



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Año VII. Núm. 12
enero-junio 2021
ISSN: 2448-6965

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

R4546CECSCJN

Revista del Centro de Estudios Constitucionales / nota editorial Ana María Ibarra Olguín ; presentación Ministro Arturo Zaldívar. -- Año 7, número 12 enero-junio 2021. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020-

1 recurso en línea (volúmenes ; 24 cm.)

Semestral

Material disponible en PDF.

ISSN 2448-6965

1. Derecho constitucional – Doctrina – Publicaciones periódicas – México 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Estudio de casos 3. Administración de justicia 4. Normas constitucionales 5. Tribunal constitucional 6. Cultura jurídica I. Ibarra Olguín, Ana María II. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales
LC KGF2921

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Año VII, Núm. 12, enero-junio 2021, es una publicación semestral editada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Avenida José María Pino Suárez núm. 2, Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc, C.P. 06060, Tel. 55-4113-1000, www.scjn.gob.mx, aibarrao@mail.scjn.gob.mx. Editor responsable: Ana María Ibarra Olguín. Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2015-092411204900-102. ISSN: 2448-6965; otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Certificado de Licitud de Título en trámite. Certificado de Licitud de Contenido en trámite.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Año VII. Núm. 12
enero-junio 2021

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos-Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

**Directorio editorial de la
Revista del Centro de Estudios Constitucionales**

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

Alejandra Martínez Verástegui
Coordinadora editorial de la Revista

Guadalupe Ramírez Reséndiz
Grizel Robles Cárdenas
Asistentes editoriales

Consejo editorial académico

Bruce Ackerman (Universidad de Yale, Estados Unidos), Amalia Amaya (IIF-UNAM, México), Arturo Bárcena Zubieta (SCJN, México), Carlos Bernal Pulido (Corte Constitucional de Colombia), Jorge Arturo Cerdio Herrán (ITAM, México), Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Juan Antonio Cruz Parceró (UNAM, México), Luis María Díez-Picazo Giménez (Tribunal Supremo de España), Jordi Ferrer Beltrán (Universidad de Girona, España), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (UNAM, México), Víctor Ferreres Comella (Universidad Pompeu Fabra, España), Marina Gascón Abellán (Universidad de Castilla-La Mancha, España), Juan Luis González Alcántara Carrancá (SCJN, México), Carlos Lema Añón (Universidad Carlos III de Madrid, España), Gloria Patricia Lopera Mesa (Universidad de Florida, Estados Unidos), Luis López Guerra (Universidad Carlos III de Madrid, España), Ana Laura Magaloni Kerpel (CIDE, México), Mariela Morales Antoniazzi (Instituto Max Planck, Alemania), Roberto Saba (Universidad de Palermo, Italia), Pedro Salazar Ugarte (UNAM, México), Rubén Sánchez Gil (Universidad Autónoma de Yucatán, México), Frederick Schauer (Universidad de Virginia, Estados Unidos), Rodrigo Uprimny Yepes (DeJusticia, Colombia), Armin von Bogdandy (Instituto Max Planck, Alemania), Arturo Zaldívar (SCJN, México).

CONTENIDO

Nota editorial	IX
Presentación	XV

Pensamiento Constitucional

<i>Un compañero débil: los derechos humanos en la era del neoliberalismo</i>	
Samuel Moyn	3

<i>¿Dos pasos adelante, ninguno hacia atrás? La evolución de criterios sobre la prohibición de regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales</i>	
Aoife Nolan, Nicholas J. Lusiani y Christian Courtis	43

*Legislación, derechos humanos
y derechos legislados*
Grégoire Webber 81

*Dignidad humana, fundamentación
de los derechos y derechos
de la naturaleza*
Francisco Javier Díaz Revorio 137

Trayectorias Constitucionales

*Propuestas para mejorar
el sistema de selección y evaluación
de desempeño de los jueces
federales en México*
Rosa María Rojas Vértiz C. 201

*Discriminación indirecta
en el acceso a la educación
media superior en Ciudad de México
y la Zona Metropolitana.
El caso del examen Comipems*
Andrea Sedeño Toxtle 239

*La protección de las minorías
lingüísticas en Italia*
Irene Spigno 271

*"Me levanto en los hombros
de personas valientes".
Homenaje a Ruth Bader Ginsburg*
Fabiana Estrada Tena 295

Reseña

*Las caras, pero no los bolsillos
de la inequidad*
Diana Beatriz González Carvallo 305

NOTA EDITORIAL

Presento con mucha satisfacción el número 12 de la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, la cual se integra por artículos de importantes académicos nacionales y extranjeros. Los autores abordan diferentes temas sobre las bases y límites que enfrentan los derechos humanos, en particular, el principio de dignidad humana, los derechos sociales y de minorías, y el derecho contra la discriminación. También se incluyen algunas propuestas para mejorar el sistema de selección y evaluación de desempeño de los jueces federales.

La primera sección de la Revista, "Pensamiento Constitucional", inicia con la provocadora reflexión de Samuel Moyn sobre los límites de los derechos humanos. El autor explica que los derechos humanos no han logrado desestabilizar la enorme desigualdad social; éstos han fungido como pisos mínimos, incapaces de servir como el estándar normativo conforme al cual deban ser evaluados los arreglos económicos actuales. Desde su perspectiva, es preciso entonces generar un estándar más ambicioso que incluya una teoría de justicia social e igualdad.

Luego, Aoife Nolan, Nicholas J. Lusiani y Christian Curtis hacen una revisión general de una de las obligaciones más cercanas a los derechos de carácter

económico y social: la prohibición de adoptar medidas regresivas. En el contexto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se centran en explorar las dimensiones conceptuales y metodológicas de la obligación, las cuales, a su consideración, aún se encuentran en deuda respecto de su consenso y definición. Para esto, distinguen en primer lugar las posibles reticencias que impiden al Comité supervisor del Pacto analizar cuándo la conducta de un Estado equivale a un retroceso de derechos en términos prácticos. A partir de este entendimiento, y de acuerdo con una observación detallada de los estándares normativos del propio Comité y del derecho comparado, los autores proponen un modelo normativo general para evaluar en términos prácticos dicha regresividad, apelando particularmente a criterios razonables y objetivos de aplicación.

En el siguiente artículo, Grégoire Webber expone argumentos a favor de la legislación de los derechos humanos en oposición a quienes observan en los tribunales el principal o único foro en el que aquellos pueden ser reivindicados. En su artículo, crítica las tesis que sostienen que las legislaturas son oportunistas; que protegen sólo a las mayorías; que permiten infringir los derechos en beneficio del interés público, y que siempre son derrotables porque los derechos deben ser ponderados frente al peso de intereses individuales. El autor pretende hacer que estas críticas trasciendan, basadas en generalizaciones empíricas, al ofrecer una teoría general de las legislaturas como órganos responsables y capaces de proteger y especificar los derechos a partir de la deliberación pública.

Este apartado cierra con el artículo de Francisco Javier Díaz Revorio, quien hace un esfuerzo por definir los alcances conceptuales y jurídicos de la idea de dignidad humana. Para ello, parte de la premisa de que la dignidad constituye el fundamento axiológico de los derechos humanos. Con base en esto, dilucida que en la doctrina mayoritaria y, particularmente, en el marco del constitucionalismo alemán y español es posible identificar un *contenido mínimo* o un *núcleo* de dicho valor, el cual no es susceptible de intervención. A su juicio, éste representa una barrera sobre las posibles relatividades del contexto y del propio concepto. Con esta fórmula en mente, intenta reflexionar sobre las consecuencias constitucionales que dicha idea proyecta, abordando a su vez una cuestión históricamente

problemática: la fundamentación y titularidad de los derechos de la naturaleza y de los animales. Concluye que estos derechos responden a otro tipo de fundamentos; sin embargo, entiende que la idea de dignidad desempeña un papel importante en el entendimiento y la conciliación con otros valores y realidades para el reconocimiento de nuevos derechos.

La sección "Trayectorias Constitucionales" inicia con las propuestas de Rosa María Rojas Vértiz C. En principio, la autora explica que el sistema actual de selección y de designación de jueces federales en México dificulta una evaluación profunda de su desempeño. Es decir, éste se centra en calificar los formalismos procesales y los niveles de productividad judicial, pero deja fuera otros atributos que son esenciales para la buena administración de justicia. En este sentido, advierte que resulta necesario regular e implementar la *especialización* de los jueces federales y, consecuentemente, desarrollar su *sensibilización*. Estima que el conocimiento pleno de la materia, desde un enfoque teórico y práctico, sensibiliza a los juzgadores respecto de los efectos normativos y sociales que pueden tener sus decisiones. A su consideración, este tipo de prácticas permiten emitir resoluciones técnicas y a la vez justas, lo que posibilita la consolidación de un puente entre el juzgador y la sociedad.

Por su parte, Andrea Sedeño presenta un estudio relacionado con el acceso a la educación media superior en la Ciudad de México y la Zona Metropolitana. La autora busca evidenciar un caso de discriminación indirecta en la aplicación del examen que utiliza la Comisión Metropolitana de Instituciones Públicas de Educación Media Superior (Comipems) para el ingreso a escuelas de educación media superior. En ese sentido, la autora propone analizar, mediante un test de igualdad, la aplicación del examen, concluyendo que genera un caso de discriminación indirecta por condición socioeconómica. Al hacerlo, el texto pone de relieve la necesidad de tener en cuenta las desventajas fácticas que enfrentan muchos alumnos y que son invisibilizadas con la aplicación de un examen generalizado. Este artículo fue el texto ganador del primer concurso de ensayo celebrado por el Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN en 2019.

Enseguida, Irene Spigno analiza el camino normativo y jurisprudencial en materia de protección de las minorías lingüísticas en Italia. La autora comienza

destacando la complejidad del patrimonio multilingüístico italiano, el cual requiere ser regulado para garantizar que todas las personas gocen de los mismos derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación. Más adelante, expone el marco normativo generado por los legisladores estatal y regionales en aras de tutelar de manera progresiva a grupos aloglotos anteriormente excluidos. Por otro lado, sistematiza la jurisprudencia constitucional sobre protección de las minorías lingüísticas. Finalmente, analiza si el artículo 6 de la Constitución debe proteger tanto a las minorías lingüísticas históricamente protegidas como a las nuevas minorías. En esta tesitura, Spigno considera que, para que ello sea procedente, la nueva minoría lingüística debe tener un proyecto migratorio de larga duración y manifestar su voluntad de conservar lengua, cultura, religión e identidad de origen.

En su artículo, Fabiana Estrada Tena realiza un homenaje a Ruth Bader Ginsburg. La autora señala que la jueza desafió los estereotipos que se imponían a las mujeres de su época. Asimismo, relata hechos relevantes de su vida, los cuales influyeron en su interés académico por el tema de la igualdad de género. Ginsburg apoyó la redacción de demandas icónicas, en las que destacan los casos *Moritz*, *Frontiero* y *Reed*. La lucha de Ginsburg, como abogada activista y desde la academia, consistía en lograr que la Corte Suprema de Estados Unidos señalara al género como una categoría sospechosa. Por otro lado, Ginsburg nunca abandonó su ética de la moderación durante su etapa de juzgadora, lo que demostraba una convicción por no derrumbar la jurisprudencia constitucional que permitió proteger a las minorías, a los grupos vulnerables y a las mujeres. Finalmente, la autora realiza un breve comentario sobre la obra *My own words*, una valiosa aportación que Ginsburg deja acerca de sus memorias.

Por último, se encuentra la reseña del libro de Sophia Moreau, titulado *Faces of inequality, a theory of wrongful discrimination*. En este texto, Diana Beatriz González Carvallo expone de manera persuasiva, y a la vez incisiva, las principales virtudes que la obra tiene en torno a su tesis principal: la discriminación implica un trato desigual respecto de sus víctimas. Con ello, advierte que las discusiones teóricas inherentes al libro invitan a reflexionar y a cuestionar la estrecha y muchas veces compleja relación entre discriminación y desigualdad.

En el Centro de Estudios Constitucionales esperamos que estos artículos nos inviten a reflexionar sobre la profunda desigualdad social, en el marco de los derechos humanos y del principio de la dignidad humana. Quizá a partir de los debates que refieren los autores que integran esta obra sea posible generar algunas claves para la formación de una teoría más robusta de justicia social. Sean bienvenidos al duodécimo número de la Revista.

Ana María Ibarra Olgúin
*Directora General del Centro de Estudios Constitucionales
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

PRESENTACIÓN

A diez años de las reformas constitucionales de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desempeñado un papel esencial en la protección y el respeto de los derechos fundamentales. Mediante su labor jurisdiccional ha incidido en la definición y en el alcance de los derechos, posicionando un nuevo paradigma en la manera de entender y de operar el sistema jurídico mexicano. Ante este escenario, se puede afirmar que este Alto Tribunal se ha ido consolidando como un auténtico Tribunal Constitucional, que contribuye hoy más que nunca en la construcción de un Estado constitucional democrático.

En efecto, a partir de las reformas constitucionales de 2011, los derechos humanos han dejado de percibirse como reglas jurídicas para conceptualizarse como principios jurídicos, susceptibles de una mayor optimización en su contenido. Esta resignificación normativa trajo consigo importantes cambios en la manera en que la Corte delibera y resuelve controversias. Precisamente, a través de su interpretación, ha logrado un desarrollo expansivo de derechos; aspecto fundamental para la protección sustantiva de la dignidad y del bienestar social de las personas. De esta manera, las sentencias de la Suprema Corte constituyen

una pieza medular que coadyuva progresivamente a la eficacia normativa de la Constitución.

Con lo anterior podemos afirmar que, en los últimos diez años, en los que la Décima Época estuvo vigente, la Suprema Corte logró edificar en nuestro sistema constitucional un lenguaje protector de derechos. No obstante, los desafíos y caminos por recorrer para contar con una doctrina sólida de derechos fundamentales aún subsisten. Por ello, como es sabido, este año se llevó a cabo una reforma de gran trascendencia conocida como la "Reforma con y para el Poder Judicial de la Federación". Los cambios que ésta trae constituyen un paso crucial y decisivo para continuar con los esfuerzos en el desarrollo sustantivo de los derechos humanos y, particularmente, en la proyección de sentencias con beneficios tangibles para la sociedad.

La directriz fundamental de esta reforma no es otra que la de seguir fortaleciendo el papel de la Suprema Corte como un verdadero Tribunal Constitucional. El comienzo de la Undécima Época, la reconfiguración en el sistema de precedentes, la definición de un nuevo perfil de jueces federales y las modificaciones en los mecanismos de control constitucional son algunos de los cambios estructurales que nos acercan cada vez más a las aspiraciones planteadas durante los últimos años. En última instancia, el propósito es continuar con los objetivos que se trazaron desde las reformas de 2011 y que, con el inicio de esta etapa, se encuentren espacios más favorables para la operatividad constitucional en favor de la protección de los derechos de las personas.

De manera transversal a este escenario constitucional, los derechos humanos se han colocado como un tópico de considerable relevancia en el estudio y en las discusiones contemporáneas acerca del derecho. Por ello, más allá de una lógica jurídica-institucional, esta transición no puede ser entendida sin la reflexión académica que dé cuenta de los avances, las aristas y los retos que se encuentran vigentes tanto en nuestro sistema constitucional como en el marco de los demás Estados de derecho. De esta manera, podemos seguir dilucidando mejores herramientas que fortalezcan la función jurisdiccional y, al mismo

tiempo, hacer tangible para las personas la garantía de sus derechos reconocidos en la Constitución, así como en los tratados internacionales.

En esta tesitura, con el inicio de la Undécima Época se permite plantear una nueva etapa no sólo en el marco de las deliberaciones dentro del Poder Judicial, sino también para los debates doctrinales relativos al derecho constitucional. Los ejes planteados en la reciente reforma constituyen piezas clave para seguir fortaleciendo la justicia constitucional mexicana. Sin embargo, su desarrollo no puede ser posible sin la constante observancia de la opinión pública y, de manera especial, de la mirada crítica de los especialistas en derecho. En este campo fértil de reflexión, el papel del juez y el impacto de los precedentes a través de sus sentencias se convierten en materias prioritarias para la consecución de una doctrina constitucional basada en derechos. Por ello, somos conscientes de que la consolidación de dichas premisas es y será también fruto de un diálogo constante entre la judicatura y las distintas disciplinas del conocimiento jurídico.

Por estas razones, desde el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte hemos reunido una serie de trabajos que están dirigidos a reflexionar y poner sobre la mesa diversos temas que se aproximan a los nuevos desafíos. Dichos tópicos resultan relevantes para seguir impulsando la protección y materialización de los derechos. Justamente, el propósito de este instituto especializado en los estudios constitucionales es abrir espacios para las nuevas discusiones y reflexiones respecto de las rutas constitucionales que hoy se trazan.

En concordancia con esta trayectoria y con las expectativas puestas en marcha, los temas que se analizan en este volumen ayudan a ilustrar las implicaciones teóricas y prácticas del actual desenvolvimiento de los derechos humanos y de la función judicial. Se trata de temas esenciales que se acercan a cuestiones tan complejas como la propia fundamentación de los derechos, así como a escenarios de carácter más operativo relativos a su aplicación concreta. De tal manera que las reflexiones en la teoría del derecho, los estudios de derecho comparado, el análisis del contexto, entre otros, son algunos de los enfoques con el más

alto rigor académico encontrados en esta obra que hoy tenemos el placer de presentar.

De manera particular, uno de los debates contemporáneos que tiene lugar en los Estados constitucionales es el relativo a la definición de la idea de dignidad humana. El texto de Francisco Javier Díaz Revorio nos permite dimensionar su contenido mínimo y las consecuencias que dicho valor tiene para los Estados constitucionales. En últimas, con su estudio pretende encontrar justificaciones de carácter axiológico para el reconocimiento de nuevos derechos. Por otra parte, el artículo de Rosa María Rojas Vértiz resulta oportuno a propósito de los recientes cambios en la judicatura; en su texto analiza las cualidades que son idóneas en el Juez para cumplir con una buena labor jurisdiccional. Concluye que la especialización y sensibilización son elementos importantes que ayudan a afianzar una relación más estrecha entre los tribunales y la sociedad. Samuel Moyn hace un estudio sobre el papel de los derechos humanos en la era del neoliberalismo; explica las relaciones complejas que existen entre la doctrina internacional de los derechos humanos con el liberalismo económico en el cual transita. Su texto nos permite conocer las críticas y los desafíos que en la época contemporánea representan para estos derechos.

En los tiempos de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, otro de los temas que cobra relevancia en la literatura jurídica es la justicia-bilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Sobre este punto, Aoife Nolan, Nicholas J. Lusiani y Christian Curtis presentan un estudio robusto relativo a la obligación de no regresividad. En suma, logran hacer un análisis sobre lo que en términos metodológicos implica la justicia social. En consonancia con este enfoque sustantivo de derechos, Andrea Sedeño Toxtle habla en su texto sobre la discriminación indirecta que subsiste en el acceso a la educación media superior en Ciudad de México. Con su artículo nos explica las posibles intersecciones que repercuten en el derecho a la educación frente a las desventajas socioeconómicas de muchos estudiantes al entrar a la educación media superior.

Estos son sólo algunos de los textos que integran el número 12 de la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, una muestra de la priorización que se le da

a la protección de los derechos y a la consolidación de una democracia sustantiva. Tengo la certeza de que las aportaciones que se incluyen en esta obra serán de gran interés y permitirán plantear discusiones novedosas en favor del desarrollo de la justicia constitucional mexicana.

Ministro Arturo Zaldívar
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

**PENSAMIENTO
CONSTITUCIONAL**

Un compañero débil: los derechos humanos en la era del neoliberalismo*

*A powerless companion: human rights in the age of neoliberalism***

SAMUEL MOYN***

Resumen

Este artículo sostiene que es demasiado pronto –analíticamente en un caso, e históricamente en el otro– para suscribir la posición marxista o la de la corriente dominante sobre la relación entre los derechos humanos y el neoliberalismo. En primer lugar, se necesita mucha más claridad analítica para demostrar una relación que va más allá de una coincidencia coyuntural entre los dos fenómenos, que a veces se confunden con demasiada facilidad. En segundo lugar, los antecedentes hasta ahora sugieren que los derechos humanos parecen aptos para proporcionar poca ayuda, si es que alguna, para remediar el desarrollo en la historia del capitalismo que sus críticos engloban bajo el título de "neoliberalismo". Así, este artículo examina una serie de posiciones marxistas sobre la

* Agradezco profundamente a Jeremy Kessler por su ayuda al finalizar el artículo y a los editores de *Law and Contemporary Problems* por su cuidado excepcional en la edición. [Este capítulo fue previamente publicado en *Law and Contemporary Problems* 77 (2014): 147-169.]

** Traducción al español de María León González. Revisión técnica de la traducción de Camilo Saavedra Herrera.

*** Profesor de jurisprudencia *Henry R. Luce* en la Escuela de Derecho de Yale y profesor de historia en la Universidad de Yale. Ha escrito más de siete obras especializadas en los campos de historia intelectual europea e historia de los derechos humanos, entre ellas, su último libro *Not Enough: Human Rights In an Unequal World* (2018).

relación entre el neoliberalismo y los derechos humanos, empezando por la propia teoría de los derechos de Karl Marx.

Palabras clave: economía, economía política, derechos humanos, neoliberalismo.

Abstract

This article argues that it is too early –analytically in one case, and historically in the other– to subscribe to either the Marxist or the mainstream position on the relationship between human rights and neoliberalism. Firstly, much more analytical clarity is needed to demonstrate a relationship that goes beyond a conjunctural coincidence between the two phenomena, which are sometimes too easily confused. Second, the record so far suggests that human rights seem apt to provide little, if any, help in remedying the development in the history of capitalism that its critics lump together under the heading of "neoliberalism". This article thus examines a number of Marxist positions on the relationship between neoliberalism and human rights, beginning with Karl Mark's own theory of rights.

Keywords: economics, political economy, human rights, neoliberalism.

