, Seix Barral, 2001).



fundamentales, es una obligación moral de una teoría comprometida no solamente con la especulación acerca de los derechos, sino sobre todo atenta a su realización práctica. Dicha deslegitimación no debe servir sin embargo para pedir que los poderes públicos se desentiendan aún más del cumplimiento de las obligaciones que derivan de los derechos, ya que ello podría significar poco menos que un regreso a la ley de la selva. Por el contrario, a partir de una buena radiografía de los problemas, debilidades y fracasos que se han tenido en materia de derechos fundamentales es como se pueden definir estrategias de mucho mayor alcance y, esperemos, que cuenten con mayores posibilidades de éxito que las empleadas hasta ahora. Es una exigencia mínima de pensamiento coherente, según creo.

En cualquier caso, me parece que la función de la teoría nunca debe ser la de solidarizarse con los pronunciamientos del poder, sino la de ejercer una función de vigilancia, incentivando la duda y aportando datos y propuestas para fundamentar su propio papel de “contrapoder”. Esa es la visión que anima la metodología empleada en las páginas que siguen,<sup>7</sup> desde la cual sin embargo no es posible hacerse falsas esperanzas sobre el papel relativo y de bajo impacto que tiene en general la teoría social sobre el quehacer político contemporáneo. Es verdad que a la teoría del derecho le cabe una gran responsabilidad y que puede en el campo de los derechos jugar un papel en buena medida normativo, como lo ha señalado Luigi Ferrajoli, pero ello acontece solamente si cobra la fuerza necesaria para hacerse *oír*, para ser conocida en primer término y para incidir en la opinión pública y en el quehacer político después, cuestión que no es nada fácil en países como México. Como ha escrito Marco Revelli: en tiempos de caída de poco sirve la *routine* intelectual, el pequeño cabotaje del pensamiento.<sup>8</sup> De todas formas, creo que el esfuerzo por intentar hacerse oír y aportar una visión quizá no del todo tradicional vale la pena, con independencia del impacto que pueda llegar a tener.

El uso de las estadísticas y su utilidad para comprender la realidad, sin embargo, deben hacerse partiendo de algunas precauciones, que varios lectores atentos de un libro anterior ya amablemente me hicieron ver. Por un lado, es obvio que las estadísticas, en su mayor parte, son acercamientos “aproximados” de la realidad, pero nunca la pueden llegar a reflejar por completo;

<sup>7</sup> Dicha visión es deudora, en alguna medida, de las reflexiones de Norberto Bobbio sobre el papel de los intelectuales, muchas de ellas recogidas en su libro *La duda y la elección. Intelectuales y poder en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Paidós, 1998. Sobre el mismo tema, pero en referencia específica a la función de la teoría jurídica, puede verse Carbonell, Miguel, *La enseñanza del derecho*, México, UNAM, Porrúa, 2004.

<sup>8</sup> *Le due destre. Le derive politiche del postfordismo*, Turín, Bollati Boringhieri, 1996, p. 75.

es decir, las estadísticas indican cómo son las cosas aproximadamente, o sea, no exactamente, por lo tanto hay que tomarlas como un elemento entre otros para comprender nuestro objeto de estudio. Una limitación adicional que hay que tomar en cuenta para el manejo de datos estadísticos, es que, al menos en México, la mayor parte de esos datos tienen como única fuente instancias gubernamentales, de manera que es posible que estén expuestos a algún tipo de manipulación. En otros países existen organizaciones independientes que se dedican a hacer mediciones empíricas que diversos fenómenos sociales (sobre todo en las universidades), lo cual permite contar con elementos de contraste respecto a la información oficial; en México, todavía no tenemos esa posibilidad, por lo que no hay más remedio que acudir a las fuentes oficiales.

En los últimos años nos hemos podido enterar de varios casos de manipulación estadística por parte de los poderes públicos (por ejemplo, del hecho de que la difusión de un informe que reflejaba un incremento importante de los niveles de pobreza de la población no se diera a conocer sino hasta dos años después de su elaboración para no coincidir con unas elecciones federales que se preveían muy reñidas).

Con frecuencia he intentado nutrir la exposición con los materiales normativos que nos suministran los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. En esos instrumentos se puede encontrar un sinnúmero de argumentos y de preceptos obligatorios para las autoridades nacionales respecto a casi todos los derechos que figuran en el catálogo de la Constitución mexicana. Aunque en México no son muy conocidos, creo que su exposición es necesaria y obligada tanto desde un punto de vista teórico como desde un punto de vista práctico. Por lo que hace al enfoque teórico, es obvio que esas normas son parte del universo normativo que *en el derecho interno* protege nuestros derechos; omitir su exposición y análisis es tan grave como lo sería dejar de dar cuenta de las principales tesis jurisprudenciales o no mencionar un artículo constitucional o un precepto legal que prevea o desarrolle un derecho fundamental.

En lo que respecta al aspecto práctico, el derecho internacional de los derechos humanos tiene mucha utilidad para reforzar argumentativamente la defensa de los mismos. Para empezar, por su ya mencionada obligatoriedad para las autoridades nacionales; en segundo lugar, porque su contenido es más rico, en muchos aspectos, que nuestra normatividad constitucional y legal, además de nuestra todavía escasa jurisprudencia; y en tercer lugar, porque México forma parte ya de jurisdicciones internacionales, de manera que los parámetros de defensa y enjuiciamiento en materia de derechos humanos

han dejado de ser exclusivamente nacionales y han tomado una naturaleza mixta, a la vez nacional e internacional. Para decirlo en otras palabras, hoy en día la frontera entre el derecho exclusivamente nacional y el derecho exclusivamente internacional se ha vuelto muy borrosa y las normas pueden ser utilizadas de manera indistinta en los dos niveles, sobre todo las normas internacionales en el nivel nacional.

Junto a la referencia de los pactos y tratados internacionales, se han incluido también citas del derecho de otros países; en particular he procurado aportar —considerando el carácter informativo del libro— el mayor número de elementos posibles de dos jurisdicciones constitucionales que, cada una a su modo y por muy distintas razones, me parece que son ejemplares en el tema de los derechos fundamentales. Me refiero al que se puede considerar el tribunal constitucional más prestigioso del mundo, que es sin lugar a dudas la Corte Suprema de los Estados Unidos de América; la difícil relación de vecindad que México tiene con Estados Unidos y el hecho de que su gobierno haya adoptado con frecuencia actitudes imperialistas en su relación con el resto del mundo, no debe nublar el hecho de que su jurisprudencia constitucional es en términos generales la más avanzada del planeta y que podemos aprender mucho de ella. Los jueces que integran esa Corte son reconocidos dentro y fuera de las fronteras de su país, sus sentencias se comentan por decenas de analistas, se recopilan por diversas editoriales y se traducen a muchos idiomas; sorprendentemente, sin embargo, son pocos los libros mexicanos que citan sus resoluciones y escasa la atención que suscitan en el medio de los abogados nacionales. En virtud de que para mí han sido una fuente constante y provechosa de aprendizaje, he considerado oportuno incluir de forma más o menos extensa, dependiendo del tema, referencias a las decisiones de mayor importancia que ha dictado ese tribunal.

Además del tratamiento que recibe la jurisprudencia estadounidense, el lector encontrará también muchas referencias tomadas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Hay varias razones que justifican esas citas. En primer lugar, esa jurisprudencia es relevante porque el desarrollo del constitucionalismo español siempre ha influido —positivamente, según alcanzo a percibir— en el constitucionalismo mexicano, por lo que es tiempo de atender dicha tradición en lo que pueda suministrar de interesante y de novedoso. La segunda razón es porque —debida o indebidamente— se suele citar a España como el paradigma de país que superó con gran velocidad y con notable éxito una larga etapa histórica marcada por un régimen político dictatorial; en poco más de veinte años España supo dejar atrás la larga noche del franquismo y dar paso a una democracia que sin ser perfecta tiene

una considerable fortaleza, que permite y fomenta un diálogo público muy nutrido y que ha hecho posible que sus habitantes se integren con toda dignidad en el concierto de la Unión Europea. En la nueva etapa democrática, el Tribunal Constitucional se ha proyectado como un actor de primera importancia para el conjunto del sistema jurídico español y ha emitido criterios muy relevantes sobre el tema de los derechos fundamentales. De algunos de ellos, estoy seguro, podremos también sacar las conclusiones que sean pertinentes para una mejor aplicación de nuestro texto constitucional.

En términos generales, considero que es obligación de quienes investigamos y damos clases abrir la perspectiva de los estudiantes hacia otros sistemas jurídicos; no para copiarlos de forma automática, sino para analizar qué es lo que podemos aprender de ellos (que en determinados temas será mucho y en otros nada) y para evitar incurrir en sus errores. Hay que reconocer sin vergüenza que el constitucionalismo mexicano, que alguna vez estuvo en la vanguardia mundial, hoy en día sufre importantes rezagos si se le compara con otros países; sería muy poco acertado no reconocer una realidad tan palmaria, pero sería igualmente inapropiado pensar que nada se puede hacer para cambiarla.