1. Introducción

Es cada vez más común afirmar que la legislación internacional sobre derechos humanos es un fenómeno neoliberal. Y, ciertamente, existe una coincidencia cronológica entre ambos. En un ensayo reciente, Susan Marks, abogada marxista que se especializa en derecho internacional, hace una comparación del libro *The Shock Doctrine*, de Naomi Klein, con mi propio trabajo sobre la historia reciente de los derechos humanos que pone énfasis en la década de 1970 como el momento clave de su ascenso y popularización. Ambos recorridos históricos, observa Marks, atribuyen el incremento actual de la visibilidad de los derechos humanos a su promesa de trascender opciones políticas caducas a lo largo del mapa, que llegaron a parecer inadecuadas y hasta peligrosas.¹ "Para ella también", reconoce Marks sobre los postulados de Klein, "el movimiento de derechos humanos cobró la forma que tiene hoy en día en la década de 1970. Y para ella

¹ Véanse Marks (2013); Klein (2007) y Moyn (2010; 2012b).

también una característica definitoria de este nuevo movimiento fue su credo apolítico" (Marks, 2013, p. 226). Pero para Marks, Klein logra revelar las circunstancias neoliberales que han marcado la trayectoria de los derechos humanos en forma permanente:

[...] ella (Klein) considera un aspecto importante sobre el contexto en que emerge el movimiento que Moyn omite mencionar: el ascenso en ese periodo de la versión neoliberal del capitalismo "privado", con su ahora conocida receta de políticas públicas de privatización, desregulación y retirada estatal en el suministro de asistencia social. Para sus influyentes entusiastas, de antaño y ahora, *ésa* es la última utopía [...] Así, desde la perspectiva de Klein, la historia de los derechos humanos no puede ser contada sin contemplar los sucesos en la historia del capitalismo [Marks, 2013, p. 226, nota 44].

(En este punto, Marks señala que Milton Friedman ganó el Premio Nobel de Economía en 1976, un año antes de que a Amnistía Internacional se le otorgara el Premio Nobel de la Paz).

Friedrich Hayek, el gurú del neoliberalismo, atestiguó la revolución de derechos humanos de 1970 con tanta sorpresa como cualquier otra persona. Es interesante que, pese a que ocasionalmente promovió la constitucionalización de libertades básicas como la libertad de expresión y la libertad de prensa, Hayek fuese de hecho un crítico acerbo de esa revolución. En una entrevista, describió el auge del discurso de derechos humanos asociado con la elección de Jimmy Carter en la presidencia de Estados Unidos como una moda extraña, que (como todas las modas) corría el riesgo de caer en el exceso:

No estoy seguro de si es un invento de la administración actual o si proviene de fechas anteriores, pero me imagino que si le planteamos a una persona de dieciocho años que los derechos humanos son un nuevo descubrimiento no lo creería. Pensaría que los Estados Unidos han estado comprometidos con los derechos humanos por los últimos doscientos años, lo cual por supuesto sería absurdo. Los Estados Unidos descubrieron los derechos humanos hace dos años o hace cinco años. Repentinamente se han vuelto el objetivo central y esto lleva a cierto grado de interferencia en la política pública de otros países que, aunque yo simpatizara con la intención general, no creo que esté para nada justificado [...] Pero ahora esto es una creencia dominante en los Estados Unidos [Hayek, 1978].

A pesar de todo, el poder de permanencia de los derechos humanos a partir de ese momento de popularidad se ha traducido en un incremento de las visiones de armonía esencial –si no es que identidad conjunta– del liberalismo económico y los derechos humanos internacionales. La izquierda marxista no es, en absoluto, la única fuente de reclamos sobre la relación sinérgica entre el avance del libre mercado y los derechos humanos.² En todo caso, es mucho más común promover al neoliberalismo como un agente de avance de los derechos humanos, que considerar a uno y a los otros como cómplices malignos.

De manera quizá aún más notable, Ernest-Ulrich Petersmann (2002, pp. 621-622) argumenta que, pese a que el derecho de los derechos humanos puede imponer algunos costos extra sobre la eficiencia, la relación entre la libertad económica y los derechos humanos tiende a ser fuerte y productiva, tanto así que promover la primera y la segunda son empresas muy similares.³ Petersmann escribe:

El disfrute de los derechos humanos requiere el uso de información dispersa y recursos económicos que pueden ser suministrados de la forma más eficiente y más democrática a través de la división del trabajo entre ciudadanos libres y un libre comercio que promocióne el bienestar económico, la libertad de elección y el flujo libre de bienes escasos, servicios e información entre fronteras como respuesta a la oferta y la demanda de los ciudadanos (Petersmann, 2002, p. 629).

De acuerdo con esta perspectiva, hay poca diferencia entre la liberalización económica y la promoción de los derechos humanos internacionales; y a pesar del optimismo de Petersmann sobre la fácil compatibilidad, éstas han sido un objeto de críticas intensas; los abogados de la corriente dominante en el derecho internacional de los derechos humanos por lo general consideran que existe una amplia zona de compatibilidad entre el libre mercado y otros componentes del capitalismo, con la simple salvedad de que los principios de los derechos humanos internacionales deben permanecer separados para aportar un

² Es cierto que otros casi siempre construyen los 'derechos humanos' como un conjunto de valores abstractos en lugar de un conjunto concreto de movimientos y regímenes legales. Véase Touchie (2005).

³ Véase también Petersmann (2005).

acercamiento crítico a la "globalización" en el momento en que algo salga mal.⁴ Desde esa corriente dominante, los derechos humanos internacionales pueden ofrecer herramientas legales y otros estándares que orienten, domestiquen y "civilicen" una era de liberalización transnacional del mercado que ha dado como resultado una mejora generalizada de las condiciones de vida humanas.⁵

Este artículo argumenta que es demasiado pronto –tanto analítica como históricamente– para suscribir ya sea la postura marxista o la perspectiva dominante en el derecho internacional sobre la relación entre derechos humanos y neoliberalismo. En cuanto a la primera postura, se requiere de mucha mayor claridad analítica para comprobar que no se trata de una simple conjetura entre dos fenómenos que suelen ser fusionados con demasiada facilidad. En cuanto a la segunda postura, un recuento de los logros de los derechos humanos hasta ahora sugiere que éstos son capaces de proveer, si acaso, poca ayuda para remediar (mucho menos para derrumbar) el desarrollo en la historia del capitalismo llamado "neoliberalismo" por sus críticos. En gran parte esto es así porque, a pesar de que el historial del capitalismo en nuestros tiempos es altamente ambivalente cuando se trata de sopesar los avances y violaciones de derechos humanos, su víctima más seria es la igualdad (en cuanto a recursos y oportunidades) en escenarios tanto globales como nacionales –un valor que ni la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 ni los movimientos internacionales de derechos humanos que siguieron su estela se proponen defender–.⁶ Dado que el neoliberalismo globalizador y los derechos humanos internacionales surgieron al mismo tiempo y se desarrollaron en forma paralela, inevitablemente existen conexiones entre ambos fenómenos. Pero las interacciones entre derechos humanos y neoliberalismo son más sutiles de lo que los marxistas aseguran hasta ahora. En efecto, la conexión crucial es una que no ha sido señalada: precisamente porque la revolución de los derechos humanos tiene como

⁴ Philip Alston famosamente ha declarado que la meta de Petersmann era "secuestrar, o más apropiadamente, *Hayekificar*, los derechos humanos internacionales" (Alston, 2002, p. 816).

⁵ Véanse Kinley (2009, pp. 1-3); Rhoda (2010).

⁶ Véase la Declaración Universal de los Derechos Humanos, GA Res. 217 (III) A, UN Doc. A/RES/217 (III) (dic. 10, 1948).

ambición máxima establecer de manera real y normativa un piso mínimo de protección, ha fracasado en responder a la destrucción por parte del neoliberalismo del límite superior a la desigualdad (e inclusive facilitar el reconocimiento de este fenómeno).

El concepto de "neoliberalismo", especialmente en el discurso de izquierda, tiene un papel inmenso en diversos marcos de argumentación, acercándose por su uso excesivo a funcionar más como una exigencia de explicación que como algo real. Por su carga moral, en ocasiones se le esparce como si fuera agua bendita, para ahuyentar el mal. A pesar de que su auge como elemento del discurso y talismán apotropaico refleja una enojo comprensible, es también sintomático de cierta confusión explicativa.⁷ Sin embargo, como David Singh Grewal y Jedediah Purdy señalan, utilizar terminología inadecuada para referirse a la amalgama de pensamiento individualista, las soluciones de mercado y el empequeñecimiento del Estado tanto en el ámbito nacional como internacional es mejor que evitar estos temas en su totalidad, como ha estado haciendo el pensamiento legal estadounidense hasta ahora en detrimento propio (Singh y Purdy, 2014, pp. 1-23).

Pero mirando más allá de Estados Unidos, la popularidad del neoliberalismo como categoría en los estudios sobre derechos humanos implica que la naturaleza exacta del vínculo entre ambos requiere tanta atención como la omisión de lo primero en el pensamiento sobre lo segundo. "Los derechos humanos, como el poder y el dinero, se volvieron un medio para un fin en la democracia neoliberal globalizante", remarca Stephen Hopgood en un comentario trivial de su notable estudio reciente (2013, p. 95). Aún así, hasta ahora, marxistas como Wendy Brown, Susan Marks y otros han ofrecido aseveraciones indeterminadas y sin fundamento, que no logran elevar la coincidencia cronológica de los derechos humanos y el neoliberalismo a un hecho causal plausible. Hay una gran diferencia entre "coincidencia" histórica o acompañamiento —el cual ciertamente ha habido entre el neoliberalismo y el fenómeno de los derechos humanos— y una relación de causalidad y complicidad. "Haríamos bien en saber

⁷ Véase McBride (2013).

en qué medida y de qué manera la centralidad del discurso de derechos humanos puede proveer [...] otras posibilidades políticas más tenues", ha argumentado Brown en una denuncia clásica que se ha posicionado en el centro del debate reciente (2004, pp. 461-462). Inclusive esta teoría del desplazamiento, sobre la cual Brown explícitamente invita a reflexionar en vez de ofrecer una conclusión contundente, es débil comparada con la fuerte acusación de complicidad que Brown y otros han vertido de manera paralela.⁸

Aunque parece probable que algo de desplazamiento de otros esquemas de justicia haya en efecto ocurrido como consecuencia del auge de los derechos humanos, no pienso que una aseveración más fuerte pudiera funcionar.⁹ Decir que los derechos humanos coincidieron con o son parte del contexto de la victoria neoliberal no es sólo no profundizar sobre el tema, también es no decir mucho. En particular, asegurar esto es no decir que el neoliberalismo ha *necesitado* a los derechos humanos para instalarse en el mundo –o viceversa–. A pesar de que parezca un asunto baladí señalar lo débilmente relacionados que parecen estar el ascenso de los derechos humanos y el fundamentalismo de mercado de nuestros tiempos, sugiero que el hallazgo de una relación tenue entre ambos tiene dos implicaciones sustanciales para evaluar los derechos humanos y su ascenso espectacular en las últimas décadas –y, por tanto, para valorar la postura de la corriente dominante–.

Después de todo, excusar a los derechos humanos de su complicidad con la victoria del libre mercado en la era neoliberal no es una defensa de su prominencia actual. Ciertamente, vale la pena considerar la posibilidad de que los derechos humanos funcionen como una suerte de ventaja moral contra los desarrollos neoliberales. No obstante, aun si el valor de la orientación normativa

⁸ Véase Brown (2004, pp. 461-462). En el mismo ensayo, a pesar de abordar la teoría del desplazamiento en forma tentativa, Brown asegura que los derechos humanos "legitiman" al neoliberalismo en su forma de libre comercio globalizado, y que participan en "la vieja treta del reformismo liberal, persiguiendo agendas que tienen efectos significativos en el exceso de reformas explícitas, mientras incitan que lo que hacen es generar un poco de bienestar y frenar la oscuridad" (Brown, 2004, p. 461).

⁹ La relación entre los derechos humanos y las agendas imperiales es un tema aparte que no abordaré aquí, pero mi perspectiva es que el argumento para respaldar la existencia de una relación causal intermitente es mucho más sólido, dado que es innegable el papel de los argumentos morales en la legitimación de los grandes poderes (así como con otros actores).

que proveen los derechos humanos estuviese fuera de duda, el problema es que éstos equivalen a no poco más que un conjunto de advertencias retóricas. Peor aún, al enfocarse en un piso mínimo de protección para las personas, las normas de derechos humanos han probado ser inadecuadas para enfrentar la realidad de que el neoliberalismo ha dañado la igualdad en los ámbitos local y global mucho más de lo que ha dañado el acceso a derechos humanos básicos (el cual, en algunos casos, puede haber inclusive mejorado). No es menos desalentador, pero hasta ahora sí más justificable, concluir que los derechos humanos no han hecho mucha diferencia en el breve lapso y espacio global que han compartido con su *frère ennemi*, el neoliberalismo. Han sido condenados a observar, pero no han tenido el poder de impedir. Esto, añadido al hecho de que los derechos humanos –por lo menos como han sido establecidos canónicamente– no tienen nada que decir respecto del valor fundamental de igualdad que el neoliberalismo amenaza, hace difícil concluir que son un recurso útil para responder a éste.

Si mi perspectiva, que se ubica entre el marxismo y la corriente dominante, es adecuada, esto también significa que no hay mucho valor crítico ni político en oponerse a la agenda de derechos humanos desde la comprensible indignación hacia el neoliberalismo. En lugar de esto, las transformaciones económicas de la era actual imponen una gran responsabilidad sobre aquellos que buscan formular o encontrar una perspectiva analítica más seria sobre dichas transformaciones económicas, y engendrar una resistencia política más robusta de la que se ha logrado hasta ahora. Y dado que el lenguaje de derechos humanos, sus perspectivas y movimientos no parecen ofrecer ninguna de estas dos cosas –y, de hecho, no pretenden hacerlo cuando se trata de la desigualdad–, su función debería limitarse a tareas minimalistas fuera del campo socioeconómico, en parte para evitar críticas por ser cómplices del compañero más fuerte de su época histórica.

Este artículo está estructurado para llegar a esas conclusiones a través del examen de diversas posturas marxistas sobre la relación entre neoliberalismo y derechos humanos, comenzando con la teoría de derechos humanos del mismo Karl Marx, tanto por su importancia intrínseca como por su uso frecuente en el debate actual. Después de concluir que dicha teoría ofrece solamente una pista

inicial para analizar tanto los derechos humanos internacionales como la era neoliberal del capitalismo, la siguiente sección del artículo se vuelca sobre la historia de acompañamiento entre ambos fenómenos a finales del siglo XX, rastreando su origen contemporáneo para examinar su armonía y disonancia. La sección final del artículo pone énfasis sobre la protección mínima que proveen los derechos humanos en comparación con el significado real del neoliberalismo que se basa en la erradicación de todo límite en el alcance de la desigualdad. A pesar de que el lenguaje de derechos humanos, así como sus regímenes y movimientos, ha logrado formular un invaluable piso mínimo, hasta ahora han hecho poco o nada por hacerlo realidad, aun cuando su auge discursivo se ha dado en la misma era durante la cual el límite superior de la desigualdad ha sido completamente eliminado.

2. El jardín del Edén de los derechos del hombre

Vale la pena comenzar señalando la gran cantidad de trabajo que sería necesario –definitivamente más del que se ha hecho hasta ahora– para establecer en forma contundente que los derechos humanos fungen como una apología del capitalismo "neoliberal", en parte porque los textos del propio Marx dejan mucho por decir sobre el tema. Esto se explica principalmente por dos conjuntos de razones que se traslapan entre sí. En primer lugar, existieron diferentes fases en el acercamiento de Marx al tema, lo cual es un recordatorio de lo mucho que los derechos humanos internacionales y su institucionalización son una novedad. En segundo lugar, hay una distancia enorme entre el capitalismo globalizante del que Marx fue testigo y el mundo actual. Aunque su propio trabajo provee una serie de herramientas para pensar los derechos humanos en forma general, se queda en silencio en cuanto a las especificidades de nuestro problema, tanto por las características particulares de la forma "neoliberal" de nuestro capitalismo, como por la especificidad del reformismo globalizador que caracteriza a nuestros movimientos de derechos humanos.

Marx ofrece su crítica más reconocida a los "derechos humanos" en su obra *Sobre la cuestión judía*, en la cual toma la Declaración de los Derechos del Hombre

y el Ciudadano como índice del fracaso de la emancipación política, en contraste con la idea de "emancipación humana" que defiende.¹⁰ Aún así, en esta obra temprana Marx coloca en el centro (aunque no logra teorizar) un hecho que caracterizó a los derechos del hombre por casi toda su historia: el estar constituidos en el interior del Estado.¹¹ Por supuesto, no hay duda de que el lenguaje político de los derechos naturales tiene su propia afinidad electiva, aun más quizá a partir del nacimiento y la expansión de las relaciones sociales capitalistas, y Marx con el tiempo comprendió que reducirlos al marco estatal era una caracterización errónea.¹² Aun así, tiene gran valor el postulado temprano que hace Marx a partir de su análisis de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, en el cual aborda la idea de que una filosofía moral de los derechos naturales en su formulación más abstracta ha dependido históricamente de la agencia del Estado (inclusive del Estado-nación) para ser políticamente operacionalizada.¹³ Marx no consideró a esta alianza como una coincidencia fortuita; para él fue una característica casi esencial del ascenso de los derechos humanos. Para decirlo de otra manera, la crítica de Marx a los derechos humanos es una crítica a la *emancipación política dentro de los límites del Estado*. Si se entiende que su crítica está dirigida hacia la abstracción formal de los derechos humanos, entonces está dirigida hacia una abstracción contenida en el marco (bastante institucionalizado e históricamente específico) de la ciudadanía política provista por el Estado.¹⁴

La insistencia de Marx en los límites del Estado como un agente de emancipación junto con su falta de interés en la construcción estatal que muchos alabaron hasta la era de descolonización del siglo XX, no deben oscurecer el hecho de

¹⁰ Véase Tucker (1978).

¹¹ Véase Tucker (1978, 23-24).

¹² El argumento clásico se encuentra en MacPherson (1962).

¹³ Historiadores como Richard Tuck han diagnosticado una relación causal mucho más profunda de la que el mismo Marx percibía entre el ascenso de los derechos en la teoría temprana del derecho natural moderno y el perfeccionamiento del Estado moderno como el foro esencial y prolongado de su significación política (Tuck, 2001). Abordé el argumento general de Tuck de manera algo aduladora en mi propio libro a la hora de discernir los derechos humanos internacionales. Véase Moyn (2010, capítulo 1).

¹⁴ Esta es la razón por la cual la respuesta a un régimen burgués de derechos requirió liquidar la distinción entre el Estado y la sociedad civil, quizás en vez de lo que Engels luego llamó la "extinción" del Estado.

que su propio abordaje de la importancia de los derechos del hombre —en su tratamiento más clásico— omite vincularlos con los mecanismos globales del capital. Así, sea posible o no aplicar la crítica de Marx a la abstracción de los derechos, definitivamente se necesitan avances en el desarrollo teórico —y hacer cambios a ese abordaje temprano— para aplicarlo a las políticas actuales de derechos humanos en los ámbitos global e internacional. Al volverse una opción prestigiosa para la movilización y la acción legal, la política internacional de derechos humanos rompió de manera fundamental con el marco estatista bajo el que Marx elaboró su análisis, así como con la política de derechos institucionalizada que observó en la Revolución francesa. En todo caso, la centralidad del Estado para el orden burgués significó, de hecho, que la respuesta de los trabajadores fuera globalizante en sí misma, aunque claramente no del modo en que lo hacen los activistas contemporáneos de derechos humanos.

Esto no significa que los "derechos humanos" y el "capitalismo moderno" (incluyendo el "neoliberalismo") no están entreverados, pero sí quiere decir que la relación entre ambos no es obvia, ni siquiera (o especialmente) para los marxistas, quienes deben construir una explicación en vez de adoptar una perspectiva ya existente. La evolución teórica del propio Marx posterior a *Sobre la cuestión judía*, en efecto, provee mejores herramientas para esta empresa, pero también implica sortear algunos obstáculos importantes. Para comenzar, investigaciones recientes han mostrado que el mismo Marx no estaba en contra de invocar los derechos como base para una reforma progresiva, a pesar de su aparente rechazo total en su obra temprana.¹⁵ De hecho, como ha subrayado Andrew Sartori, Marx entendió que la promesa de emancipación constitutiva del liberalismo y su discurso de derechos permitía la crítica intermitente hacia el capitalismo (y el imperio) tanto como ofuscaba sus obvias depredaciones (Sartori, 2014).¹⁶ Pero el verdadero desafío está en que la crítica máxima de Marx hacia los derechos es de carácter general, enfocada en la relación entre la globalización del capital,

¹⁵ Véanse Leopold (2009, pp. 150-163); Lacroix y Pranchère (2012, pp. 433-451) (ambos demuestran el despliegue que realiza Marx del discurso de derechos en aras de la emancipación).

¹⁶ Estoy muy agradecido con el profesor Sartori por su apoyo con esta sección del artículo.

la propiedad privada y la abstracción social, y no en algo estrecho y específico como lo sería un análisis de los movimientos y regímenes internacionales de derechos humanos (que, si es que existieron en su tiempo, no fueron de su interés).

Cuando evolucionó más allá de su obra de juventud *Sobre la cuestión judía*, Marx alteró su tratamiento de los derechos burgueses para moderar el énfasis estatista de sus aproximaciones tempranas. Pero estos cambios en su postura teórica tuvieron la meta de enfatizar cómo las relaciones mercantiles (potencialmente) globalizadas requerirían una serie de abstracciones sociales que podrían, fácilmente, tomar la forma de derechos individuales formales en el corpus legal. De esta forma, Marx argumenta en *El Capital* que el mercado capitalista es:

un verdadero Edén de los derechos naturales del hombre [...] [En él, individuos] elaboran contratos como personas libres, que son iguales ante la ley. Su relación contractual es el resultado final en el cual la voluntad colectiva encuentra una expresión legal común [...] Ya sea en concordancia con una armonía preestablecida, o bajo el auspicio de una providencia omnisciente, todos ellos trabajan en conjunto por el bienestar mutuo, la riqueza compartida y el interés común [Marx, 1976, p. 280].

Aún en la forma evolucionada de la crítica elaborada por Marx, hay un conjunto de diferencias drásticas entre esa explicación general –que podría aplicar bastante bien, por ejemplo, a la globalización moderna de los mercados y la globalización de los derechos de propiedad– y alguna explicación específica necesaria para capturar la particularidad de los regímenes y movimientos internacionales de derechos humanos en las últimas décadas.¹⁷

Después de todo, el capitalismo neoliberal es un episodio específico en la historia del capitalismo que Marx nunca conoció. Aún más importante para el objetivo de

¹⁷ Como implica el acercamiento del propio Marx, las apelaciones a los derechos naturales y los derechos humanos en su época eran más comúnmente realizadas en defensa de la protección de la libertad de contrato y la propiedad privada. De hecho, los neoliberales de hoy en día rara vez se justifican con los derechos naturales o los derechos humanos de lo que hacían sus antecesores del siglo XIX en defensa del liberalismo económico, seguramente porque los reformistas y las causas humanitarias han reclutado exitosamente este discurso para sus propias causas. Véase McCloskey (1951, cap. 5); Moyn (en preparación) (ambos demuestran la popularidad del discurso libertario de derechos en el siglo XIX).

este artículo es reconocer que hoy los derechos humanos son presentados con cierto grado de autoconciencia (aunque en forma poco plausible, como demostraré más adelante), como una fuerza que podrá moderar o moderará o hasta revertirá los males de la forma que han tomado actualmente las relaciones del mercado global. En el imaginario colectivo, y hasta cierto punto en la realidad, los ordenamientos legales de derechos humanos y sus movilizaciones políticas han dejado de ser asociados a la defensa de la libertad contractual y la propiedad privada –hay otros ordenamientos legales y otros movimientos destinados a ese propósito–. Más bien, en los regímenes de derechos humanos, desde los procesos de Naciones Unidas hasta los mecanismos de los tratados de derechos, desde los movimientos de Amnistía Internacional hasta campañas globales antipobreza, la meta es aminorar el sufrimiento de otros, o en algunos casos insistir en que existen bases justas para una redistribución, aunque mínima. En resumen, sea lo que sea que se quiera decir sobre los derechos humanos como existen hoy en día, es necesario alejarse de las obras tempranas de Marx, y hacer un esfuerzo sustancial por construir sobre sus acercamientos más maduros. Y a pesar de que Marx no pudo haber teorizado sobre el neoliberalismo o los derechos humanos como se conocen hoy en día, quizás no se sorprendería al enterarse de que la principal objeción contra los segundos es que comparten la misma época histórica con el primero, sin desestabilizarlo.

3. Los derechos humanos y la economía neoliberal: armonía y disonancia

Aunque las líneas generales que estudian el génesis del neoliberalismo han sido y siguen siendo el objeto de una emocionante bibliografía académica en continua expansión, el origen último de este fenómeno es bastante claro. Mientras la posibilidad de crecimiento económico y redistribución liderada por el Estado fue creciendo a mediados del siglo XX, Friederch Hayek y sus entonces poco conocidos compatriotas comenzaron a vincular la aparición del Estado de bienestar en Occidente con las economías comunistas planificadas, haciendo uso de una compleja reinterpretación del liberalismo económico del siglo XIX (a pesar de que, de hecho, los líderes de los estados de bienestar estaban por entrar en una disputa global encarnizada contra sus contrapartes comunistas). Treinta

años después, a mediados de la década de 1970, los neoliberales encontraron de manera repentina y sorpresiva una ventana de oportunidad para su punto de vista a raíz de la crisis económica que azotó al Estado de bienestar.¹⁸ La historia del neoliberalismo a partir de ese momento crucial es ampliamente conocida: el desmantelamiento del Estado regulador en la zona industrial del noratlántico junto con un programa internacional dirigido al sur global (así como, de manera aún más espectacular, a las economías poscomunistas de Europa del Este) para facilitar el flujo del capital en detrimento de las fuerzas de oposición.¹⁹ Sorprendentemente, esta historia mínima tiene numerosos paralelismos con la historia de la aparición de los derechos humanos. Después de todo, los derechos humanos también resucitan una versión del liberalismo clásico en un nuevo formato. Como propuesta intelectual, los derechos humanos internacionales no eran nuevos en la década de 1970, pero las nuevas circunstancias prácticas de mediados de la década los volvieron una opción prestigiosa de un día para otro. Y durante la década de 1970 (así como hoy en día), el objeto primario de la política internacional de derechos humanos fueron (y siguen siendo) los estados en desarrollo y los estados poscoloniales. Estas coincidencias, al parecer, (en palabras marxistas) "no son accidentales".

La explicación más plausible para estos hechos es que los derechos humanos y el neoliberalismo comparten tanto un predecesor como un objetivo: el estatismo desarrollista que, a pesar de estar presente en el norte y el occidente, encontró su máxima expresión en Europa del Este y el sur global. Dicho de otra manera, el avance emparejado de los derechos humanos y el neoliberalismo se volcó en contra de enemigos institucionales comunes, en circunstancias de pérdida de prestigio. El compromiso con el Estado de bienestar presente en la región noratlántica, normalmente defendido en términos colectivistas, se encontraba en declive mientras los derechos humanos y el neoliberalismo comenzaban

¹⁸ Véase Burgin (2012).

¹⁹ Para los fundamentos intelectuales de esto, además de Burgin, véase también Audier (2012). A la fecha, las historias del neoliberalismo son sorprendentemente intelectuales, y no existe nada comparable escrito sobre las políticas implementadas a partir de la década de 1970. Para un abordaje temprano del fenómeno y de sus bases, véanse Harvey (2005; 2009); Leys (2003); Bockman (2011); Peck (2013). Para un abordaje de los retos recientes del capitalismo con un fuerte énfasis en la economía (en vez de explicaciones estructurales), véase Mirowski (2013).

a ascender; esto aplicó aún más a la vocación desarrollista del Estado-nación poscolonial, que priorizó el crecimiento económico rápido en búsqueda de la autosuficiencia económica. Sin el declive de estos modelos, es difícil imaginar que los derechos humanos internacionales o las perspectivas y políticas públicas neoliberales hubieran tenido el rápido ascenso que tuvieron a mediados de la década de 1970, lo cual les otorga una trayectoria emparentada a través de un contexto previo compartido.

Además, el neoliberalismo y los derechos humanos comparten elementos ideológicos clave. Su coincidencia más obvia es el compromiso con la importancia del individuo, cuyas libertades importan más que los esfuerzos colectivistas, aun cuando éstos estén justificados por el bienestar general que traerán a los individuos. De forma más controversial, comparten la antipatía, o mínimo la sospecha, hacia el Estado, en especial, el Estado-nación, dado que ambos rechazan su autoridad moral (a pesar de que ambos dependen de la agencia estatal para implementar reformas de política pública).

A pesar de que el neoliberalismo y los derechos humanos claramente comparten muchos rasgos negativos y cimientos ideológicos, la cuestión es dilucidar si estas características en común ocultan más de lo que esclarecen la relación de interdependencia causal entre ambos fenómenos —o más precisamente, la ausencia de dicha relación—. Después de todo, la afinidad general de los derechos humanos con el fundamentalismo de mercado tiene límites. Aunque parezca una obviedad, para sus muchos partidarios, los derechos humanos representan un discurso de esperanza y de reforma, dirigido por lo general al Estado totalitario y autoritario. Ese tipo de Estado persiste en muchas latitudes, por lo cual muchos promotores de derechos humanos continúan haciendo política informativa en respuesta, sin un compromiso consciente con ningún esquema particular de relaciones económicas (o quizá con un compromiso consciente, aunque independiente, con versiones poco específicas de la justicia social). La crítica en curso a la atrocidad, el despotismo y el mal gobierno del Estado con el que el movimiento de derechos humanos mayormente dialoga difícilmente equivale a una receta desalentadora para el retroceso del Estado de bienestar, y no podría suponer por sí misma ese desmantelamiento.

De esta forma, un análisis somero de cómo los derechos humanos han acompañado la aparición de la era neoliberal lleva a las coincidencias inquietantes de su simultaneidad cronológica, condiciones negativas y su tenue afinidad descriptiva. Todo esto quizá justifique ciertas sospechas acerca de una débil complicidad, pero no de una sinergia ruin entre neoliberalismo y derechos humanos. Y, a pesar de los paralelismos que existen entre ambos fenómenos, descubrir si el éxito que los dos compartieron en la década de 1970 fue mutuamente dependiente es una cuestión aparte. De hecho, existen muchas razones para dudar de que éste haya sido el caso.

Con todo y su escala masiva y su carácter novedoso como principios globales de un movimiento político transnacional, los derechos humanos fueron resucitados en condiciones muy específicas de su sepultura en documentos y procedimientos poco conocidos de Naciones Unidas (incluyendo la misma Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y la supervisión internacional que algunos supusieron que ésta generaría). Hubo tres grandes factores causales que llevaron a su diseminación fuera de Naciones Unidas: 1) la pérdida de fe en los paradigmas de compromiso personal de la Guerra Fría (y, notablemente, en la pérdida de fe en el socialismo) en favor de un movimiento nuevo y aparentemente "antipolítico"; 2) el ascenso de los derechos humanos como un lenguaje de legitimidad estatal en el sistema internacional, sorprendentemente liderado y promovido por presidentes estadounidenses, junto con algunos líderes de Europa Occidental, y 3) el logro de descolonización, que, desde las metrópolis occidentales, parecía pedir a gritos una nueva forma de supervisión internacional basada en los derechos, que de pronto resultaban relevantes.²⁰

Para conocer un episodio que sugiere que la coincidencia del ascenso paralelo del neoliberalismo con el crecimiento en la política internacional de derechos humanos puede explicar algo, considérese el ejemplo del cono sur a partir de 1973. De manera notable, el general Augusto Pinochet, después de su golpe de Estado en 1973, designó a Milton Friedman como asesor, y la Sociedad Mont

²⁰ Véase Moyn (2010). Para un abordaje de más factores, véase también Eckel (2013). Para un análisis del caso estadounidense, véase Keys (2014, pp. 75-152).

Pelerin, de corte neoliberal, realizó encuentros en Chile. En efecto, Naomi Klein toma este ejemplo como el punto de partida en su historia del "shock" neoliberal (2007, p. 7). En una sección muy breve de su libro, que es la historia del neoliberalismo más popular escrita hasta ahora, Klein aborda cómo los derechos humanos impusieron "anteojeras" que encubrieron la relación entre el capitalismo y el terror (2007, pp. 118-121). En cambio, argumenta en forma certera, Amnistía Internacional tomó una actitud neutral hacia cuestiones estructurales (como la lucha de clases y la revolución perpetua que los marxistas visualizaban) para enfocarse en una política informativa que se limitaba a señalar abusos estatales innegables (Klein, 2007, pp. 118-119). Marks está de acuerdo en que "donde los efectos de la reconstrucción neoliberal comenzaron a hacerse patentes, los activistas confinaron su crítica a la denuncia de abusos, dejando incontestadas las condiciones en que dichos abusos habían sido posibles" (Marks, 2013, p. 9).

A pesar de que es cierto (y de importancia central) que el surgimiento de un nuevo tipo de movimiento transnacional de derechos humanos en respuesta a las fechorías en América Latina se mantuvo confinado a los crímenes de Estado, es importante enunciar claramente lo que se está afirmando y lo que no. Nadie asevera que esta instancia temprana del —ahora conocido— activismo informativo fuese una causa de los golpes de Estado ni de la disolución de otros tipos de crítica contra los abusos del gobierno de Pinochet u otros regímenes autoritarios de la época.²¹ Klein, a diferencia de Marks, comprende claramente por qué si la perspectiva de derechos humanos es culpable de algo, es sólo en relación con la crítica externa hacia el régimen —dado que, en ese momento, los opositores internos no tenían otra opción más que reducir su enfoque e ignorar la economía política del terror estatal—. "Todas las facetas del movimiento de derechos humanos estaban funcionando bajo circunstancias altamente restringidas [...] Al interior de los países afectados [...] no se hablaba de la agenda política y económica detrás de las desapariciones porque hacerlo era ponerse

²¹ Uno necesitaría una historia mucho más intrincada para respaldar la segunda opción, del tipo que sólo ha sido intentada (hasta donde yo sé) por los exiliados uruguayos después del golpe de Estado en su propio país en el verano de 1973, y la historia sobre su peregrinación hacia los derechos humanos que sustituyó por décadas las posturas heredadas de la izquierda. Véase Markarian (2005, pp. 67-106).

en riesgo de ser uno mismo desaparecido" (Klein, 2007, p. 149). Klein pudo haber añadido que la unión de un movimiento transnacional de derechos humanos, con toda la crítica que absorbió por silenciar la crítica estructural, logra formar coaliciones en forma distinta a la política revolucionaria, que suele ser más divisiva. Es un hecho que la izquierda internacional en ese momento estaba viva y coleando, y parte del éxito de los derechos humanos en la década de 1970 se debió al fracaso de la propia izquierda, ya fuera de escapar de la represión brutal en una serie de países o de generar una coalición exitosa para denunciar los abusos dictatoriales con el mismo éxito que el movimiento de derechos humanos. Es verdad, concluye Klein, que "el movimiento de derechos humanos también ayudó a la ideología de la Escuela de Chicago a salir virtualmente ileso de su primer laboratorio sangriento" (Klein, 2007, p. 149). A pesar de todo, la culpabilidad que el movimiento merece a este respecto parece trivial al compararlo con otra serie de fuerzas –incluyendo los fracasos y errores cometidos por la izquierda en un momento histórico lleno de posibilidades–. Además, como Klein reconoce, el movimiento de derechos humanos "incuestionablemente jugó un rol decisivo en obligar a la junta a terminar con sus peores abusos" (Klein, 2007, p. 147).

En cuanto al resto del libro de Klein, que abarca hasta el presente, no vuelve a hacer mención del movimiento de derechos humanos (excepto para apoyarse de manera sistemática en la información que generan para enmarcar su crítica). Y, en cualquier caso, resulta mucho más interesante el acompañamiento prolongado del neoliberalismo y los derechos humanos conforme entraron a la adolescencia en la década de 1980, y lograron capturar casi en su totalidad el ámbito de economía y gobierno en los ámbitos nacional e internacional durante la década de 1990, que discutir un vínculo causal cuestionable entre ambos movimientos durante la década de 1970. Aun cuando la izquierda transnacional se mantuvo con vida alrededor del mundo en la década de 1970, en las de 1980 y 1990 (y hasta hoy) el marco de derechos humanos ocupa casi totalmente el imaginario de individuos y grupos reformistas en todo el mundo –y por tanto merece la pena asociarlo causalmente con un rango mucho más amplio de fenómenos–. (Si ha habido algún tipo de "resiliencia social" notable de cara a

las diversas empresas del neoliberalismo, la izquierda no ha sido particularmente exitosa en este frente, ni en la práctica y posiblemente tampoco en la teoría).²²

Aun así, se mantiene en pie la pregunta de investigación sobre cómo exactamente hay que abordar la relación entre la explosión de los derechos humanos y la victoria del neoliberalismo en Latinoamérica y más allá. ¿Sucedió de la misma forma en todos los lugares y momentos? No lo creo, dado que la acusación hacia los derechos humanos de silenciar la crítica estructural y "política" hacia lo que se convertiría en la era neoliberal se volvió mucho más convincente con el transcurso del tiempo. Pero todavía no hay suficiente material para respaldar esta acusación. En las cuidadosas palabras de Mary Nolan, "No hay una relación singular entre los derechos humanos y el fundamentalismo de mercado que abarque los diversos países y tipos de derechos" (Nolan, 2013, p. 174).²³ La misma observación aplica a lo largo del tiempo. La historia de este acompañamiento inicialmente distante está todavía por escribirse.

A mi parecer, resulta claro que una forma más productiva de enmarcar la relación entre neoliberalismo y derechos humanos, por lo menos con base en el estado del arte, es en términos de trayectorias paralelas, con la consecuencia trágica de que (como insinúa la propia Marks en su brillante trabajo) la crítica estructural a las raíces del sufrimiento social desapareció en el momento en que resultaba más necesaria.²⁴ Aun así, este resultado se debe sólo marginalmente a que los derechos humanos lograron convertirse en una coalición exitosa a través de la cual interpretar y enfrentar la injusticia con más éxito que otras perspectivas. Es posible (como he argumentado en *La última utopía*) que el prestigio y la prominencia de los derechos humanos internacionales sean sintomáticos de una pérdida de explicaciones estructurales sobre las relaciones sociales, sin que éstos sean causalmente responsables o moralmente culpables de ello.²⁵ Si tales perspectivas de pensamiento han estado ausentes debido a

²² Véase Hall y Lamont (2013)

²³ El ensayo es una promesa de un proyecto de investigación más amplio que busca abordar la relación a detalle. Véase también Nolan (2011, pp. 13-36).

²⁴ Véase Marks (2011, pp. 57-78).

²⁵ Véase Moyn (2010).

la "superficialidad" del acercamiento informativo de los derechos humanos a la política, no quiere decir que la política sea la única o principal responsable del problema. La carencia de un estructuralismo convincente y la afasia programática que resultó de este vacío es fruto de diversos factores, y es poco plausible sostener que cualquiera de estas cosas sea resultado de la hegemonía del discurso de derechos humanos.

Si todo lo anterior se sostiene –y se asume que la coincidencia histórica no es necesariamente una relación causal– entonces el análisis deja de tener como objetivo la culpa (o la absolución) y se convierte en un análisis sobre el fracaso de los modos de pensamiento estructural y otras estrategias políticas enfocadas al activismo a la hora de posicionarse como opciones políticas atractivas para el público en general. Los derechos humanos empiezan a parecer un síntoma de un síndrome mucho más amplio, y el objetivo de criticarlos cambia de acuerdo con esto. Se trata de convencer a sus adherentes de que, a pesar de ser útiles para algunas tareas (como señalar abusos estatales), los derechos humanos fracasan en otras, y necesitan ser suplementados tanto por nuevos marcos de análisis como por nuevas formas de activismo intra- y transnacional.

4. El fracaso de los derechos humanos en el campo socioeconómico

En su obra clásica *Una breve historia del neoliberalismo*, David Harvey es sorprendentemente generoso con los derechos humanos y su origen, a pesar de estar bien posicionado para observar que éste coincide con la trayectoria de su propio objeto de estudio. Harvey escribe:

El universalismo de los derechos ha sido y puede ser usado con objetivos progresistas en mente. Esta tradición representada en forma más clara por Amnistía Internacional, Médicos sin Fronteras y otros, no puede ser descartada como un mero anexo del pensamiento neoliberal. La historia entera del humanismo (tanto el occidental –tradicionalmente liberal– como otras versiones no occidentales) es demasiado complicada para eso [Harvey, 2005, p. 178].

Y a pesar de varias críticas que se pueden hacer fácilmente a los derechos humanos –la forma en que se limitan a libertades de primera generación, su

cooptación por parte de proyectos imperiales, su carácter no democrático inclusive cuando la intervención en otros países se hace de manera no militar, o la distancia elitista que los separan de los movimientos políticos de base—, Harvey concluye que es un error descartarlos. En vez de apoyar la idea de "descalificar todo lo que apela a la universalidad como incorregiblemente errado" y "abandonar toda mención de los derechos por ser una imposición insostenible y abstracta de la ética del mercado para enmascarar el fortalecimiento del poder de clase", propone que sería "desafortunado abandonar el campo de los derechos a la hegemonía neoliberal. Hay una batalla que hay que pelear, no sólo sobre qué derechos y valores universales deben ser invocados en situaciones particulares, sino también en cuanto a cómo se deben construir estos principios universales y concepciones de los derechos" (Harvey, 2005, pp. 178-179).

Sin embargo, esa apología hipotética de una visión universalista o de derechos humanos no debe llevar a ser complacientes. Esta visión no puede sustituir una indagación que pregunte cuánta diferencia han hecho en el mundo las legislación y la política pública de derechos humanos en su forma universalista —en específico en cuanto a las relaciones económicas que el neoliberalismo ha trastocado—.²⁶ Al respecto, resulta necesario un veredicto duro e implacable sobre las políticas públicas internacionales de derechos humanos para evitar sentimentalismos y promover un compromiso intelectual y una movilización práctica que dé mejores frutos. Si el movimiento de derechos humanos es el *doppelgänger* (otro yo) débil y subordinado de su hermano neoliberal —con el cual está conectado a través de un misterioso destino común y condenado a ser arrastrado sin poder elegir hacia dónde—, entonces otro tipo de oposición es necesaria a corto y largo plazo.

Recientemente, estudiosos de la ciencia política empírica han adoptado el objetivo de verificar si la legislación de derechos humanos hace diferencia —es decir, si lleva a algún resultado positivo—. A mi parecer, el lenguaje de derechos humanos ha funcionado bien para quitarle legitimidad a ciertos regímenes en sus formas extremas, aunque es altamente controvertido si la legislación de

²⁶ Véase Moyn (2012a).

derechos humanos tuvo un papel causal en la transformación política de la antigua Unión Soviética, las autocracias latinoamericanas y en otros lugares. Y, en todo caso, cualquier estudio sobre el uso positivo de la legislación de derechos humanos debe poner atención también a su mal uso. Desde el escepticismo hacia la movilización de derechos humanos que trasciende fronteras, la reconocida analista empírica Beth Simmons ha argumentado que ahí donde ya existen circunstancias políticas y materiales para la ciudadanía moderna, la legislación de derechos humanos es una herramienta adicional para la movilización interna, aun más que las leyes constitucionales, por lo menos cuando se trata de normas sobre libertad de expresión o integridad corporal.²⁷ El optimismo de Harvey respecto a las posibilidades emancipatorias de la defensa de derechos es más plausible en estos casos. Sin embargo, la ciencia política empírica hasta ahora no ha logrado respaldar la utilidad de las normas de derechos humanos en cuanto a derechos económicos y sociales. Sin duda es extraordinario que Simmons, Kathryn Sikkin y otros que buscan redimir a los derechos humanos del cinismo sobre sus efectos mínimos hasta ahora se hayan enfocado en ciertos derechos en detrimento de otros –especialmente los derechos que buscan ofrecer protecciones en el campo socioeconómico–.

Un breve, y por tanto necesariamente superficial, estudio de las limitaciones de las normas y los movimientos de derechos humanos que tenga en mente las transformaciones estructurales de la era del fundamentalismo de mercado debe comenzar con un argumento básico pero poco común: en su formato legalizado, los derechos humanos no pretenden proporcionar una agenda de igualdad. Es perfectamente posible imaginar un régimen internacional y local de protección de derechos humanos completamente establecido y logrado, que conviva a la par con las jerarquías más extremas de riqueza y otros bienes primarios. En efecto, de cierta forma, comprender la relación paradójica entre los derechos humanos y el neoliberalismo significa también reflexionar sobre la discordancia que existe entre una agenda de protección a los derechos sociales y económicos y una agenda con ambición igualitaria.²⁸ Cuando se trata de las preocupaciones

²⁷ Véase Simmons (2011, pp. 151-171).

²⁸ Para una visión menos opositora que de igual forma reconoce las diferentes vocaciones (establecidas canónicamente) de los derechos económicos y las teorías de justicia social, véase Waldron (2010).

que aborda el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vale la pena poner énfasis no en lo mucho que promete sino en lo poco que pide, dado que este pacto aspira a crear un piso mínimo de protección en campos como la vivienda, la salud y la alimentación, en vez de una igualdad más robusta.