Veamos sin complejos cómo otros países han luchado por defender los derechos fundamentales; estemos atentos a sus éxitos y a sus fracasos, y abrámonos a otras realidades, tanto algunas lejanas (las europeas, por ejemplo) como otras cercanas (aunque en el texto no se hace tanta referencia a ellas, también son muy importantes, para nuestra materia, los desarrollos jurisprudenciales que se han producido en Colombia, Argentina y Costa Rica, cuyas cortes y salas constitucionales —o Corte Suprema en el caso argentino— han dictado varios de los fallos más interesantes de la jurisprudencia extranjera en los últimos años).

La perspectiva metodológica de la obra es moderadamente crítica. Me parece que quienes hacemos teoría social en México debemos de mantener siempre una cierta visión crítica, entendiendo, como lo señala Boaventura de Sousa Santos, que la teoría crítica es tal, cuando además de estudiar y analizar lo que está empíricamente dado, es capaz de pensar en alternativas a la realidad y de proyectar el pensamiento hacia posibilidades que aunque no existen en la actualidad sería deseable alcanzar en el futuro. Un párrafo de ese autor creo que lo explica con claridad:

El problema más intrigante que hoy afrontan las ciencias sociales puede formularse del siguiente modo: viviendo en el inicio del milenio en un mundo donde hay tanto para criticar ¿por qué se ha vuelto tan difícil producir teoría crítica? Por teoría crítica entiendo toda la teoría que no reduce la “realidad” a lo que existe. La realidad,

cualquiera que sea el modo en que la concibamos, es considerada por la teoría crítica como un campo de posibilidades y la tarea de la teoría consiste precisamente en definir y valorar la naturaleza y el ámbito de las alternativas a lo que está empíricamente dado. El análisis crítico de lo que existe se asienta en el presupuesto de que lo existente no agota las posibilidades de la existencia, y que, por tanto, hay alternativas que permiten superar lo que es criticable en lo que existe. La incomodidad, el inconformismo y la indignación ante lo existente suscita el impulso para teorizar su superación.<sup>9</sup>

Siendo crítica, la metodología de este trabajo lo es solamente de forma moderada, ya que no tiene como pretensión principal ni mucho menos única referirse a las alternativas posibles a una realidad que suele ser muy poco compatible con lo establecido en la Constitución sobre los derechos fundamentales. En algunos temas la perspectiva crítica se utiliza con mayor intensidad; así sucede, por ejemplo, al tratar temas en los que la doctrina nacional ha sido particularmente descuidada —como en el caso de los derechos sociales— o en los que la jurisprudencia de nuestros tribunales sigue sin dejar atrás la marca autoritaria que por décadas fue su signo principal.

También se nota más la perspectiva crítica —en el sentido de alternativa a lo existente— cuando se hace referencia a expectativas que todavía no se encuentran previstas como derechos fundamentales pero que quizá obtendrán ese carácter en los años por venir; es el caso del derecho al agua o del derecho a la renta básica, por mencionar dos ejemplos.

Un primer objetivo de crítica sobre los derechos fundamentales en México es el propio texto constitucional, es decir, la regulación que de tales derechos contiene la Constitución; sin mejorar esa regulación, los derechos seguirán enfrentando importantes problemas al intentar materializarse; dicha crítica, sin embargo, ha sido objeto de un estudio anterior al que conviene remitirse, pues allí se analizan las posibles reformas (las alternativas deseables a lo que se tiene hoy en día) a todo el texto constitucional y no solamente a la parte de los derechos fundamentales.<sup>10</sup>

La utilización de perspectivas críticas, que me parece una obligación de todo científico social, es quizá más pertinente al tratar temas de derecho constitucional, como consecuencia —en parte— del carácter utopista de esta rama del conocimiento y de su principal objeto de estudio (la Constitución). Como señala Hans Peter Schneider:

<sup>9</sup> Sousa Santos, Boaventura de, *Crítica de la razón indolente*, Bilbao, Desclée, 2003, vol. I, p. 23.

<sup>10</sup> Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, 2a. ed., México, UNAM, 2004.