Es común, y comprensible, enfocarse en aquellos episodios (el régimen de Pinochet en Chile, por ejemplo) en los que la política neoliberal ha estado acompañada por represión estatal –lo cual Klein dramatiza (o sensacionaliza) en su doctrina del *shock*–. Pero, en cierta forma, es mucho más perturbador observar que la victoria del neoliberalismo es perfectamente compatible con el respeto total no sólo a las libertades civiles y políticas, sino también a los derechos económicos y sociales. Si uno extrapola esto a su máxima expresión, es perfectamente posible imaginar una realidad alterna en la cual una sola persona es propietaria de todas las cosas, donde a la par todas las provisiones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos son respetadas (a través de sus gastos de subsistencia). Inclusive la promesa –ampliamente criticada– del artículo 27 de la Declaración Universal, que promete vacaciones pagadas, está en completa armonía con un mundo controlado por una desigualdad de recursos desenfrenada.²⁹ Durante los últimos 30 años, la sociedad se ha perfilado hacia un escenario donde el antiguo impulso igualitario ha sido –en ocasiones– exitosamente desplazado por una agenda de protección que alivia tan sólo la indigencia más abyecta, mientras la desigualdad se ha disparado. Generalizando drásticamente, es válido decir que la era presente en la historia mundial es una en la cual un piso mínimo ha sido parcialmente construido para salvar a los más desdichados de los peores sufrimientos, aun cuando el techo que limita la jerarquía de concentración de la riqueza ha sido completamente borrado.³⁰

En cuanto a lo conceptual, el punto es reconocer que una agenda de derechos económicos y sociales es distinta –y mucho más minimalista– que una agenda igualitaria. Es perfectamente posible que una de éstas triunfe mientras la otra

²⁹ Véase la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

³⁰ Véase Piketty (2014).

fracasa. El punto en cuanto a lo histórico es que las metas de la primera agenda han sido priorizadas –y, en ocasiones, logradas– en una era donde las metas de la segunda agenda han sido olvidadas. Pero hay dos reservas necesarias para comprender la yuxtaposición histórica de ambas agendas. Por un lado, aun con todos los avances logrados para salvar a la humanidad de la miseria más extrema, queda mucho por hacer para construir un piso mínimo de protección básica. No hay que trivializar la protección de derechos económicos y sociales en el nombre de una acusación plausible sobre su incapacidad de abordar patrones más amplios de distribución de riqueza e ingresos, o de incremento en la desigualdad. En segundo lugar, inclusive los éxitos en el campo de lo socio-económico difícilmente se pueden atribuir a la aplicación del marco normativo sobre derechos humanos, al nacimiento de un régimen legal formal de derechos o a la movilización y el activismo de algún movimiento proderechos humanos. De hecho, la mayor proporción de la reducción en la pobreza en las últimas décadas (dada la población involucrada en la historia mundial hasta ahora) tiene que ver con un único factor: las políticas públicas del Estado chino.³¹ Y aunque un amplio rango de factores da cuenta del remanente de la reducción en la pobreza –acceso a agua y alimento, mejoras en la salud, etcétera–, ni la promoción y protección de los derechos humanos ni sus proyectos resultantes parecen ocupar un lugar prioritario en la lista, sino es que no aparecen en absoluto.

Ahora consideremos esta perspectiva deflacionista sobre el valor de las agendas de derechos sociales y políticos (distinta a la protección de esos mismos derechos logrados a través de otros marcos), comenzando con la protección local o nacional, para luego abordar su faceta global y transnacional. No hay duda de que, después de la primera fase en la historia de los derechos humanos en las décadas de 1970 y 1980, durante los cuales un diálogo global sobre los derechos económicos y sociales estuvo casi totalmente ausente, dicho discurso ha despegado. Pero, tristemente, el trabajo de construir un marco de análisis y una perspectiva

³¹ De acuerdo con una fuente, China sacó a más de 600 millones de personas de la pobreza durante la era del neoliberalismo (1980-2010), lo cual representa tres cuartas partes de la reducción de la pobreza a nivel mundial en dicho periodo. Véase "Towards the End of Poverty" (2013).

retórica (o, en forma más generosa, de establecer estándares mínimos) no se ha reflejado en resultados tangibles. Esto es más claro cuando se trata del prestigioso modelo de ejecución judicial de los derechos socioeconómicos, en particular cuando los poderes judiciales nacionales interpretan las normas constitucionales de acuerdo con el espíritu de la legislación internacional de derechos humanos (especialmente al utilizar la noción de un núcleo mínimo de protección).

Por muchos años, Sudáfrica fue acreditada como el laboratorio pionero de estos desarrollos, especialmente después del icónico caso *Grootboom*.³² En particular, algunos académicos prominentes de Estados Unidos elogiaron la forma en que las cortes sudafricanas "reforzaron la democracia" al balancear la defensa de los derechos socioeconómicos con el respeto a la legitimidad democrática en las decisiones de política pública.³³ De acuerdo con esta interpretación, los tribunales pudieron invalidar políticas públicas que no respetaban un núcleo mínimo de protección de derechos socioeconómicos y, a la par, se negaron a crear soluciones propias de implementación, instando así a las ramas democráticas del gobierno a ocuparse de eso.³⁴ Los resultados de este modelo minimalista y anti-intervencionista han sido decepcionantes: resulta que el Poder Judicial sudafricano, en lugar de alentar a la acción política o legislativa, arrinconó a las ramas democráticas de gobierno hacia la inacción. Desafortunadamente, es plausible concluir que la ejecución judicial no ha hecho mucha diferencia, tanto en Sudáfrica como en otros lugares.³⁵ En particular, como ha demostrado David Landau, la ejecución judicial de los derechos económicos tiende a favorecer a las personas acomodadas (como los pensionados que defienden sus pensiones en contra de los cortes presupuestales del Estado), en vez de a las personas más vulnerables.³⁶ Por supuesto, el fracaso de la ejecución

³² Véase *Republic of South Africa v. Grootboom* 2001 (1) SA 46 (CC) (S. Afr.) (reivindicando los derechos sociales y económicos de solicitantes y forzando a las políticas públicas gubernamentales a ejecutarlos).

³³ Véase Sunstein (2001, pp. 221-238); Tushnet (2009, caps. 6-8).

³⁴ Véase Sunstein (2001). Es una historia que seguramente resultó particularmente atractiva para los estadounidenses debido al fracaso de su propio país a la hora de constitucionalizar los derechos humanos en el momento cenital del Poder Judicial en el liberalismo, y la preocupación persistente desde ese entonces por el poder político de los jueces para "legislar desde el estrado".

³⁵ Véase O'Connell (2011, pp. 532-554).

³⁶ Véase Landau (2011, pp. 189-247).

judicial de los derechos socioeconómicos no significa que otros intentos de proteger los derechos socioeconómicos hayan necesariamente fallado; pero, hasta ahora, no hay evidencia sustanciosa que confirme el valor que brinda el marco de derechos humanos a la reconceptualización de la ciudadanía en términos de bienestar social, vinculado con otras fuerzas (por ejemplo, la movilización partidista, a la que Simmons ha atribuido la mejoría en cuanto a derechos políticos y libertades civiles).³⁷

Mientras tanto, en el derecho internacional hay un debate creciente sobre cómo las normas internacionales de derechos humanos amansan o contrarrestan la globalización, especialmente en su reciente modelo neoliberal. Este debate se ha hecho presente en dos arenas concurrentes: por un lado, las normas y políticas públicas de comercio internacional y, por el otro, la responsabilidad social de las corporaciones. Pero, siendo muy generosos, hay que decir que es muy temprano para ver más allá de simples aseveraciones sobre la aplicabilidad normativa de los derechos humanos en cualquiera de los dos campos.

Petersmann y muchos otros han argumentado que, en general, la relación entre globalización y derechos humanos es en esencia una de refuerzo mutuo o hasta de identidad común, especialmente cuando los derechos de propiedad y libre empresa se colocan al centro del acceso a otros bienes humanos, dado que los derechos de propiedad y libre empresa brindan los recursos necesarios para que esos otros bienes se materialicen.³⁸ Entre más se permita que el libre comercio maximice la riqueza para todos, mejores resultados habrá en todas las dimensiones que los derechos humanos buscan abarcar. La respuesta a esta afirmación de los estudiosos que abrazan la perspectiva convencional sobre derechos humanos es insistir en que se puede separar y priorizar a las normas que ellos mismos defienden, para evitar que se presenten falsamente como externalidades positivas de algún otro proyecto, como el crecimiento económico.³⁹ Aunque los optimistas de la perspectiva convencional se aferran a la

³⁷ Véase Simmons (2011).

³⁸ Véase Petersmann (2002).

³⁹ Véase Alston (2002).

esperanza de que un "vínculo" entre la arena comercial y el fortalecimiento de los derechos humanos a través de la responsabilidad social corporativa, es difícil concluir que estas esperanzas están justificadas basándonos en los hechos hasta ahora.⁴⁰

En lo que es quizás la elaboración más desarrollada de la perspectiva convencional, David Kinley argumenta que si la globalización se modifica de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos, que muchas veces no respeta, ésta puede de hecho proveer los beneficios que sus entusiastas más ingenuos consideran automáticos.⁴¹ Su postura asegura que, si se evitan los dos extremos igualmente malsanos de defensa acrítica y demonización escéptica de los mercados globales, el área de coincidencia entre fuerzas de mercado y derechos humanos puede ser descubierta para maximizar "los traslapes y complementariedades" entre ambos (Kinley, 2009, p. 32). Para Kinley y otros que escriben así, los fundamentalistas neoliberales del mercado son ovejas negras que, de manera inapropiada, extienden el que de otra manera sería un saludable respeto por la capacidad del libre comercio y las corporaciones multinacionales para librar a la humanidad de la pobreza, y transforman este respeto en la falsa creencia de que no existen defectos en el capital globalizado y que toda la humanidad puede beneficiarse de él. Por el contrario, los críticos del "neoliberalismo" se rehúsan a ver que la globalización tiene características progresistas porque creen que es la maldad absoluta (Howard-Hassman, 2010). Manteniéndonos alejados de estos extremos, la esperanza para el futuro se encuentra en las formas éticas de globalización.

A pesar de todo, como en el caso de la protección judicial de los derechos sociales, resulta poco sorprendente que, tanto en las normas comerciales internacionales como en la responsabilidad social corporativa, los derechos humanos

⁴⁰ Petersmann ha aclarado en respuesta a la polémica de hace una década que no considera la "vinculación" entre derechos humanos y la liberalización del comercio como una expresión solamente de los principios de lo segundo, aproximándose en su postura a aquella de los optimistas convencionales que creen en la posibilidad de encontrar una zona de compatibilidad entre el capitalismo y los derechos humanos (y viceversa). Véase Petersmann (2014).

⁴¹ Véase Kinley (2009).

han sido angustiosamente ineficaces, y parece poco probable que esto cambie.⁴² Los derechos humanos, por supuesto, han hecho incursiones discursivas en el debate sobre el comercio, aunque estas incursiones sean sorprendentemente recientes. Hasta 2006, cuando Pascal Lamy –director general de la Organización Mundial del Comercio (OMC)– hizo un llamado en Santiago para ir más allá del Consenso de Washington, los derechos humanos no formaban parte de la discusión.⁴³ Pero, de nuevo, la mayoría de las críticas hacia el Consenso de Washington de ese entonces no apelaban a los derechos humanos.⁴⁴ (Era más frecuente insistir en que los acuerdos comerciales favorecen el desarrollo de los países en peor situación económica, en lugar de hacer énfasis en su defensa de los derechos). Con sorpresiva rapidez, la intersección del comercio internacional y los derechos humanos se ha vuelto un tema obligatorio en los círculos de la OMC, y parece posible (aunque, como ya hemos explicado, nadie ha emprendido la misión de demostrarlo empíricamente) que en las áreas de regulación laboral y patentes farmacéuticas, los derechos humanos hayan tenido algunos efectos positivos a la hora de enmarcar demandas y promover mejores resultados.

Pero hipotetizar que ha habido una reorientación generalizada en la legislación comercial debido a las normas o políticas internacionales de derechos humanos es otro asunto. Inclusive los analistas de la perspectiva convencional reconocen que las normas de derechos humanos han hecho pocos avances en los debates comerciales, y a pesar de que el mecanismo de resolución de conflictos de la OMC tenga mecanismos de ejecución, sigue sin ser un agente que posibilite el avance general de las metas de derechos humanos.⁴⁵ El brillante ensayo de Andrew Lang sobre el derecho comercial neoliberal considera compasivamente las posibles alternativas funcionales, dado que en la historia reciente los derechos humanos han logrado poco más que una sensibilización discursiva.⁴⁶ Lang se

⁴² Véase *Economic Globalisation and Human Rights* (2011) (realiza un recuento de las perspectivas sobre derechos humanos en áreas diversas de la normativa económica).

⁴³ Véase Lamy (2006).

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ De acuerdo con Kinley, "He perdido la cuenta del número de especialistas en comercio (abogados, economistas, burócratas nacionales e internacionales y académicos) que voltean los ojos cuando se mencionan los derechos humanos en el comercio" (Kinley, 2006).

⁴⁶ Véase Lang (2011).

preocupa, de manera acertada, por que sólo una reforma de los objetivos colectivos del régimen comercial en sí mismo podría proveer una mejor orientación normativa (y, se podría agregar, una politización más robusta tanto en la teoría como en la práctica).⁴⁷ Enfocarse en el efecto del comercio sobre la legislación de derechos humanos desde afuera tiene la función

De obstruir la reflexión sobre el propósito colectivo en la conducta de la gobernanza económica internacional. Donde se debería estar generando un debate crítico sobre los propósitos fundamentales de la gobernanza del mercado global, se ha dado lugar a una discusión sobre la prioridad relativa que debe asignarse al proyecto comercial en contraste con otros proyectos de orden internacional. Lo que debería de ser un debate sobre la reapertura de un espacio para discutir los objetivos del comercio global y sus reglas, se ha vuelto en gran parte un debate sobre la distribución de autoridad política entre el régimen global comercial y otros centros de autoridad política y regulatoria [como la normativa de derechos humanos]... Intentos de integrar la consideración de valores y objetivos 'sociales' al régimen comercial muy probablemente no den frutos a menos de que sean acompañados por un cuestionamiento fundamental de lo que se entiende convencionalmente como la naturaleza y el objetivo del régimen comercial [Lang, 2011, pp. 10-11].⁴⁸

El mismo Lang caracteriza este posible cambio como un regreso al liberalismo encapsulado (*embedded liberalism*) de los años inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial, y piensa que los derechos humanos son parte del vocabulario normativo que posibilitará ese retorno o renovación.⁴⁹ Sean o no argumentos persuasivos, parece difícil dudar de sus conclusiones, que sugieren que la superficialidad de los efectos de la política de derechos humanos en los resultados comerciales hasta ahora demanda un acercamiento distinto.

Observaciones similares aplican a la responsabilidad social corporativa, la cual tiene una historia aún más corta en cuanto a la incorporación de las normas de

⁴⁷ Véase Lang (2011, pp. 190-220).

⁴⁸ Sin embargo, Lang, creo yo, va demasiado lejos al decir que una estrategia de derechos humanos es "inadvertidamente cómplice en la jugada básica del neoliberalismo de obstruir" una visión colectivista —a menos que pudiera demostrar que los derechos humanos la obstaculizan seriamente, en lugar de simplemente ser una distracción o de fracasar al construirla—.

⁴⁹ Véase Lang (2011, pp. 313-354).

derechos humanos, pero es sujeto de un análisis paralelo a aquel de la legislación comercial internacional. En efecto, el aumento de la gobernanza temática de derechos humanos en las corporaciones (especialmente entre corporaciones multinacionales) no es sólo más reciente, sino que se ha dado explícitamente en un formato no-legal, apoyado en lo "moral". Después de la muerte de las Normas de las Naciones Unidas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, John Ruggie célebremente adoptó el papel de representante especial para ofrecer consejo "pragmático" y no legal a través de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos en 2011 (Ruggie, 2011).⁵⁰ Siendo generosos, es demasiado pronto para sostener el optimismo respecto a las contribuciones verdaderas, los sermones hacia corporativos a través de estos principios, especialmente dado a la distancia que tomaron del derecho y la legalidad (y a veces los mismos derechos humanos) a partir de la controversial decisión de Ruggie para facilitar el consenso.

En general, los defensores convencionales de los mecanismos de derechos humanos en el campo socioeconómico creen en lo que uno podría llamar un modelo político de "infiltración", en el cual se introduce una idea como un simple subterfugio para después convertirse en una poderosa amenaza. Pero parece aún menos posible que los principios de Ruggie generen cambios en el comportamiento que otros caballos de Troya que el movimiento ha creado en su corta historia. Por supuesto, esto no implica que los nuevos principios no tengan ningún valor –y menos aún que provean a los poderes colusivos de las corporaciones globales de refugio–. Sólo el tiempo dirá si trascienden su actual inutilidad, aunque esto se dibuja poco probable.

En una era donde los derechos humanos tienen un lugar predominantemente retórico en el comercio internacional y la responsabilidad corporativa, el riesgo principal que corren es de compensación, aun cuando los oponentes más

⁵⁰ Véase también Ruggie (2013).

importantes a la práctica del neoliberalismo –desde las protestas en Seattle contra la OMC en 1999 hasta Occupy Wall Street 15 años después– generalmente evitan las demandas normativas, regímenes legales y estrategias de movilización de los derechos humanos en favor de otros estilos y estrategias. Como Lang explica:

Es importante no exagerar el grado en que los derechos humanos han sido adoptados como el lenguaje del movimiento global por la justicia. Por cada ONG que adopta una perspectiva o un lenguaje de derechos, hay muchas otras que no lo hacen, y aún más que lo hacen sólo de manera parcial o tangencial [Lang, 2011, p. 100].⁵¹

Por supuesto que esto no significa que nadie cuente todavía con un marco de oposición sólido contra el fundamentalismo de mercado, ni en lo intelectual ni en lo práctico. Pero tampoco hace de los derechos humanos una perspectiva necesaria o inevitable para reorientar la economía, especialmente dado el fracaso de éstos para lograr cambios en el mundo hasta ahora.

5. Conclusión: modalidades de la crítica hacia los derechos humanos

A pesar de los orígenes inconspicuos de los derechos humanos internacionales y del neoliberalismo global, y de que cada uno de estos fenómenos logró tan sólo éxitos menores apenas en la década de 1970, la época final de la Guerra Fría abrió un espacio de oportunidad extraordinario para ambos. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos, que tuvo lugar en Viena en 1993, proporcionó el momento ideal para el renacer de los derechos humanos, comparable con la fundación de la OMC en 1995. El problema es que hasta ahora –en contraste con su papel emblemático en el señalamiento y estigmatización de los estados totalitarios y autoritarios– los derechos humanos se han mantenido en un nivel retórico en sus incursiones al campo socioeconómico, mientras que el neoliberalismo ha causado una transformación profunda en el mundo. De forma más

⁵¹ El autor cataloga rigurosamente el ascenso de los derechos humanos en los debates comerciales después del periodo catalizador entre 1997 y 2000, en particular alrededor del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Comparar con Broude.

desafiante, aun tratándose de los objetivos de los derechos humanos, el neoliberalismo en ocasiones ha logrado más que los movimientos de derechos: aunque ha tenido efectos desastrosos sobre la distribución de la riqueza tanto en los ámbitos nacional como global, también ha proporcionado más reducción de la pobreza que cualquier otro agente, en especial en su manifestación en China (esto no equivale a decir que el neoliberalismo trabaje inequívocamente para beneficio de toda la humanidad, como algunos de sus defensores aseguran).

En parte por esta razón, los escépticos de la función de los derechos humanos en la economía global contraargumentan a quienes sostienen la postura convencional (y más optimista) sobre el papel de los derechos humanos que las ligeras modificaciones que proponen al orden económico internacional no son suficientes. De acuerdo con los escépticos, la postura convencional es demasiado acrítica de la globalización como para confiarle la tarea de separar el trigo de la cizaña. La postura convencional cree demasiado en la posibilidad de evitar una celebración *naïve* del fundamentalismo de mercado, pero ofrece una versión de los mismos compromisos con ligeras modificaciones. Para Paul O'Connell, no hay forma de salvar a la globalización del neoliberalismo sin la transformación drástica del esquema político y económico que él llama "globalización subalternizada" (2007, pp. 483-509, 487, 493-495).⁵² Susan Marks, por su parte, se enfoca en la forma en que la legislación de derechos humanos, aun cuando dice buscar la causa de las violaciones a los derechos, no está organizada actualmente para permitir el tipo de crítica estructural que se necesita para atacar al neoliberalismo algún día –o quizás hasta el capitalismo en cualquiera de sus variantes–.⁵³ Un nuevo acercamiento a la política y al derecho requeriría de una evaluación sistémica de las alternativas y las causas de la "miseria planificada".⁵⁴ En su forma actual, los derechos humanos internacionales generalmente proveen una distracción tanto del diagnóstico necesario como de las soluciones.⁵⁵

⁵² Véase también Howard-Hassmann (2009, pp. 127-133); O'Connell (2009, pp. 135-141).

⁵³ Véase Marks (2011).

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Idem.*

Aunque es difícil contradecir las conclusiones pesimistas de dichos críticos, en este artículo he abordado un punto de advertencia. Porque resulta igual de difícil concluir que culpar a los regímenes y movimientos de derechos humanos de "complicidad" con el neoliberalismo es un diagnóstico productivo. Como he indicado anteriormente, no me parece que los derechos humanos proporcionen o deban proporcionar los estándares normativos contra los cuales los arreglos económicos serán evaluados: son demasiado minimalistas para ello, especialmente en el campo socioeconómico, donde se necesita un estándar más sólido y ambicioso que involucre una teoría de justicia social e igualdad.⁵⁶ Pero los estándares minimalistas de evaluación del fracaso absoluto que ofrecen los derechos humanos difícilmente son un obstáculo (y mucho menos son el obstáculo principal) para el desarrollo de alternativas maximalistas. Los estándares éticos de los derechos humanos no son necesariamente "parte del problema" en la búsqueda de un estándar de evaluación más alto o de la creación de bases políticas para que una movilización exija estas condiciones. Lo mismo, *mutatis mutandis*, aplica para los regímenes y movimientos de derechos humanos. Pero esta defensa de los derechos humanos en una era con tal desigualdad galopante es evidentemente insuficiente.⁵⁷

También se desprende de esto que criticar ya sea las normas o movimientos por la distracción que causan y su insuficiencia es importante, pero también mínimamente productivo. En una era en la que las normas y movimientos son la esperanza para muchas personas, la conclusión más sensata es que una curita no es la respuesta más adecuada ante un osario (a pesar de que las curitas tengan ciertos usos paliativos). Analítica y políticamente, el acto de criticar los derechos humanos hace poco por proporcionar alternativas útiles al marco de derechos, así como regímenes y movimientos alternativos que podrían tener éxito en muchas

⁵⁶ Por esta razón, me parece errado que O'Connell se aproxime a los derechos humanos como si éstos fuesen el estándar normativo principal contra el que se evalúan las carencias de la globalización neoliberal, y como los motivadores de una globalización subalternizada. Después de todo, hay un amplio rango de objetivos que los derechos humanos simplemente no tratan de cumplir, y el primero de ellos es la igualdad.

⁵⁷ Contrastar con Kennedy (2002, pp. 101-125). Cuando Kennedy visitó su clásico ensayo 10 años después, el veredicto fue distinto –en mi opinión, más certero–: "Quizás el movimiento [proderechos humanos] intentó hacerse cargo de más de lo que podía abarcar" (Kennedy, 2012, p. 21).

áreas en las que los derechos humanos han fracasado –en parte porque los derechos humanos (hasta ahora) no han sido diseñados para tener éxito en esas áreas–. Mirar la magnitud real de los objetivos limitados y pequeños éxitos de los movimientos de derechos humanos es, simplemente, demandar otro tipo de política que suplemente sus metas –que con frecuencia son inadecuadas o poco funcionales– especialmente en el dominio socioeconómico. El fundamentalismo de mercado demanda un enemigo amenazante, más que un compañero débil.

Fuentes

Alston, P. (2002), "Resisting the merger and acquisition of human rights law by trade law: a reply to Petersmann", *European Journal of International Law*, 13, pp. 815-844, 816.

Audier, S. (2012), *Néo-libéralisme(s): Une archéologie intellectuelle*, París, Grasset.

Benedek, W., Feyter, K. de y Marrella F (eds.) (2011), *Economic Globalisation and Human Rights*, EIUC Studies on Human Rights and Democratization, Cambridge, Cambridge University Press.

Bockman, J. (2011), *Markets in the Name of Socialism: The Left-Wing Origins of Neoliberalism*, Stanford, Stanford University Press.

Broude, T., "From Seattle to Occupy: The Shifting Focus of Global Protest", en Drache y Jacobs, *Linking Global Trade and Human Rights*.

Brown, W. (2004), "The most we can hope for... human rights and the politics of fatalism", *South Atlantic Quarterly*, 103, pp. 461-462.

Burgin, A. (2012), *The Great Persuasion: Reinventing Free Markets since the Depression*, Cambridge, MA, Harvard University Press.

Eckel, J. (2013), "The rebirth of politics from the spirit of morality: explaining the human rights revolution of the 1970s", en Eckel, J. y Moyn, S. (eds.), *The*

Breakthrough: Human Rights in the 1970s, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.

Hayek, Friedrich A. (1978), entrevista por Robert Chitester, disponible en: «http://www.hayek.ufm.edu/index.php?title=Bob_Chitester_part_1&p=video1&b=930&e=1037».

Hall, P. A. y Lamont, M. (eds.) (2013), *Social Resilience in the Neoliberal Era*, Nueva York, Cambridge University Press.

Harvey, D. (2005), *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford, Oxford University Press.

Harrison, J. (2006), *The Human Rights Impact of the World Trade Organisation*, Worcester Place, Hart Publishing.

Hopgood, S. (2013), *The Endtimes of Human Rights*, Ithaca, Cornell University Press), 95.

Howard-Hassmann, R. E. (2009), "Reply to Paul O'Connell's article on neo-liberal globalization and human rights", *Human Rights Law Review*, 9, pp. 127-133.

_____ (2010), *Can Globalization Promote Human Rights?*, University Park, Pennsylvania State University Press.

Kennedy, D. (2002), "The international human rights movement: part of the problem?", *Harvard Human Rights Journal*, pp. 15,101-125.

_____ (2012), "The international human rights movement: still part of the problem?", en Dickinson, R. *et al.* (eds.), *Examining Critical Perspectives on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.

Keys, B. J. (2014), *Reclaiming American Virtue: The Human Rights Revolution of the 1970s*, Cambridge, Harvard University Press.

Kinley, D. (2009), *Civilising Globalization: Human Rights and the Global Economy*, Cambridge, Cambridge University Press.

Klein, N. (2007), *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism*, Nueva York, Henry Holt.

Lacroix, J. y Pranchère, J. Y. (2012), "Karl Marx fut-il vraiment un opposant aux droits de l'homme?: Émancipation individuelle et théorie des droits", *Revue française de science politique*, 62, pp. 433-451.

Landau, D. (2011), "The reality of social rights enforcement", *Harvard International Law Journal*, 53, pp. 189-247.

Lang, A. (2011), *World Trade Law after Neoliberalism: Reimagining the Global Economic Order*, Oxford, Oxford University Press.

Lamy, P. (2006), Director General, Organización Mundial del Comercio, "Humanising Globalisation" (discurso, Santiago de Chile, Chile, 30 de enero), disponible en «http://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl16_e.htm».

Leopold, D. (2009), *The Young Karl Marx: German Philosophy, Modern Politics, and Human Flourishing*, Cambridge, Cambridge University Press.

Leys, C. (2003), *Market-Driven Politics: Neoliberal Democracy and the Public Interest*, Londres, Verso.

MacPherson, C. B. (1962), *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford, Oxford University Press.

Markarian, V. (2005), *Left in Transformation: Uruguayan Exiles and the Latin American Human Rights Networks, 1967-1984*, Nueva York, Routledge.

Marks, S. (2011), "Human rights and root causes", *Modern Law Review*, 74, pp. 57-78.

Marx, K. (1976), *Capital: A Critique of Political Economy*, Fowkes, B. (trad.), Harmondsworth, Penguin Books.

_____ (2013), "Four human rights myths", en Kinley, D., Sadurski, W. y Walton, K. (eds.), *Human Rights: Old Problems, New Possibilities*, Cheltenham, Edward Elgar.

McBride, K. (2013), "Neoliberalism: its untimely life and timely death", artículo presentado en la conferencia anual de la American Political Science Association, Chicago, septiembre.

McCloskey, R. G. (1951), "Judicial conservatism and the rights of man", en *American Conservatism in the Age of Enterprise 1865-1910*, Cambridge, MA, Harvard University Press.

Mirowski, P. (2013), *Never Let a Serious Crisis Go to Waste: How Neoliberalism Survived the Financial Meltdown*, Londres, Verso.

Moyn, S. (2010), *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, MA, Harvard University Press.

_____ (2012a), "Do human rights treaties make enough of a difference?", en Gearty, C. y Douzinas, C. (eds.), *Cambridge Companion to Human Rights Law*, editores, Cambridge, Cambridge University Press.

_____ (2012b), "Substance, scale and salience: the recent historiography of human rights", *Annual Review of Law and Social Science*, 8, pp. 123-140.

Moyn, S. (en preparación), "Nationalism and Capitalism as Nineteenth-Century Rights Movements", en *Oxford Handbook of Human Rights History*, Pendas, D. O. (ed.), Oxford, Oxford University Press.

Nolan, M. (2011), "Gender and utopian visions in a post-utopian era: americanism, human rights, market fundamentalism", *Central European History*, 44, pp. 13-36.

_____ (2013), "Human Rights and Market Fundamentalism in the Long 1970s", en Frei, N. y Weinke, A. (eds.), *Towards a New Moral World Order: Menschenrechtspolitik und Völkerrecht seit 1945*, Göttingen, Wallstein Verlag.

O'Connell, P. (2007), "On reconciling irreconcilables: neo-liberal globalisation and human rights", *Human Rights Law Review*, 7, pp. 483-509, 487, 493-495.

_____ (2009), "Not seeing the forest for the trees: a reply to Rhoda Howard- Hassmann", *Human Rights Law Review*, 9, pp. 135-141.

_____ (2011), "The death of socio-economic rights", *Modern Law Review*, 74, pp. 532-554.

Peck, J. (2013), *Constructions of Neoliberal Reason*, Oxford, Oxford University Press.

Petersmann, E. U. (2002), "Time for a united nations 'global compact' for integrating human rights in the law of worldwide organizations: lessons from European integration", *European Journal of International Law*, 13, pp. 621-622.

_____ (2005), "Human rights and international trade law: defining and connecting the two fields", en Abbott, F. M., Breining-Kaufmann, C. y Cottier, T. (eds.), *Human Rights and International Trade*, Ann Arbor, MI, University of Michigan Press.

_____ (2014), "The Promise of Linking Trade and Human Rights", en Drache, D. y Jacobs, L. A. (eds.), *Linking Global Trade and Human Rights: New Policy Space in Hard Economic Times*, Nueva York, Cambridge University Press.

Plehwe, D. y Mirowski, P. (eds.) (2009), *The Road from Mont Pèlerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective*, Cambridge, MA, Harvard University Press.

Piketty, T. (2014), *Capital in the Twenty-First Century*, Goldhammer, A. (trad.), Cambridge, Harvard University Press.

Ruggie, J. G. (2011), *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, UN Doc. A/HRC/17/31 (21 de marzo).

_____ (2013), *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, W. W. Norton.

Sartori, A. (2014), *Liberalism in Empire: An Alternative History*, Oakland, CA, University of California Press.

Simmons, B. A. (2011), *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*, Nueva York, Cambridge University Press.

Singh Grewal, D. y Purdy, J. (2014), "Introduction: law and neoliberalism", *Law and Contemporary Problems*, 77, pp. 1-23.

Sunstein, C. R. (2001), *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Nueva York, Oxford University Press.

Touchie, J. C. W. (2005), *Hayek and Human Rights: Foundations for a Minimalist Approach to Law*, Cheltenham, Edward Elgar.

Tuck, R. (2001), *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford, Oxford University Press.

Tucker, R. C. (ed.) (1978), *The Marx-Engels Reader*, 2a. ed., Nueva York, W. W. Norton.

Tushnet, M. (2009), *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press.

Waldron, J. (2010), "Socioeconomic rights and theories of justice", Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper, núm. 10-79, New York University School of Law, disponible en: «http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1699898».

¿Dos pasos adelante, ninguno hacia atrás? La evolución de criterios sobre la prohibición de regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales*

*Two steps forward, no steps back? Evolving criteria on the prohibition
of retrogression in economic, social and cultural rights*

AOIFE NOLAN,**

NICHOLAS J. LUSIANI***

Y CHRISTIAN COURTIS****

Resumen

Este artículo presenta un panorama de una obligación que resulta fundamental para cualquier consideración acerca del impacto de las crisis financieras y económicas en

* Texto publicado originalmente como Nolan, A., Lusiani, N. J., y Curtis, C. (2014), "Two Steps Forward, No Steps Back? Evolving Criteria on the Prohibition of Retrogression in Economic, Social and Cultural Rights", en Nolan, A. (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 121-145. Traducido al español por Anna Priscila Valencia Ortega.

** Profesora de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, codirectora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Nottingham y vicepresidenta del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa. Se ha desempeñado como asesora en distintas organizaciones y organismos que trabajan temas de derechos humanos.

*** Maestro en Asuntos Internacionales por la Universidad de Columbia. Actualmente se desempeña como asesor *senior* con enfoque en temas de gobernanza corporativa, impuestos corporativos y acceso a vacunas contra la COVID-19, en Oxfam America. Fue director del programa de Derechos Humanos en política económica, en el Centro de Derechos Económicos y Sociales.

**** Funcionario de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; ha sido profesor e investigador visitante e invitado en distintas universidades de América Latina, Estados Unidos y Europa.

los derechos económicos y sociales: la prohibición de adoptar medidas regresivas. Pese a la importancia del principio de no regresividad, éste ha sufrido históricamente una falta de atención por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de otros organismos supranacionales cuasijudiciales y judiciales de derechos humanos. Sin embargo, en tiempos recientes el impacto de las crisis financieras y económicas –y, en particular, de la proliferación de políticas de austeridad en respuesta a éstas– ha servido para centrar la atención de los expertos en ese aspecto de los derechos económicos y sociales (DES). No obstante, aún queda un largo camino por recorrer para alcanzar una clarificación conceptual de la prohibición de no regresividad, así como para establecer criterios de aplicación práctica como estándar para evaluar el cumplimiento estatal de los derechos económicos y sociales y guiar la construcción de políticas alternativas. El presente trabajo se ocupa de estas lagunas.

Palabras clave: derechos económicos, derechos sociales, prohibición de regresividad, crisis financieras y económicas.

Abstract

This chapter provides an overview of an obligation that is of central importance to any consideration of the impact of financial and economic crises on economic and social rights: the prohibition of retrogressive measures. Despite the importance of the principle of non-retrogression, it has historically suffered from a lack of sufficient attention from the Committee on Economic, Social and Cultural Rights and other supranational quasi-judicial and judicial human rights bodies. In recent times, however, the impacts of the global financial and economic crises –and, in particular, the proliferation of austerity measures in response to them– have served to focus expert attention on this aspect of ESR law. However, much remains to be done in terms of providing conceptual clarification of the prohibition of retrogression, as well as delineating criteria for its practical application as a standard to evaluate state compliance with ESR and guide the construction of policy alternatives. This chapter addresses these lacunae.

Keywords: economic rights, social rights, prohibition of retrogression, financial and economic crises.

1. Introducción

Este artículo presenta un panorama de una obligación que resulta fundamental para cualquier consideración acerca del impacto de las crisis financieras y

económicas en los derechos económicos y sociales (DES): la prohibición de adoptar medidas regresivas. No obstante la importancia del principio de no regresividad, éste ha sufrido históricamente una falta de atención por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por su siglas en inglés) y de otros organismos supranacionales cuasijudiciales y judiciales de derechos humanos. Lo anterior, pese a que tribunales locales han aplicado normas jurídicas análogas al estudiar retrocesos en el goce de los DES en el ámbito nacional.

Este relativo desinterés en la prohibición de regresividad también ha sido una característica presente en el desarrollo académico de los DES. Sin embargo, en tiempos recientes, el impacto de las crisis financieras y económicas –y, en particular, de la proliferación de políticas de austeridad (por ejemplo, fuertes reducciones de gasto público, aumentos en los impuestos regresivos y reformas estructurales a las garantías en materia laboral y pensionaria) en respuesta a éstas– ha tenido como efecto una mayor atención de los expertos sobre ese aspecto de los DES. No obstante, aún queda un largo camino por recorrer para alcanzar una clarificación conceptual de la prohibición de no regresividad, así como para establecer criterios de aplicación práctica como estándar para evaluar el cumplimiento estatal de los DES y guiar la construcción de políticas alternativas. El presente trabajo se ocupa de estas lagunas.

El artículo comienza con una introducción a la prohibición de regresividad de conformidad con –y entendida en términos de– el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Posteriormente, una vez que se esbozan algunas de las razones explicativas del enfoque relativamente reticente del Comité respecto de esta obligación estatal, se analiza el acercamiento de dicho Comité hacia la no regresividad y los principales problemas conceptuales derivados del mismo. Después, procedemos a revisar el estado de las cosas en relación con la especificación de estándares jurídicos operativos, capaces de evaluar la conducta estatal sobre esta base. Para ello, recurrimos a los esfuerzos judiciales y cuasijudiciales nacionales e internacionales para evaluar el cumplimiento estatal con el principio de no regresividad en el contexto de crisis financieras y económicas.

2. La prohibición de regresividad conforme al artículo

2.1 del PIDESC: orígenes y preguntas clave

El artículo 2.1 del PIDESC establece que los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan, "para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto" por todos los medios apropiados. Un lenguaje similar puede encontrarse en otros instrumentos internacionales y regionales en materia de derechos humanos,¹ así como en las disposiciones constitucionales nacionales.²

El análisis del Comité en torno a la realización progresiva está compuesto por dos elementos. De acuerdo con el Comité, el hecho de que la efectividad de los derechos en cuestión sea exigida a los Estados a lo largo del tiempo y de acuerdo con los recursos de que dispongan, no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo. Por un lado, tal referencia constituye un mecanismo necesario de contextualización, que refleja los límites del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otro lado, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general del Pacto, que es establecer obligaciones claras para los Estados Parte con respecto a la plena efectividad de los derechos en cuestión. De esta forma, el artículo 2.1 impone una obligación de proceder lo más rápida y eficazmente posible hacia ese objetivo (CESCR, 1990, párr. 9). Por tanto, la plena efectividad no sólo ofrece a los Estados Parte cierto margen para elegir las medidas que se adoptarán de acuerdo con el contexto, sino que también tiene un segundo significado: aquél de *mejora* o *desarrollo*, que conlleva la obligación de asegurar un mejor goce y ampliación del contenido de los derechos a lo largo del tiempo.³

¹ Véanse, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, 1577 UNTS 3, art. 4, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2515 UNTS 3, art. 4.2. Para el contexto regional, véase la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36, art. 36. Además, la realización progresiva también es común en el contexto de los instrumentos de la OIT. Véase, por ejemplo, OIT (2012b, art. 3 [g]).

² Véanse, por ejemplo, la Constitución de la República de Sudáfrica, arts. 26(2), 27(2) y la Constitución de Kenia, secc. 19(1), 21, 43.

³ Como reflejo de esto, el Comité destacó que las medidas adoptadas para alcanzar la plena realización de los derechos "deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto" (CESCR, 1990, párr. 2).

Es precisamente este segundo significado de realización progresiva, enfocado en el desarrollo, el que abordaremos primero en el análisis de regresividad en el contexto de las crisis financieras y económicas. Al respecto, el deber de asegurar la mejora de los derechos económicos, sociales y culturales implica al menos una obligación negativa: la prohibición de adoptar medidas que disminuyan los derechos de que disponían los particulares al momento en que un Estado adoptó el Pacto, o las prerrogativas garantizadas como resultado de las mejoras progresivas posteriores a la ratificación del PIDESC. Dado que el Estado se compromete a ampliar el contenido y la protección de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de anular o reducir los niveles existentes de protección de los derechos reconocidos, salvo que sea de conformidad con las directrices establecidas en el Pacto.⁴ En consecuencia, el corolario natural del deber de progresar es el correspondiente deber de no retroceder, empeorar o ir en reversa en el cumplimiento de los derechos ESC.⁵

La prohibición de no adoptar medidas regresivas en términos de la realización de derechos ESC comprende dos dimensiones: una normativa y otra empírica. La primera dimensión de la regresividad se refiere a retroceder en términos normativos o garantías *de iure* (por ejemplo, el alcance de los derechos otorgados por una norma jurídica), mientras que la segunda se relaciona con retrocesos empíricos o *de facto* en el goce efectivo de los derechos (Courtis, 2006).⁶ Evaluar

⁴ Esto se evidencia por el hecho de que el CESCR introdujo la prohibición de medidas regresivas como corolario del principio de realización progresiva en la Observación General núm. 3. párr. 9 (1990). De modo similar, a menudo el Comité ha identificado como una violación la obligación de respetar la derogación o suspensión formal de la legislación necesaria para el goce de un DES en específico. Véase, por ejemplo, CESCR (2008b, párr. 19).

⁵ Ya en 1987 los Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales habían hecho eco, en el párrafo 72, de que un Estado Parte viola el Pacto si "Retrasa, deliberadamente, o detiene la realización progresiva de un derecho, a menos que actúe dentro de los límites permitidos en el Pacto o que dicha conducta se deba a una falta de recursos o a una fuerza mayor".

⁶ Estos elementos normativos y empíricos son reconocidos, al menos en forma implícita, en las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; si bien establecen que las violaciones incluyen "(l)a adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance de la garantía de este derecho" (Directriz 14[e]); también destacan una variedad de distintas violaciones que parecerían constituir un retroceso, incluida "(l)a derogación o suspensión oficiales de las disposiciones legislativas necesarias para el goce permanente de un derecho económico, social y cultural ya reconocido" (Directriz 14[a]); "(l)a adopción de disposiciones legislativas o de políticas que son manifiestamente incom-

el retroceso empírico requiere un análisis integral de la conducta estatal (acciones y omisiones), incluidas la generación y utilización de los recursos disponibles, y requerirá generalmente del uso de indicadores cuantitativos, pues el mismo se manifestará (al menos previsiblemente) en resultados socioeconómicos objetivos, como el desempleo (derecho al trabajo) o la incidencia de enfermedades transmisibles (derecho al más alto nivel posible de salud física y mental).⁷

Volviendo al trabajo del Comité, es importante señalar que el aspecto contextual de la realización progresiva también desempeña un papel en la comprensión de la regresividad prevista en el PIDESC –principalmente como moderador de una concepción absoluta de la noción de regresividad–. Al respecto, el Comité ha establecido que

todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga [CESCR, 1990, párr. 9].

Así, resulta claro que el Comité considera que el artículo 2.1 implica el entendimiento de que la realización progresiva puede ser limitada por las "realidades" enfrentadas por los Estados, tales como la disminución de sus recursos disponibles. Por ende –al menos de modo implícito–, el artículo 2.1 parece establecer que las medidas regresivas pueden justificarse en algunas circunstancias. Dicho lo anterior, las declaraciones del Comité crean una fuerte presunción de que "las medidas de carácter deliberadamente regresivo" constituyen una violación *prima facie* del Pacto; por tanto, cuando se demuestra que un Estado ha adoptado

patibles con obligaciones jurídicas preexistentes relacionadas con estos derechos, salvo si ello se hace con el firme objetivo de acrecentar la igualdad y aumentar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales para los grupos más desvalidos" (Directriz 14[d]); "(l)a obstrucción deliberada o la interrupción del logro progresivo de un derecho garantizado por el Pacto, salvo en el caso de que el Estado actúe dentro de los límites autorizados por el Pacto o de que su acción se deba a la falta de recursos disponibles u obediencia a fuerza mayor" (Directriz 14[f]); y "(l)a reducción o el mal uso de inversiones públicas concretas, cuando la reducción o el mal uso tengan como consecuencia la anulación de los derechos y no vayan acompañados por medidas adecuadas para garantizar derechos mínimos de subsistencia para todos" (Directriz 14[g]).

⁷ Véanse Center for Economic and Social Rights (CESR) (2012a) y Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) (2012).

una medida regresiva, la carga de la prueba se revierte al Estado, a efecto de que justifique la medida en términos del propio Pacto.⁸ Sobre este aspecto, una pregunta clave, que será analizada en párrafos subsiguientes es en qué situaciones estarán justificados tales retrocesos en términos del cumplimiento del PIDESC.