La Constitución posee, más bien, el carácter de un amplio modelo, es un modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro... y, por ello, siempre tiene algo de “utopía concreta”. De ello resulta la orientación finalista del derecho constitucional con respecto a determinados pensamientos orientativos, directivas y mandatos constitucionales, que reflejan esperanzas del poder constituyente y prometen una mejora de las circunstancias actuales; es decir, que van más allá de registrar solamente las relaciones de poder existentes. Tales objetivos de la Constitución son la realización de una humanidad real en la convivencia social, el respeto de la dignidad humana, el logro de la justicia social sobre la base de la solidaridad y en el marco de la igualdad y de la libertad, la creación de condiciones socioeconómicas para la libre autorrealización y emancipación humana, así como el desarrollo de una conciencia política general de responsabilidad democrática. Estos contenidos de la Constitución, la mayoría de las veces, no están presentes en la realidad, sino que siempre están pendientes de una futura configuración política... la Constitución... se produce activamente y se transforma en praxis autónomamente en virtud de la participación democrática en las decisiones estatales.<sup>11</sup>

Al final de cada capítulo se encuentra una bibliografía en la que se incluyen no todas las obras citadas en las notas a pie de página en el respectivo capítulo, sino las que, estando o no citadas, hacen referencia al tema estudiado y además pueden ser especialmente útiles para profundizar en su análisis. En estas bibliografías capitulares no se incluyen las obras de carácter general, para evitar repeticiones, ya que la mayor parte de ellas se cita en más de un capítulo.

El conjunto de los títulos contenidos en las bibliografías capitulares se ha reunido en la bibliografía general, para cuya mejor consulta sugiero que se tome en cuenta el texto que, a modo de explicación previa, se encuentra en sus primeras páginas. En ellas se citan algunas fuentes por medio de las cuales acceder directamente a los textos normativos nacionales y extranjeros que se utilizan a lo largo del libro y se destacan los libros más importantes para cada uno de los temas tratados.

Aunque debe ser cierto que toda escritura es, de alguna u otra forma, una manera de expresar nuestras propias biografías, también es verdad que el ensayo académico es donde esa tendencia debería notarse menos; eso he procurado al escribir este libro, aunque debo reconocer que la inclusión de algún tema o la perspectiva con la que se aborda otro han estado marcadas por situaciones personales. Así ha sucedido con el tema de los derechos de los menores de edad y con el de los derechos de los adultos mayores; la convivencia con Mercedes y Miguel, mis hijos, ha influido de manera muy importante

<sup>11</sup> *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 49.

en el primero de esos temas; y lo mismo ha sucedido por la cercanía con Rosa y Miguel, mis abuelos, en una etapa particularmente difícil de sus vidas, marcada por las complicaciones objetivas que suelen afectar a las personas mayores.

Aunque en su mayor parte el texto fue redactado —reitero— en 2003, es obvio que está alimentado por anteriores horas de lectura y por la realización de tareas académicas compartidas con muchas personas. El impulso que lo pudo hacer realidad provino, como tantas otras felices iniciativas, de José Luis Soberanes Fernández, presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, a quien le agradezco el apoyo y la confianza que siempre ha tenido hacia mi persona. El mismo apoyo y la misma confianza se los agradezco también a Diego Valadés, magnífico director de nuestro Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y a Jorge Carpizo, que tantas cosas buenas ha hecho en favor de los derechos humanos en México.

En los últimos años he tenido la oportunidad de compartir tareas en el Instituto con una serie de personas excepcionales por su talento jurídico y por su entrega al trabajo, cuya ayuda ha sido imprescindible en varias etapas del libro. Les agradezco su apoyo a Cristina Anta Carrillo, Rodrigo Brito (quien realizó una primera selección de la jurisprudencia mexicana en materia de derechos fundamentales que me fue de gran ayuda), Sandra Moguel, Karla Pérez Portilla y Carlos M. Pelayo Möller.

La parte final de la redacción del texto la pude hacer en Barcelona, gracias al apoyo de Diego Valadés, en lo profesional, y de mis padres y mi hermano José en lo personal.

Fueron meses intensos, pero del todo gratificantes por la presencia y estímulo de Mónica y de mis hijos, Mercedes y Miguel, que de nuevo han vuelto a suponer mi mayor motivación para abordar sin desmayo este trabajo. Intentar darles las gracias no sería sino un muy pálido reflejo de todo lo que les debo; una forma distinta de decirlo quiere ser la dedicatoria que abre este libro.