3. Análisis de la reticencia del Comité y de los desafíos planteados por la prohibición de regresividad

Como se adelantó, no obstante su papel como piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos, el Comité de Derechos Económicos,

⁸ El lenguaje empleado por el Comité sugiere también que será usado un escrutinio estricto para evaluar la justificación ofrecida por el Estado Parte —esto es, el Estado debe mostrar la estricta necesidad de la medida—. Este punto será discutido más adelante, pero véanse también Observación General No. 13: "(s)i deliberadamente adopta alguna medida regresiva, *el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente* en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte" (CESCR, 1999b, párr. 45) (énfasis añadido); Observación General No. 14: "(s)i se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, *corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas* por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte" (CESCR, 2000, párr. 32) (énfasis añadido); Observación General No. 15: "(s)i se adoptan medidas deliberadamente regresivas, *corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras un examen sumamente exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas* por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte" (CESCR, 2003, párr. 19) (énfasis añadido); Observación General No. 17: "(s)i se adoptan deliberadamente medidas regresivas, *corresponde al Estado Parte demostrar que se han adoptado tras un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas* por referencia a la totalidad de los derechos reconocidos en el Pacto" (CESCR, 2006a, párr. 18) (énfasis añadido); Observación General No. 18: "(s)i deben adoptarse deliberadamente cualesquiera medidas regresivas, *corresponde a los Estados Partes en cuestión demostrar que lo han hecho tras considerar todas las alternativas y que están plenamente justificadas*, habida cuenta de la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto y en el contexto del pleno uso de los máximos recursos disponibles por los Estados Partes" (CESCR, 2006b, párr. 21) (énfasis añadido); Observación General No. 19: "(s)i se adoptan medidas deliberadamente regresivas, *corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas* habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte" (CESCR, 2008a, párr. 42) (énfasis añadido); Observación General No. 21: "(l)a adopción deliberada de cualquier medida de carácter regresivo relativa al derecho a participar en la vida cultural *requiere un estudio pormenorizado, y debe justificarse plenamente* en relación con la totalidad de los derechos contemplados en el Pacto y en el contexto de la plena utilización del máximo de recursos disponibles" (CESCR, 2010, párr. 65) (énfasis añadido); Declaración del CESCR: "cuando no se adoptan medidas o éstas son de carácter regresivo, *corresponde al Estado Parte probar que la decisión pertinente se basó en el examen más exhaustivo posible y que está debidamente justificada* en relación con la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto y por el hecho de que se utilizaron plenamente los recursos disponibles" (CESCR, 2007, párr. 9) (énfasis añadido).

Sociales y Culturales se ha mostrado en su mayoría reticente a evaluar en forma expresa el cumplimiento estatal del Pacto con base en la prohibición de regresividad. Esto ha incluido situaciones en las que los Estados están involucrados en grandes recortes a sus programas sociales y económicos en el contexto de crisis financieras o económicas.

Por ejemplo, durante las diversas crisis económicas de la década de 1990 y principios de los 2000 en República Checa,⁹ Hungría,¹⁰ México,¹¹ Tailandia,¹² Indonesia,¹³ Corea del Sur,¹⁴ Argentina¹⁵ y Rusia¹⁶, ni el Comité ni ningún otro organismo relevante de tratados consideraron que las políticas de ajustes estructurales o los recortes de gasto público contravinieran el Pacto o algún otro instrumento internacional que protegiera los DES. En las pocas situaciones en las que el Comité estudió tales medidas, se limitó a expresar una preocupación general sobre sus potenciales efectos negativos en lugar de denunciarlas como prohibidas por el Pacto.¹⁷ Esta reticencia es consistente con la más amplia resistencia histórica del Comité a relacionar políticas presupuestarias o económicas con sus impactos sobre obligaciones específicas de DES.¹⁸

Dados los frecuentes graves impactos de las crisis económicas –y la decisión de diversos gobiernos de adoptar políticas de austeridad como respuesta a ellas–

⁹ CESCR (2002).

¹⁰ CESCR (1992b).

¹¹ CESCR (1999a).

¹² Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) (1999, párr. 227 [destaca que "la reciente crisis financiera ha afectado al desarrollo económico y social del país e interpone obstáculos a la aplicación de la Convención"]).

¹³ CEDAW (1998, párrs. 262-311).

¹⁴ CESCR (2001); CEDAW (1998, párrs. 347-386).

¹⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés) (2001, párr. 9 [señala que los índices de pobreza y desempleo de la población indígena y de otros sectores vulnerables se han incrementado como consecuencia de la crisis económica]); CEDAW, (2002, párrs. 339-369); Committee on the Rights of the Child (CRC) (2002). Para más información sobre la experiencia argentina durante una crisis económica, véase Maurino y Nino (2014).

¹⁶ CRC (1993, párr. 8); CRC (1999).

¹⁷ Véase Sepúlveda (2003, p. 325, citando, por ejemplo, las Observaciones finales del CESCR sobre Mauricio [1994], Nigeria [1998] y Alemania [1999] en torno a la introducción de cuotas escolares). Véase, por ejemplo, CESCR (1993; también, CESCR (1992a, párr. 152 ("El Comité observe que el período de transición política y económica en que se encontraba Hungría incluso le obligaba a tomar ciertas medidas regresivas."), si bien el Comité utiliza el término "regresivas", no lo equipara necesariamente con invalidez.

¹⁸ Véase, por ejemplo, Nolan (2014). Para una discusión más general sobre la renuencia del Comité a abordar cuestiones de política macroeconómica, véase Dowell-Jones (2004).

en el goce de los DES, es lógico preguntarse: ¿por qué el Comité se ha manifestado tan adverso a invocar la prohibición de regresividad en contextos de claros retrocesos normativos y empíricos? Es nuestra postura que, en la práctica, ciertas dificultades son evidentes.

En primer lugar se encuentran las dificultades *metodológicas* (Uprimny y Guarnizo, 2006). Juzgar si determinadas disposiciones legislativas constituyen un retroceso normativo o una disminución en la protección legal de los derechos puede ser relativamente sencillo (sin duda para jueces y abogados, quienes, por lo general, encontrarán relativamente fácil comparar normas previas y posteriores y considerar si las segundas amplían, reducen o eliminan derechos o prerrogativas otorgadas por las primeras). Sin embargo, evaluar el aspecto empírico de la regresividad es una tarea bastante más difícil.

Invocar sin equivocaciones la atribución de responsabilidad estatal requiere de un vínculo probatorio entre una conducta estatal particular (acción u omisión), por un lado (por ejemplo, actos legislativos, intervención política, asignación presupuestaria, medidas fiscales, omisiones regulatorias, etc.), y el resultado fáctico en el goce de derechos, por el otro. Construir este tipo de casos empíricos es mucho menos sencillo y requiere un cuidadoso monitoreo del grado de regresión fáctica a lo largo del tiempo. Esto puede implicar un cálculo complejo de una amplia gama de sofisticada información estadística y de otros tipos para poder evaluar el grado en que una determinada intervención política provoca un resultado adverso para los titulares de derechos. Por ejemplo, hasta hace poco era difícil obtener evidencia empírica sobre las consecuencias humanas de las políticas de austeridad, derivadas de las crisis financieras de 2008, debido a la falta de datos desglosados y en tiempo real, sin mencionar el fracaso de los gobiernos en conducir evaluaciones de impacto *ex ante* a fin de determinar el grado en el que tales políticas perjudicarían el goce igualitario de los derechos.¹⁹ Vincular los impactos producidos por las crisis a una conducta particular del Estado ha sido igualmente complejo.

¹⁹ Véase EU Agency for Fundamental Rights (FRA) (2010) ("No hay evidencia de que los Estados miembros de la UE lleven a cabo evaluaciones de impacto sistemáticas *ex ante* de las medidas de consolidación fiscal en diferentes grupos poblacionales." [traducción no oficial]). Véase también CESCR (2012c). Véase igualmente *California Hospital Ass'n v. Douglas*, 848 F Supp 2d 1117 (CD Cal 2011).

Además de los desafíos metodológicos, evaluar la regresividad en términos empíricos implicará generalmente un estudio integral de la asignación y generación de los recursos financieros y, por ende, del papel del gobierno en la economía. Al respecto, diversas escuelas del pensamiento económico sostienen posturas contrapuestas sobre el papel adecuado del sector público, con distintas implicaciones de política pública en torno a, por ejemplo, la política fiscal contracíclica vs. procíclica y la protección vs. la flexibilidad en los mercados laborales. En este contexto, los jueces y tribunales a menudo dudan en resolver sobre lo que se percibe como disputas polémicas e irresolubles respecto a ideas económicas con una supuesta incertidumbre empírica (Uprimny y Guarnizo, 2006, p. 12). Desde una perspectiva instrumentalista, podríamos preguntar ¿es razonable prescindir de ciertas garantías laborales, por ejemplo, bajo la justificación de que tales restricciones, de acuerdo con las escuelas neoclásicas del pensamiento, permiten que bajen los salarios, que las empresas nacionales se vuelvan competitivas en el ámbito mundial y que, por tanto, impulsen el crecimiento económico y más empleo?²⁰ O, desde una perspectiva neokeynesiana, ¿es necesario garantizar las condiciones laborales existentes para asegurar salarios dignos a los trabajadores –lo cual, en consecuencia, producirá la demanda agregada estable y necesaria para impulsar el dinamismo económico y la creación de empleos dignos–? (OIT, 2012a; Freeman, 2007; Howell, 2004; Kumhof y Ranciere, 2011). En el mismo sentido cabe preguntarse ¿puede justificarse a los gobiernos cuando argumentan que priorizar la reducción del déficit en este momento es necesario para disminuir costos de préstamos futuros e infundir una sensación de estabilidad, percibida como necesaria para establecer las bases fiscales para la realización progresiva de derechos en el futuro? O, por el contrario, las retracciones de gasto público a gran escala, llevadas a cabo para hacer frente a fuertes sobreendeudamientos, ¿conducirán a una trampa de austeridad, en la que la poca demanda que resulte de estos recortes al gasto público durante una recesión derive en un mayor nivel de desempleo, en menos ingresos públicos, en un mayor déficit público, en el aumento de las tasas de interés en bonos y, por ende, en una mayor necesidad de futuros recortes? Las preconcepciones ideológicas sobre el pensamiento económico a menudo yacen en el centro de

²⁰ Véase, por ejemplo, Aslund (2012).

–y acentúan aún más– la histórica resistencia de los órganos judiciales a interferir en la política económica y social, considerada como prerrogativa de los poderes Ejecutivo y Legislativo. Esto último sigue constituyendo un fuerte obstáculo para un escrutinio judicial de la política económica basado en derechos, en particular, de las medidas relacionadas con las crisis.²¹

Ante la falta de metodologías y conocimiento empírico del campo de la economía para abordar dichos temas sobre una base sólida, los debates jurídicos –incluidos los del Comité– han tendido a centrarse en la dimensión normativa más que en la dimensión empírica de la regresividad, al dejar a los operadores jurídicos con pocas herramientas para determinar su cumplimiento general en tiempos de crisis económica.

Por otro lado, la determinación de la regresividad de ciertas medidas también se ven obstaculizadas por la pluralidad de actores involucrados en el avance (y retroceso) en el cumplimiento de los DES. Muchos casos de regresividad fáctica involucran un amplio número de potenciales responsables –desde organismos supranacionales intergubernamentales, pasando por el gobierno central, hasta entidades subnacionales y privadas–. En estas circunstancias, la dificultad de identificar a los agentes responsables y sus correlativos deberes para asegurar el cumplimiento de los derechos es un segundo obstáculo para evaluar la regresividad empírica en la práctica (Sen, 2000, p. 124). En lugar del simple enfoque binario utilizado para resolver problemas de atribución en casos más sencillos de violación de derechos –por ejemplo, un desalojo forzoso–, determinar si la conducta de un gobierno resulta en un retroceso empírico a menudo requiere un *análisis policéntrico* de los actores responsables. Éste es especialmente el caso en situaciones de crisis económicas asociadas con crecientes costos de endeudamiento, determinados –en su mayor parte– por actores privados, especialmente agencias de calificación crediticia y titulares de bonos que no están sujetos a mecanismos de rendición de cuentas sobre derechos humanos u otras reocupaciones sociales. La proliferación de organismos subnacionales, nacionales, intergubernamentales y supranacionales involucrados en las crisis

²¹ Véase Kissane (2011). Véase también CESR (2012c).

económicas que asolan la región europea constituye un claro ejemplo de la complejidad para determinar y delimitar las responsabilidades pertinentes entre los gobiernos nacionales y el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Comisión Europea y el Banco Central Europeo cuando se trata de medidas de austeridad violatorias de derechos humanos.²² Tanto los órganos judiciales nacionales como los organismos de supervisión de tratados de derechos humanos de la ONU han mostrado resistencia a juzgar este tipo de demandas policéntricas, en especial aquellas relacionadas con la asignación de recursos cuando las responsabilidades son más difusas.²³

En tercer lugar, una interpretación demasiado estricta de la prohibición de regresividad puede tener *consecuencias no deseadas sobre los derechos humanos*. Petrificar la política pública o el sistema legal mediante su protección absoluta en contra de cualquier ajuste puede, en ciertas circunstancias, conducir a resultados inequitativos o incluso discriminatorios,²⁴ perpetuando los privilegios y el poder adquisitivo de las élites dominantes sobre grupos más desatendidos y marginalizados.²⁵ Visto desde una perspectiva diferente, tomar medidas adecuadas para satisfacer derechos económicos y sociales requiere en muchos casos invertir en infraestructura, instituciones públicas u órganos reguladores. La correcta combinación y equilibrio del apoyo entre los diferentes sectores económicos, y las decisiones acerca de lo que constituye una inversión eficiente a efectos de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos, variará de un país a otro y de región a región. Por ejemplo, en un país los proyectos de embellecimiento de ciudades propiamente regulados pueden incentivar el derecho a un trabajo digno, mientras que en otro tales esquemas pueden desplazar a los titulares de derechos de sus hogares y medios de subsistencia. Como se señaló líneas arriba, el PIDESC (y, de hecho, otros tratados de derechos humanos) otorga un considerable

²² Véase, por ejemplo, CESR (2012c).

²³ Véanse, por ejemplo, en el contexto del derecho a la salud, Yamin (2011, p. 344); Maestad, Ferraz, Yamin, Norheim y Gloppen (2010). Para una discusión general sobre el tratamiento judicial del policentrismo en la jurisprudencia de DES véanse Fuller (1978) y King (2008). Para una discusión del policentrismo en el contexto de la jurisprudencia de DES véase Nolan (2011, pp. 200-204).

²⁴ Un ejemplo de esto es el caso de las reformas en materia de pensiones en Colombia. Véase Colombian Commission of Jurists (2010); Uprimny y Guarnizo (2006, p. 18). Para más sobre este tema, véase Landau (2014). Un análisis del tema en el contexto interamericano, en Melish (2005).

²⁵ Para una mayor discusión sobre este punto véanse Yamin (2011), Baxi (1985, artículo 6) y Ferraz (2011).

grado de discrecionalidad a los gobiernos dados los distintos contextos y desafíos a los que se enfrentan los Estados Parte. Aunque con frecuencia la necesidad de aceptar sacrificios en la materia se exagera, carece de justificaciones sólidas y es un pretexto para mantener un *statu quo* desigual (Sen, 2000, pp. 120-1), un conjunto de criterios irrazonablemente estricto para determinar la regresividad de las medidas generaría rigidez y prohibiría ajustes a políticas sociales o económicas necesarias para proteger los DES en un contexto de condiciones macroeconómicas dinámicas (Sepúlveda, 2003, p. 428). También se ha argumentado que un estándar de no regresividad excesivamente riguroso –si establece prohibiciones estrictas sobre retrocesos sin condiciones claras sobre la permisibilidad de ajustes– tiene el efecto no deseado de sujetar a los gobiernos que han adoptado medidas positivas a lo largo de los años a un estándar de escrutinio más alto que a los que no han hecho nada (Dowell-Jones, 2004, p. 52).

La naturaleza de *emergencia* de la elaboración de políticas, durante tiempos de crisis, generalmente plantea un cuarto obstáculo para la aplicación efectiva de la prohibición de regresividad. Aplicar de forma efectiva la norma de no regresividad casi siempre involucra cuestiones sobre si es apropiado que los órganos jurisdiccionales invaliden legislaciones elaboradas y aprobadas rápidamente en un contexto de crisis, en especial cuando se trata de las implicaciones económicas de revertir políticas y presupuestos para los que ya se han asignado recursos. La reciente jurisprudencia nacional demuestra que en muchas ocasiones los tribunales han calificado de ilegales o inconstitucionales ciertas reducciones presupuestarias, pero han evitado eliminarlas, debido a las complicaciones que podría generar la reestructuración retroactiva del presupuesto. Por ejemplo, en 2012 el Tribunal Constitucional portugués estableció la inconstitucionalidad de ciertas medidas de austeridad. Sin embargo, los jueces fueron claros en señalar que el fallo no alteraría de modo sustancial la política de austeridad de la administración en los términos en que fue diseñada, sino que sus efectos se verían reflejados en presupuestos futuros (Tribunal Constitucional de Portugal, 2012).

La percepción (a veces exagerada) de urgencia de respuestas requeridas en tiempos de crisis presenta un fuerte desafío estructural para la rendición de

cuentas. Las teorías en torno a las crisis de gobernabilidad sugieren que las aparentes exigencias del momento, en conjunto con el pánico psicológico acerca del futuro, tienden a alterar los límites legales y democráticos aceptados.²⁶ En tales casos, los pesos y contrapesos a menudo se debilitan y se otorga al Poder Ejecutivo –deliberadamente o por defecto– una autoridad más amplia, con independencia de si se declara o no el estado de emergencia –o de si el momento puede siquiera describirse objetivamente como tal–.²⁷

Finalmente, la reticencia del Comité –así como de otros organismos supranacionales judiciales y no judiciales– para analizar cuándo la conducta de un Estado equivale a un retroceso de derechos en términos prácticos, es tanto causa como consecuencia del hecho de que estamos en las etapas tempranas de la evolución del *contenido normativo* de la no regresividad. En este sentido, seguimos sin contar con un conjunto de criterios equilibrados y matizados, necesarios para determinar el alcance y la aplicación del estándar. Con esta cuestión en mente, procedemos a analizar cómo ha desarrollado el Comité su entendimiento de la prohibición de regresividad.

4. La tarea de asignar significado a la prohibición de regresividad conforme al PIDESC

A pesar de los desafíos señalados en el apartado anterior, el Comité ha tomado algunas acciones para concretar el enfoque que adoptará al evaluar la aceptabilidad de medidas regresivas.²⁸ Por ejemplo, en la declaración sobre la "Evaluación de la obligación de adoptar medidas 'hasta el máximo de los recursos de que disponga' de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto", el Comité destacó que, si un Estado Parte utiliza "limitaciones de recursos" como explicación para cualquier medida regresiva que haya tomado, el Comité

²⁶ Véase Posner y Adrian (2008).

²⁷ Para un ejemplo de declaración de un estado de emergencia económica, social y ecológica en que se haya otorgado al Ejecutivo la facultad de omitir al Poder Legislativo y emitir decretos con fuerza de ley, véase Landau (2014). Para una discusión sobre el ejercicio de los poderes gubernamentales en el contexto de emergencias económicas en Argentina, véase Maurino y Nino (2014).

²⁸ Este apartado se basa en gran medida en Nolan (2014, pp. 47-52).

consideraría dicha información de país a país, a la luz de "criterios objetivos" (CESCR, 2007, párr. 10). Éstos, señaló el Comité, incluirían: el nivel de desarrollo del país; la gravedad de la presunta infracción (en particular, si la situación afecta el disfrute del contenido mínimo esencial de los derechos del Pacto); la situación económica del país en ese momento (en particular, si atravesaba un periodo de recesión económica); la existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone (por ejemplo, aquellas que resulten de un desastre natural o de un conflicto armado nacional o internacional recientes); si el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo y si buscó cooperación y asistencia o rechazó, sin motivos suficientes, ofertas de recursos de la comunidad internacional con el fin de cumplimentar las disposiciones del Pacto (CESCR, 2007, párr. 10). Sin embargo, el Comité no utilizó la oportunidad de esta declaración para definir qué califica concretamente como medida regresiva. Aparentemente, el Comité consideró que el término es autoexplicativo.

En este sentido, el concepto de medida regresiva ha permanecido oscuro. Entre otras cosas, el Comité jamás se ha pronunciado sobre la diferencia entre medidas regresivas que son "deliberadas" y aquellas que no lo son, aunque esta distinción fue introducida y reiterada por el mismo Comité.²⁹ Tampoco ha abordado de forma consistente, ni ha intentado delimitar, las circunstancias en las que una medida regresiva puede ser permisible con ejemplos concretos. Lo anterior es significativo ya que, como se precisó antes, la prohibición de medidas regresivas no es absoluta, como evidencia la declaración del Comité acerca de que

todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga (CESCR, 1990, párr. 9).

²⁹ Sepúlveda ha abordado este tema: describe la medida deliberadamente regresiva como pasos hacia atrás en el ámbito de disfrute de los DES como "consecuencia de una decisión(es) *intencional* del Estado" (traducción no oficial) (Sepúlveda, 2003, p. 323) (énfasis añadido).

Este lenguaje se replica en diversas observaciones generales,³⁰ algunas de las cuales establecen también el requerimiento de asegurar que ha habido "un examen minucioso de todas las alternativas posibles" (CESCR, 2008a, párr. 42; 2006b, párr. 21; 2006a, párr. 27; 2003, párr. 19; 2000, párr. 32; 1999b, párr. 45). En la práctica, pareciera que la única forma de probar que la reducción o eliminación de derechos que ya habían sido otorgados está justificada frente a la totalidad de derechos protegidos por el Pacto es demostrando que tal medida beneficiará, al menos, los derechos de algunos, al tener –tomando el lenguaje de las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales– "el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables" (1997, Directriz 14[d]). Por otra parte, en cuanto a la consideración de "el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga", éste parece indicar que el Estado sólo podrá justificar medidas regresivas cuando factores fuera de su control han ocasionado una disminución en los recursos de los que disponía. En cualquier caso, parece que el Estado no puede justificar medidas regresivas simplemente alegando escasez de recursos, o la necesidad de disciplina fiscal o de realizar ahorros: necesita mostrar por qué las medidas en cuestión eran necesarias para la protección de la totalidad de los derechos previstos en el Pacto.

Además, otras observaciones generales han puesto de relieve que la adopción de cualquier medida regresiva incompatible con las "obligaciones básicas" del Pacto sería inadmisibles.³¹ Debido a que la noción de obligaciones básicas se considera un elemento común de todos los DES, puede entenderse que, conceptualmente, esta condición no está limitada a los derechos abordados en las citadas observaciones generales.³² Sin embargo, sólo en una observación general el Comité

³⁰ CESCR (2010, párr. 65); CESCR (2008a, párr. 42); CESCR (2006b, párr. 21); CESCR (2006a, párr. 27); CESCR (2003, párr. 19); CESCR (2000, párr. 32); CESCR (1999b, párr. 45).

³¹ Véase CESCR (2008a, párr. 64); CESCR (2006a, párr. 42); CESCR (2003, párr. 42); CESCR (2000, párr. 48).

³² Véase CESCR (1990, párr. 10): "Sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité, así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por

ha establecido ejemplos detallados de medidas regresivas.³³ Además, sólo en la Observación General No. 19, en el contexto del derecho a la seguridad social, el Comité procedió a esbozar detalladamente algunos de los elementos clave que emplearía en caso de evaluar si una medida regresiva está justificada en términos del Pacto.³⁴

El Comité tampoco ha considerado todavía detalladamente la noción de limitación a los derechos del Pacto, prevista en el artículo 4 del PIDESC.³⁵ De acuerdo con la disposición, los Estados Parte sólo pueden someter los derechos establecidos en dicho instrumento a las limitaciones "determinadas por ley" y "sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática". La pregunta es, entonces, ¿cuál es la conexión entre la prohibición de regresividad derivada del artículo 2.1 y la "cláusula de limitación" de derechos"? Al respecto, Leckie

ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias 'hasta el máximo de los recursos de que disponga'. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas".

³³ Véase CESCR (2006b, párr. 34): "En cuanto a los demás derechos del Pacto, existe la intuición generalizada de que las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho al trabajo no son permisibles. Estas medidas regresivas son, entre otras, la denegación del acceso al trabajo a ciertos individuos o grupos, se base tal discriminación en la legislación o en la práctica, la suspensión de la legislación necesaria para el ejercicio del derecho al trabajo, o la aprobación de leyes o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas internacionales relacionadas con el derecho al trabajo. Un ejemplo de ello sería la instauración del trabajo forzado o la revocación de una legislación que proteja al asalariado contra el despido improcedente. Dichas medidas constituirían una violación de la obligación de los Estados Partes de respetar el derecho al trabajo".

³⁴ CESCR (2008a, párr. 42). Aquí, el Comité estableció que, en relación con la aceptabilidad de las medidas regresivas en el ámbito de seguridad social, examinaría cuidadosamente: "a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional".

³⁵ No obstante, algunas observaciones generales incluyen referencias al artículo 4, aunque no ofrecen una descripción completa sobre su alcance. Véase, por ejemplo, CESCR (1999b, párr. 42).

ha argumentado que cualquier medida deliberadamente regresiva limitaría el goce de los derechos del PIDESC y, por ende, requeriría una justificación que tomara en consideración lo previsto en el artículo 4 sobre las limitaciones (1998, p. 98). Sin embargo, en el contexto de la diferenciación entre el artículo 2.1 y el 2.2, algunos autores han sugerido que existe una distinción entre las limitaciones formales de derecho, por un lado, y un "nivel general de realización" de esos derechos, por el otro (UN Doc A/2929). Si uno acepta que este último es sólo un reflejo de la disponibilidad de recursos, entonces parece probable que una reducción en el nivel de disfrute o alcance de un derecho particular, motivada precisamente por el nivel de recursos disponibles, no constituiría una "limitación" en términos del artículo 4 (Alston y Quinn, 1987).³⁶

Debido a los constantes recortes de gastos y medidas de austeridad que impactan en el goce de los DES en el mundo, la reticencia inicial del Comité a establecer parámetros claros sobre medidas regresivas o limitaciones inadmisibles a los DES ha resultado problemática en la era de poscrisis económicas y financieras. En efecto, en su reporte anual de 2011, la experta independiente de la ONU (ahora relatora especial) encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, destacó que un número considerable de "medidas de recuperación" económicas adoptadas por los Estados, como recortes a los sistemas de protección social, podrían ser violatorias de la prohibición de tomar medidas regresivas (Sepúlveda, 2011, párrs. 44, 47). No obstante, no fue sino hasta mayo de 2012 que el Comité se involucró ampliamente con las crisis y sus implicaciones para los derechos del Pacto. En ese mes, el presidente envió una carta a los Estados Parte en nombre del Comité "en relación con la protección de los derechos consagrados en el Pacto en el contexto de la crisis económica y financiera" (CESCR, 2012a). En ella, dijo que "las crisis económicas y financieras y la falta de crecimiento impiden la materialización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales y pueden provocar retrocesos en su disfrute" y señaló que el Pacto prevé "importantes orientaciones, que pueden ayudar a los Estados parte a adoptar políticas adecuadas para afrontar la

³⁶ Para un argumento de que el Comité no considera a las medidas regresivas como limitaciones en términos del artículo 4, véase Müller (2009).

contracción económica sin dejar de hacer valer los derechos económicos, sociales y culturales" (pp. 1 y 2).

La parte más importante de la carta se centra en el requisito de que "todos los cambios o ajustes propuestos en materia de políticas" en respuesta a las crisis deben cumplir lo siguiente. Primero, la política debe ser una medida *provisional* que abarque sólo el periodo de crisis. Segundo, la política debe ser *necesaria y proporcional*, en el sentido de que la adopción de cualquier otra, o la simple inacción, tendría efectos más perjudiciales sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Tercero, la política no debe ser *discriminatoria* y debe comprender todas las iniciativas posibles, incluidas las medidas fiscales, para apoyar los subsidios sociales y mitigar las desigualdades que pueden aparecer en tiempos de crisis e impedir que los derechos de las personas y grupos desfavorecidos y marginalizados sean afectados desproporcionadamente. Y, por último, la política debe especificar el contenido mínimo básico de los derechos o un piso de protección social, en los términos desarrollados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y asegurar la protección de este núcleo esencial en todo momento.³⁷ Asimismo, la carta destacó las obligaciones de los Estados parte en la toma de decisiones dentro de las instituciones financieras internacionales (refiriéndose implícitamente al FMI y a las organizaciones de integración regional, como la Comisión Europea y el Banco Central Europeo) y expresó la esperanza de que los gobiernos se guiarían por sus obligaciones derivadas del Pacto al desarrollar programas internacionales y regionales para combatir las crisis (CESCR, 2012a, p. 2).

Esta carta representó, sin duda, un progreso de parte del Comité en la construcción de una doctrina más operativa sobre la prohibición de regresividad. Sin embargo, cabe destacar que la carta no menciona las palabras "medidas regresivas". Además, tampoco existe referencia alguna al lenguaje de la Observación General No. 3, en relación con la necesidad de que dichas medidas deban "justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos

³⁷ Para más sobre el concepto de "piso de protección social", véanse OIT y OMS (2011); OIT (2012b); Sepúlveda y Nyst (2012, pp. 9-10).

previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga". Más aún, aunque la carta está escrita a nombre del Comité como entidad, no es una observación general. En este sentido, es poco probable que la carta pueda considerarse siquiera *soft law*. Sin embargo, como veremos más adelante, el acercamiento del Comité al referido test en declaraciones de trabajo recientes sugiere que lo dicho en la carta podría estar en proceso de adquirir ese estatus.³⁸

Por ejemplo, en el examen del informe periódico de España de 2012,³⁹ el Comité centró su atención en una serie de medidas regresivas en términos del disfrute de DES en ese país, al recomendar "al Estado Parte que garantice que todas las medidas de austeridad adoptadas identifiquen el contenido mínimo esencial de todos los derechos del Pacto" y llamar la atención del Estado Parte a la carta del presidente (2012c, párr. 8). De manera adicional, el Comité expresó su preocupación sobre "el continuo incremento de las tasas de desempleo y del desempleo de larga duración" y recomendó "al Estado parte que evite cualquier retroceso en el ámbito del empleo, incluyendo en materia de protección de los derechos laborales de los trabajadores" (párr. 12). De igual forma, el Comité recomendó que el Estado Parte revisara las reformas adoptadas en el contexto de la actual crisis económica y financiera para asegurar que todas las medidas de austeridad implementadas mantengan el nivel de protección alcanzado en materia de derechos económicos, sociales y culturales y que, en todos los casos, tales medidas sean temporales, proporcionales y no perjudiciales para los citados derechos (párr. 17). Asimismo, el Comité exhortó al Estado Parte a evaluar el impacto de toda propuesta de recorte sobre el acceso de las personas y colectivos más desfavorecidos y marginados a los servicios de salud (párr. 19). Sin embargo, incluso en ese caso el Comité se abstuvo de declarar que dichos recortes son inadmisibles en términos del Pacto.

Un enfoque similar fue adoptado por el Comité en sus Observaciones finales sobre el informe periódico de Islandia. En este caso, una vez que había expresado

³⁸ Para una descripción general útil de las características y efectos del *soft law* en el derecho internacional, véase Thürer.

³⁹ Para más sobre el proceso del examen del informe periódico de España de 2012, véase Centro por los Derechos Económicos y Sociales (CESR) y Observatorio DESC *et al.* (2011).

su preocupación de que "pese a las medidas adoptadas por el Estado parte, la crisis financiera y económica haya afectado a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales", el Comité procedió a "recordar" al Estado los requisitos que debe cumplir cualquier propuesta de modificación o ajuste de las políticas en respuesta a las crisis económicas (2012d, párr. 6). Además, el Comité criticó los recortes efectuados por Islandia a los presupuestos del sector salud y del sistema educativo y recomendó de forma explícita que los presupuestos en dichas áreas fueran aumentados (párrs. 17 y 18). Al hacerlo, el Comité reiteró las condiciones establecidas en la carta abierta del presidente (párrs. 17 y 18), pero, nuevamente, se abstuvo de analizar si el gobierno había actuado de conformidad con sus obligaciones derivadas del Pacto.

De igual manera, en el examen de Nueva Zelanda, el Comité expresó su inquietud sobre la "naturaleza regresiva y los posibles efectos discriminatorios de las reformas del sistema de seguridad social" y su impacto sobre los derechos a la seguridad social y a un nivel de vida adecuado, en especial de los más desfavorecidos. El Comité instó al Estado a reconsiderar estas medidas, en particular, la exigencia de pruebas de trabajo, pero, nuevamente, eludió el tema relativo a la determinación de si la conducta de Nueva Zelanda constituyó un retroceso prohibido (2012b, párr. 17).

Ahora bien, un aspecto significativamente positivo de las observaciones finales de España, Islandia y Nueva Zelanda es que el Comité comienza a aplicar a casos concretos los requisitos descritos en la carta del presidente. Estas observaciones, junto con la carta de mayo de 2012, permiten observar que el Comité ha avanzado en la aplicación de los criterios de no regresividad, construyendo en consecuencia la base normativa para juristas, abogados, legisladores, organismos nacionales de derechos humanos u otros sujetos que deseen evaluar la regresividad de las medidas en casos concretos.

5. Criterios de destilación para identificar un retroceso impermisible

Entonces, ¿cuáles son las consecuencias de lo dicho en términos de argumentación legal e incidencia en relación con la regresividad como respuesta a los

periodos de crisis? Ya hemos detallado los estándares normativos establecidos por el Comité para evaluar la permisibilidad de la acción estatal en este contexto. Por tanto, estamos en condiciones de proponer un conjunto de criterios generales para evaluar en términos prácticos la regresividad prevista en el artículo 2.1 del Pacto.

En términos del trabajo del Comité, cualquier medida que dé lugar a un retroceso en la realización de los derechos ESC sólo puede considerarse permisible cuando satisfaga los siguientes requisitos: i) debe ser provisional por naturaleza y estar efectivamente limitada a la duración de la crisis (CESCR, 2012a);⁴⁰ ii) debe ser necesaria y proporcional (CESCR, 2012a; 2007, párr. 8[d]) (e incluir un estudio exhaustivo de las posibles alternativas) (CESCR, 2008a, párr. 42); iii) debe ser razonable (CESCR, 2008a, párr. 42); iv) no debe ser directa o indirectamente discriminatoria (CESCR, 2008a, párr. 42; 2012a; 2007, párr. 10[f]); v) debe poner particular atención a los derechos de los individuos y grupos desfavorecidos y marginados y asegurar que éstos no sean afectados de modo desproporcionado (CESCR, 2012a); vi) debe identificar el contenido mínimo esencial de los derechos y garantizar la protección de ese núcleo esencial en todo momento (CESCR, 2012a; 2008a, párr. 42)⁴¹; vii) debe haber incluido una participación efectiva de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas (CESCR, 2008a, párr. 42);⁴² y viii) debe estar sujeta a procedimientos de revisión significativos a nivel nacional (CESCR, 2008a, párr. 42).

Como se indicó en la introducción, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no ha sido el único que ha abordado los "pasos hacia atrás" poscrisis en términos de la realización de los DES. En el ámbito internacional, la citada prohibición ha sido reconocida en la jurisprudencia de otros órganos de vigilancia

⁴⁰ Sobre esta base, las reformas estructurales sustantivas a las condiciones laborales con efectos a largo plazo en el disfrute de los derechos laborales, no calificarían como una medida provisional. En el mismo sentido, una reducción temporal de ciertos tipos de gasto social tendrá efectos duraderos, sino incluso permanentes. Por ejemplo, un recorte a corto plazo al apoyo presupuestario para medicamentos esenciales puede tener efectos catastróficos y a veces fatales para las personas pobres que viven con VIH/SIDA, sin importar si el gobierno restablece la línea de financiamiento anterior en su próximo presupuesto anual.

⁴¹ Véase también CESCR (2007, párrs. 10(b) y 10(f)).

⁴² Véase también CESCR (2007, párr. 11).

de tratados de la ONU:⁴³ tanto el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial⁴⁴ como el Comité de los Derechos del Niño⁴⁵ la han empleado en el contexto de las observaciones finales sobre los informes periódicos de los Estados Parte emitidas después de 2008. El alcance de la prohibición de regresividad también ha sido elucidado en el trabajo de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos de la ONU,⁴⁶ y en el de la Agencia de los Derechos Fundamentales (FRA, por sus siglas en inglés) de la Unión Europea (UE).⁴⁷ Si bien históricamente la no regresividad no ha sido objeto de mayor atención por parte de los organismos regionales judiciales y cuasi judiciales con un mandato de DES, ya sean europeos,⁴⁸ africanos⁴⁹ o interamericanos,⁵⁰ esto

⁴³ En años recientes no sólo el CDESCR sino también el CERD y el CRC han expresado una fuerte preocupación por la regresividad de los niveles actuales de protección de los derechos humanos, como resultado de las medidas de austeridad adoptadas en el contexto de la crisis financiera y económica actual. Esto es compatible con una decisión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que en su décimo periodo extraordinario de sesiones del 20 de febrero de 2009 invitó a "los órganos creados en virtud de tratados, dentro de sus respectivos mandatos, a considerar cualquiera de los impactos de las crisis económicas y financieras globales sobre la realización y el disfrute efectivo de todos los derechos humanos, y considerar la posibilidad de presentar recomendaciones al respecto" (traducción no oficial) (Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 2008).

⁴⁴ Véanse CERD (2011b); CERD (2012); CERD (2011a).

⁴⁵ Véanse CRC (2012); CRC (2011); CRC (2010). Véase también "Statement by the Chairperson of the Committee on the Rights of the Child at the 66th session of the UNGA in 12 October 2011".

⁴⁶ Véase Lumina (2012). Véase también Sepúlveda (2011).

⁴⁷ Al exponer su entendimiento sobre la aceptabilidad de respuestas de austeridad a la crisis económica de 2008, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea afirmó que las medidas de austeridad deben ser "no discriminatorias, estar justificadas y seguir proporcionando un apoyo efectivo a aquellos en riesgo de discriminación" (traducción no oficial) (FRA, 2010, p. 4).

⁴⁸ La primera referencia que hizo el Comité Europeo de Derechos Sociales al concepto de regresividad en sus resoluciones fue en mayo de 2012. Véase Comité Europeo de Derechos Sociales (ECSR por sus siglas en inglés) (2012b, párr. 47). Al respecto, si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene el mandato de considerar violaciones al derecho a la educación virtud del artículo 2 del Protocolo No. 1 de la Convención, esta última es principalmente un instrumento de derechos civiles y políticos, por lo que no será considerada aquí.

⁴⁹ Hasta ahora, pese a la confianza en las declaraciones del CDESCR en el contexto de gran parte de su jurisprudencia de DES, la prohibición de regresividad no ha sido abordada de forma explícita por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, por la Corte Africana de Derechos Humanos ni por el Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño en su jurisprudencia.

⁵⁰ En sus discusiones sobre el "desarrollo progresivo" en términos del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha citado las declaraciones del CDESCR sobre la realización progresiva en términos del artículo 2.1 del PIDESC y se ha referido a la noción de medidas regresivas. Si bien inicialmente interpretó el concepto de "desarrollo progresivo" (y, como resultado de ello, los parámetros de la regresividad estatal permisible) en una manera algo distinta a la adoptada por el CDESCR, desde entonces ha seguido más de cerca el enfoque del CDESCR sobre la realización progresiva y la regresividad, citando el test establecido en la Observación General No. 3. [Véanse Corte IDH 2003, párr. 140-147; 2009, párr. 103]. En algunos casos, la Comisión Interamericana ha

ha cambiado en años recientes. En efecto, el Comité Europeo de Derechos Sociales se ha involucrado de modo particularmente explícito en su trabajo sobre los impactos negativos de las crisis y las "medidas de austeridad" en el disfrute de los DES en Europa después de 2008.⁵¹

La doctrina constitucional también ha desarrollado criterios para evaluar la prohibición de regresividad⁵² y, en varios casos, los tribunales nacionales han aplicado en diferentes grados esta prohibición (o normas jurídicas similares).⁵³ Lo notable es que los criterios empleados por los tribunales nacionales en la revisión de medidas regresivas coinciden ampliamente con los establecidos por el Comité en su práctica.⁵⁴ Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Hungría (1995) declaró la inconstitucionalidad de recortes a prestaciones sociales implementadas de conformidad con las restricciones del FMI por ser desproporcionales dado que, entre otras cosas, la medida en cuestión no protegió a los grupos vulnerables. Igualmente, en Letonia se declaró la inconstitucionalidad de legislación aprobada en un esfuerzo por reducir el déficit presupuestario del Estado mediante el recorte de pensiones, por estimar que era violatoria del derecho a una pensión dado que el Estado había omitido considerar otras alternativas menos restrictivas (Tribunal Constitucional de Letonia, 2009). En ese caso, el Tribunal Constitucional de Letonia también señaló que debían respetarse niveles mínimos esenciales, independientemente de los recursos disponibles, y que los grupos vulnerables, como las personas pensionadas, deben gozar de una protección especial. El rechazo del tribunal constitucional a la referida legislación por no incluir un plan para compensaciones futuras de las pensiones reducidas

considerado alegatos de medidas regresivas impermisibles, en particular, en el caso de la Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social. Véase CIDH (2009, párr. 134-147). En esa decisión, la Comisión Interamericana estableció que para poder evaluar si una medida regresiva es justificable en términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es necesario llevar a cabo "un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida" (párr. 140). Para una discusión sobre este punto, véase Gonzalez-Salzburg (2011).

⁵¹ Véase, por ejemplo, ECSR (2012b; 2012a; 2012c). Véase también ESCR (2012d; 2012f; 2012g). Para más sobre este tema, véase O'Conneide (2014).

⁵² Véase, por ejemplo, Uprimny y Guarnizo (2006).

⁵³ Véase Courtis (2008, pp. 34-38). Véase también el análisis de la jurisprudencia nacional siguiente.

⁵⁴ El análisis que se presenta a continuación no pretende ser una presentación exhaustiva del estudio de las cortes nacionales en torno a las medidas regresivas. Más bien, busca resaltar tendencias clave en términos del enfoque de estudio.

también coincide con las declaraciones del Comité. Por otro lado, el Tribunal Constitucional Alemán (2010) ha sostenido que las modificaciones a los sistemas de protección social (en el contexto de una inminente crisis demográfica que podría haber desembocado en última instancia en una crisis económica) deben ser compatibles con el derecho fundamental a la garantía de un mínimo vital que sea consistente con la dignidad humana –un concepto similar al del núcleo esencial–. En dicho asunto, el tribunal señaló que su función consistía en determinar si los beneficios eran evidentemente insuficientes y examinar las bases y el método de evaluación de los beneficios para establecer si estos últimos hacen justicia al objetivo del derecho fundamental en cuestión. Al hacerlo, los jueces consideraron si el legislador había elegido un método de cálculo fundamentalmente adecuado para evaluar el mínimo vital, si había verificado completa y correctamente los hechos necesarios y si había permanecido dentro de los límites de lo que es justificable de conformidad con el método elegido y sus principios estructurales en todas las etapas de valoración, y con datos plausibles. Es decir, el Tribunal consideró la razonabilidad del procedimiento legislativo.

Como último ejemplo, en 2013 el Tribunal Constitucional portugués derogó una serie de propuestas de medidas de austeridad relacionadas con el presupuesto, las cuales incluían recortes a los salarios del sector público y las pensiones, sobre la base de un trato diferenciado inconstitucional entre los sectores público y privado en el contexto del derecho al salario y del derecho a la seguridad social (incluido el derecho a recibir una pensión). Al respecto, el Tribunal estableció que la obligación de pagar una cuota por las prestaciones de desempleo y enfermedad era inconstitucional por violar el principio de proporcionalidad, toda vez que la falta de una cláusula de salvaguarda significaba que no era imposible que las cantidades de dinero involucradas fueran reducidas a un punto en el que, en algunos casos, las prestaciones pudieran caer por debajo del nivel mínimo previamente establecido en la ley, afectando a los beneficiarios en las situaciones más vulnerables.

Existe, por ende, fuerte evidencia de un creciente cuerpo de jurisprudencia, casos e interpretaciones autoritativas internacionales, regionales y domésticas, que buscan hacer frente al desafío de establecer un conjunto de prerrequisitos

operativos y un contenido normativo para la prohibición de regresividad. Esta significativa compatibilidad entre los estándares identificados y aplicados por los diferentes organismos es un reflejo de preocupaciones globales compartidas en torno al derecho y procesos de toma de decisiones públicas poscrisis que impactan en los DES. Así, las crisis económicas y financieras han situado a la regresividad –y al establecimiento de los criterios para evaluar su permisibilidad– firmemente en el mapa de la práctica legal y la producción académica de los DES.

6. Conclusión

Este artículo ha presentado la prohibición de regresividad de conformidad con el PIDESC. Hemos analizado y buscado explicar la desatención histórica a esta prohibición. Una vez establecido el marco regulatorio desarrollado por el Comité para evaluar el cumplimiento estatal con el referido principio, hemos resaltado cómo este último ha sido abordado por organismos judiciales y cuasi judiciales internacionales, regionales y nacionales en el contexto de las crisis. Por medio de lo anterior hemos dado luz al contenido sustantivo de la prohibición y de los estándares apropiados para determinar si un Estado ha cumplido o no con esta última. Así, resulta claro que las crisis y las respuestas estatales a éstas han jugado un papel fundamental en la concretización de la prohibición de regresividad.

Ahora bien, esto último no implica sugerir que los problemas metodológicos señalados en el apartado 3 hayan desaparecido. Tampoco es nuestra intención negar que subsistan preguntas normativas. Por ejemplo, al juzgar sobre casos de regresividad, ¿es preferible que los tribunales se enfoquen principalmente en la razonabilidad o proporcionalidad de las medidas del Estado, o deberían centrar su atención en la protección estatal del contenido mínimo esencial de los DES?⁵⁵ Además, si bien parece que las crisis económicas y financieras han

⁵⁵ Para una discusión acerca de estos puntos véase Contiades y Fotiadou (2012); Bilchitz (2013).

servido para hacer avanzar y desarrollar la doctrina sobre la prohibición de regresividad, resulta claro que aún hay mucho trabajo por hacer para perfeccionar los criterios identificados por el Comité y otros organismos internacionales, regionales y domésticos en la evaluación de la permisibilidad de medidas regresivas.⁵⁶

Ciertamente hemos visto progreso (o un paso adelante) en términos del establecimiento de parámetros de regresividad estatal permisible. Sin embargo, es necesario seguir avanzando, tanto en términos teóricos como prácticos, si lo que se busca es establecer una prohibición de regresividad firme y coherente en materia de DES.

Fuentes

Libros

Courtis, C. (2008), *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales. Experiencias comparadas de justiciabilidad*, Ginebra, Comisión Internacional de Juristas.

Dowell-Jones, M. (2004), *Contextualising The International Covenant On Economic, Social And Cultural Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.

Howell, D. (2004), *Fighting Unemployment: The Limits of Free Market Orthodoxy*, Oxford, Oxford University Press.

Sepúlveda, M. (2003), *The Nature of the Obligations Under the International Covenant on Economic and Cultural Rights*, Antwerpen, Intersentia.

Nolan, A., (2011), *Children's Socio-Economic Rights, Democracy and the Courts*, Oxford, Hart Publishing.

⁵⁶ Para más información sobre este punto, véase Luisiani y Nolan, "Determining Criteria for Impermissible Retrogression" (en poder de los autores).

Capítulo de libro

Landau, D. (2014), "The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures", en Nolan, A. (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 267-298.

Nolan, A. (2014), "Budget Analysis and Economic and Social Rights", en Riedel, E. et al. (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges*, Oxford, Oxford University Press, pp. 369-390.

Maurino, G. y Nino, E., "Economic and social rights and the Supreme Court of Argentina in the decade following the 2001-2003 crisis", en Nolan, A. (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 229-334.

O'Conneide, C. (2014), "Austerity and the faded dream of a "social Europe", en Nolan, A. (ed), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cambridge, Cambridge university Press, pp. 169-201.

Yamin, A. E. (2011) "Power, Suffering, and Courts: Reflections on Promoting Health Rights through Judicialization", en Yamin, A. E. y Gloppen S. (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Human Rights Program, Harvard Law School, pp. 333-372.

Artículo académico

Alston, P. y Quinn, G. (1987), "The Nature and Scope of State Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, núm. 9, pp. 156-229.

Baxi, U. (1985), "Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India", *Third World Legal Studies*, 4, article 6.

Ferraz, O. (2011), "Harming the Poor through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil", *Texas Law Review*, núm. 89, pp. 1643-1668.

Fuller, L. (1978), "The Forms and Limits of Adjudication", *Harvard Law Review*, núm. 92, pp. 353-409.

Gonzalez-Salzberg, D. (2011), "Economic and Social Rights within the Inter-American Human Rights System: Thinking New Strategies for Obtaining Judicial Protection", *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.*, núm. 18, pp. 117-154.

King, J. (2008), "The Pervasiveness of Polycentricity", *Public Law*, pp. 101-124.

Leckie, S. (1998), "Another Step Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, 20, pp. 81-124.

Melish, T. (2005), "A Pyrrhic Victory for Peru's Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity", *Revista CEJIL*, I, pp. 51-66.

Müller, A. (2009), "Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Law Review*, núm. 9, pp. 557-601.

Sen, A. (2000), "Work and Rights", *International Labour Review*, núm. 139, pp. 119-128.

Sepúlveda, M. y Nyst, C. (2012), "The Human Rights Approach to Social Protection", *Finland Ministry for Foreign Affairs*. Disponible en «www.cdp-hrc.uottawa.ca/uploads/HumanRightsApproachToSocialProtection.pdf».

Diccionarios y enciclopedias

Thürer, D., "Soft Law", en Wolfrum, R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.

Sentencias de tribunales internacionales

California Hospital Ass'n v. Douglas, 848 F Supp 2d 1117 (CD Cal 2011).

Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros ("cesantes y jubilados de la contraloría" vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009, Serie C No. 198. Disponible en «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf».

Corte IDH, Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98. Disponible en «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf».

Tribunal Constitucional de Alemania, Sentencia 'Hartz IV', 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 (9 de febrero de 2010).

Tribunal Constitucional de Hungría, Decisión 43/1995 (30 de junio de 1995).

Tribunal Constitucional de Portugal, Sentencia No. 353/2012 (5 de julio de 2012).

Tribunal Constitucional de Portugal, Sentencia No. 187/2013 (5 de abril de 2013).

Tribunal Constitucional de Latvia, Caso no. 2009-43-01 (21 de diciembre de 2009).

Otros

Aslund, A. (2012), "Lessons from Reforms in Central and Eastern Europe in the Wake of the Global Financial Crisis", Peterson Institute for International Economics, Documento de trabajo WP12-7, 2012.

CEDAW (1998), "Concluding Observations on Indonesia", en *Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Eighteenth and Nineteenth Sessions*, UN Doc A/53/38/Rev.1.

_____ (1999), "Concluding Observations on Thailand", en *Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Twentieth Session*, UN Doc A/54/38/Rev.1.

_____ (2002), "Concluding Observations on Argentina", en *Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Twenty-Sixth and Twenty-Seventh Sessions and Exceptional Session*, UN Doc A/57/38.

CESCR (1990), *General Comment No. 3*, UN Doc E/1991/23.

_____ (1992a), *Concluding Observations on Hungary*, 1 de octubre de 1992, UN Doc E/C.12/1992/2.

_____ (1992b), *Concluding Observations on Hungary*, en *Report of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Seventh session*, UN Doc E/C.12/1992.2.

_____ (1993), *Concluding Observations on Canada*, 10 de junio de 1993, UN Doc E/C.12/1993/5.

_____ (1999a), *Concluding Observations on Mexico*, 8 de diciembre de 1999, UN Doc E/C.12/1/Add.41.

_____ (1999b), *General Comment No. 13*, UN Doc E/C.12/1999/10.

_____ (2000), *General Comment No. 14*, UN Doc E/C.12/2000/4.

_____ (2001), *Concluding Observations on Republic of Korea*, 21 de mayo de 2001, UN Doc E/C.12/1/Add.59.

_____ (2002), *Concluding Observations on the Czech Republic*, 5 de junio de 2002, UN Doc E/C.12/1/Add.76.

_____ (2003), *General Comment No. 15*, UN Doc E/C.12/2002/11.

_____ (2006a), *General Comment No. 17*, UN Doc E/C.12/GC/17.

_____ (2006b), *General Comment No. 18*, UN Doc E/C.12/GC/18.

_____ (2007), *An evaluation of the obligation to take steps to the "maximum of available resources under an Optional Protocol to the Covenant*, 21 de septiembre de 2007, UN Doc E/C.12/2007/1.

_____ (2008a), *General Comment No. 19*, UN Doc E/C.12/GC/19.

_____ (2008b), "General Comment No. 12" en *Note by the Secretariat, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, 27 May 2008, UN Doc HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. 1).

_____ (2010), *General Comment No. 21*, UN Doc E/C.12/GC/21/REV.1.

_____ (2012a), Letter to States Parties dated 16 May 2012, Reference CESCR/48th/SP/MAB/SW.

_____ (2012b), *Concluding Observations on New Zealand*, 31 de mayo de 2012, UN Doc E/C.12/NZL/CO/3.

_____ (2012c), *Concluding Observations on Spain*, 6 de junio de 2012, UN Doc E/C.12/ESP/CO/5.

_____ (2012d), *Concluding Observations on Iceland*, 11 de diciembre de 2012, UN Doc E/C.12/ISL/CO/4.

CESR (2012a), *OPERA: Assessing compliance with the obligation to fulfill economic, social and cultural rights*.

_____ (2012b), *Mauled by the Celtic Tiger: Human rights in Ireland's economic meltdown*, Rights in Crisis Series, Documento informativo, febrero de 2012. Disponible en «www.cesr.org/downloads/cesr.ireland.briefing.12.02.2012.pdf».

_____ (2012c), *Fiscal Fallacies: 8 Myths about the "Age of Austerity" and Human Rights Responses*, Rights in Crisis Series, Documento informativo, julio de 2012. Disponible en «www.cesr.org/downloads/CESR-FiscalFallacies.pdf».

_____ y Observatorio DESC *et al.* (2011), *List of Issues in response to the 5th Periodic Report of Spain, Prepared for the Pre-Sessional Working Group of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 46th Session, 23-27 de mayo de 2011*. Disponible en «www.cesr.org/downloads/Spain%20Preseasonal%20Working%20Group%20Submission%20-%20CESCR%20Observatori%20DESC%20_%20CESR.pdf».

CERD (2001), *Observaciones finales sobre Argentina*, 27 de abril de 2001, UN Doc CERD/C/304/Add.112.

_____ (2011a), *Concluding Observations on Lithuania*, 2 de marzo de 2011, UN Doc CERD/C/LTU/CO/4-5.

_____ (2011b), *Concluding Observations on the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, 23 de agosto de 2011, UN Doc CERD/C/GBR/CO/18-20.

_____ (2012), *Concluding Observations on Portugal*, 20 de febrero de 2012, UN Doc CERD/C/PRT/CO/12-14.

CIDH, *Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras. "Admisibilidad y Fondo. Informe No. 38/09 de 27 de marzo de 2009"*, Caso 12.670. Disponible en «<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Peru12670.sp.htm>».

Colombian Commission of Jurists (2010), *Report on the Prohibition against Regressivity in the Field of Economic, Social and Cultural rights in Colombia*.

CRC (1993), *Concluding Observations on the Russian Federation*, 18 de febrero de 1993, UN Doc CRC/C/15/Add.4.

_____ (1999), *Concluding Observations on the Russian Federation*, 10 de noviembre de 1999, UN Doc CRC/C/15/Add.110.

_____ (2002), *Concluding Observations on Argentina*, 9 de octubre de 2002, UN Doc CRC/C/15/Add.187.

_____ (2010), *Concluding Observations on Spain*, 15 de septiembre de 2010, UN Doc RC/C/ESP/CO/3-4.

_____ (2011), *Concluding Observations on Italy*, 20 de septiembre de 2011, UN Doc CRC/C/ITA/CO/3-4.

_____ (2012), *Concluding Observations on Greece*, 6 de junio de 2012, UN Doc CRC/C/GRC/CO/2-3.

Consejo de Derechos Humanos (2008), *Resolution on the impact of the global financial and economic crises on the universal realization and effective enjoyment of human rights*, 23 de febrero de 2008, UN Doc. A/HRC/S-10/L.1.

Constitución de Kenia.

Constitución de la República de Sudáfrica.

Convención sobre los Derechos del Niño, 1577 UNTS 3.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2515 UNTS 3.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36.

Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22 al 26 de enero de 1997.

ECSR (2012a), *General Federation of Employees of the National Electric Power Corporation (GENOP-DEI) / Confederation of Greek Civil Servants' Trade Unions (ADEDY) v. Greece*, Complaint 65/2011, 23 de mayo de 2012.

_____ (2012b), *General Federation of Employees of the National Electric Power Corporation (GENOP-DEI) and Confederation of Greek Civil Servants' Trade Unions (ADEDY) v. Greece*, Complaint No. 66/2011, 23 de mayo de 2012.

_____ (2012c), *Federation of Employed Pensioners of Greece (IKA-ETAM) v. Greece*, Complaint 76/2011, 7 de diciembre de 2012.

_____ (2012d), *Panhellenic Federation of Public Service Pensioners (POPS) v. Greece*, Complaint No. 77/2012, 7 de diciembre de 2012.

_____ (2012e), *Pensioners' Union of the Athens-Piraeus Electric Railways (I.S.A.P.) v. Greece*, Complaint No. 78/2012, 7 de diciembre de 2012.

_____ (2012f), *Panhellenic Federation of pensioners of the Public Electricity Corporation (POS-DEI) v. Greece*, Complaint No. 79/2012, 7 de diciembre de 2012.

_____ (2012g), *Pensioners' Union of the Agricultural Bank of Greece (ATE) v. Greece*, Complaint No. 80/2012, 7 de diciembre de 2012.

FRA (2010), *Protecting fundamental rights during the economic crisis*. Documento de trabajo, diciembre de 2010, disponible en «http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1423-FRA-Working-paper-FR-during-crisis-Dec10_EN.pdf» [última fecha de consulta: 4 de octubre de 2013].

Freeman, R. (2007), *Labor Market Institutions around the World*, National Bureau of Economic Research, Documento de trabajo No. 13242, julio de 2007.

Kissane, J. (2011), "The Government's Approach to the Role of Economic and Social Rights in Relation to Austerity Measures", Presentación en el seminario "Economic and Social Rights in Times of Austerity", Universidad de Oxford,

1 de julio de 2011. Disponible en «www.esrinatimeofausterity.com/presentations.html» [última fecha de consulta: 4 de octubre de 2013].

Kumhof, M. y Ranciere, R. (2011), *Inequality, Leverage and Crises*, International Monetary Fund, Documento de trabajo WP10268, 2011.

Lumina, C. (2012), *Report of the Independent Expert on the Effects of Foreign Debt and Other Related International Financial Obligations of States on the Full Enjoyment of All Human Rights, Particularly Economic, Social and Cultural Rights*, 11 de junio de 2012, UN Doc A/HRC/20/23.

Maestad, O., Ferraz, O., Yamin, A. E., Norheim, O. F. y Gloppen, S. (2010), *How does litigation affect health financing?*, World Health Organization, Technical Brief Series-Brief No. 15, 2010.

OHCHR (2012), *Human Rights Indicators: A Guide to Measurement and Implementation*.

OIT (2012a), *World of Work Report 2012: Better Jobs for a Better Economy*, 26 de abril 2012.

OIT (2012b), *Recommendation R202: Social Protection Floors Recommendation (Recommendation Concerning National Floors of Social Protection)*, 101st Conference Session Geneva, 14 de junio de 2012.

_____ y OMS (2011), *Social Protection Floor for a Fair and Inclusive Globalization*.

Posner, E. A. y Adrian, V. (2008), *Crisis Governance in the Administrative State: 9/11 and the Financial Meltdown of 2008*, University of Chicago Law & Economics, Documento de trabajo No. 442; University of Chicago Public Law, Documento de trabajo No. 248; Harvard Public Law, Documento de trabajo No. 08-50; Harvard Law School Program on Risk Regulation, Documento de investigación No. 09-04, 13 de noviembre de 2008.

Sepúlveda, M. (2011), *Report of the Independent Expert on the Question of Human Rights and Extreme Poverty: The Human Rights Based Approach to Recovery from the Global Economic and Financial Crises, with a Focus on Those Living in Poverty*, 17 de marzo de 2011, UN Doc A/HRC/17/34.

Uprimny, R. y Guarnizo, D. (2006), *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana*. Documento de trabajo, disponible en «<https://www.dejusticia.org/es-posible-una-dogmatica-adecuada-sobre-la-prohibicion-de-regresividad-un-enfoque-desde-la-jurisprudencia-constitucional-colombiana/>».

Legislación, derechos humanos y derechos legislados*

*Legislation, human rights, and
legislated rights*

GRÉGOIRE WEBBER**

Resumen

En el discurso moderno de los derechos humanos predomina la opinión de que la legislatura representa una amenaza para los derechos. Este discurso –sostiene Webber– está basado en una serie de tesis sobre las legislaturas, los tribunales, los derechos y el bien común. Este trabajo explicita cuatro de estas tesis, asociándolas a cuatro contratesis. Las primeras dos señalan que, en vista de su diseño institucional, la principal función de la legislatura es sumar preferencias, lo cual genera parcialidad a favor de los intereses mayoritarios. Las contratesis correspondientes defienden un punto de vista distinto: la legislatura no es inherentemente parcial en contra de las minorías, es capaz de llevar a cabo una deliberación razonada y, por tanto, es apta para participar en la toma de decisiones sobre derechos humanos. El segundo grupo de tesis señala que la legislatura debe infringir derechos con regularidad para poder alcanzar otros objetivos en beneficio del interés público. Las contratesis correspondientes, en cambio, muestran cómo una comprensión profunda de los derechos resiste la oposición entre éstos y el bien común,

* Texto traducido al español por Ana Lucía Díaz.

** Canada Research Chair en Derecho Público y Filosofía del Derecho en Queen's University y Visiting Fellow en la Escuela de Economía y Ciencia Política de Londres. Correo electrónico: «gregoire.webber@queensu.ca».

así como cualquier oposición intrínseca entre los derechos y la legislación. En suma, las contratesis que Webber expone proponen una nueva visión de las legislaturas, en la que se reconoce que el derecho positivo es indispensable para la protección y promoción de los derechos humanos.

Palabras clave: derechos humanos, legislaturas, derecho positivo, análisis del caso central, especificación legislativa de los derechos, derecho de los derechos humanos.

Abstract

In modern human rights discourse, the prevailing view is that the legislature is a threat to rights. Webber argues that this discourse is grounded on a number of theses about legislatures, courts, rights, and the common good. This essay outlines four such theses and pairs them with four counter-theses. The first two theses indicate that, in light of their institutional design, the main function of legislatures is to aggregate preferences, which generates a bias toward majority interests. The corresponding counter-theses defend a different point of view: the legislature is not inherently biased against minorities, it is capable of reasoned deliberation and, therefore, it is fit to engage in decision-making about human rights. The second set of theses indicate that legislatures must regularly infringe rights to achieve other aims for the sake of the public interest. The corresponding counter-theses, on the other hand, show how a richer understanding of rights resists opposition between rights and the common good, as well as any inherent opposition between rights and legislation. In short, the counter-theses presented by Webber propose a new account of legislatures, which recognizes that positive law is indispensable for the protection and promotion of human rights.

Keywords: human rights, legislatures, positive law, central case analysis, legislative specification of rights, human rights law.

1. Sobre los terremotos y los derechos humanos

El 16 de septiembre de 2015, un terremoto de una magnitud de 8.3 sacudió Chile. Las alertas de tsunami dieron lugar a la evacuación preventiva de aproximadamente un millón de personas. La vida de mucha gente, incluyendo aquella que se encontraba en edificios altos o cerca de ellos, fue salvada por medidas legislativas que imponen estándares estrictos en los códigos de construcción y por una estrategia coordinada para responder a emergencias. Es trágico que 15 personas hayan perdido la vida a causa del terremoto; una en Valparaíso,

en donde yo me encontraba de visita en ese momento, y casi todas las demás en lugares en donde parece ser que los códigos modernos no han sido implementados. Que el número de víctimas no fue mayor, constituye un testimonio de la relación entre el derecho a la vida y las medidas positivas y legisladas.

Aunque por lo general el código de construcción chileno no es considerado como un instrumento de derechos humanos, éste dio lugar a los siguientes titulares de prensa después del terremoto de 2015 y otros más recientes: "Expertos: Los estrictos códigos de construcción salvan vidas en el poderoso terremoto en Chile" (Sánchez, 2014); "Terremoto y tsunami en Chile: evacuación masiva y códigos de construcción ayudan a reducir la pérdida de vidas" (UNESCO, s. f.). Dichos códigos de construcción establecen diferentes requisitos dependiendo del suelo subyacente, la altura, el peso y la categoría de riesgo de la construcción propuesta (por ejemplo, si se trata de edificios de almacenamiento de productos agrícolas, o bien de edificios de oficina o residenciales), entre otras consideraciones. Los códigos desarrollan estrictos requisitos de cumplimiento y aplicación para las paredes de hormigón armado, el acero estructural y otras cuestiones técnicas relacionadas. Dichos requisitos no tienen la majestuosidad de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual afirma en su artículo 3 que "Toda persona tiene derecho a la vida", reiterado en el artículo 2 de la Convención Europea con una referencia específica a la necesidad de generar derecho positivo: "El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley". Sin embargo, la responsabilidad especial que tiene el derecho positivo de proteger el derecho a la vida de todas las personas se lleva a cabo de distintas maneras, en ocasiones de forma directa, al prohibir acciones perjudiciales para la vida, y en ocasiones de forma menos directa, al regular actividades que suponen riesgos significativos para la vida humana, como la construcción de edificios en áreas que son propensas a terremotos. Las leyes penales que regulan los homicidios, la reclamación de daños por muerte injusta, las regulaciones de seguridad en el trabajo y las reglas de tránsito realizan y especifican el derecho a la vida. Esa labor de realización y especificación afronta gran complejidad. En comunidades que enfrentan riesgos graves a la vida debido a los terremotos, la legislatura asegura el derecho a la vida mediante códigos de construcción que implementan las lecciones de la ingeniería y el diseño sísmico.

Esta esencial función legislativa ha quedado a la sombra de los avances en la teoría y práctica judicial con respecto a los derechos. Como Jeremy Waldron ha reconocido desde hace tiempo, "la legislación y las legislaturas tienen una mala reputación en la filosofía del derecho y la filosofía política" (Waldron, 1999a, p. 1). Por ejemplo, resulta revelador que Lord Neuberger, expresidente de la Corte Suprema del Reino Unido, ha señalado que antes de la ratificación de la Convención Europea por parte del Reino Unido en 1951 "el Reino Unido simplemente no reconocía derechos humanos por otro medio que no fuera el *common law*" (Neuberger, 2014, par.1). Su descripción omite cualquier mención a la legislación anterior a 1951 que protege y promueve derechos que fueron identificados más tarde en la Convención Europea, como las Representation Acts, Habeas Corpus Acts, Education Acts, la legislación para el empleo industrial y la National Health Service Act de 1946, por nombrar algunos ejemplos. Una implicación de la afirmación de Lord Neuberger es que el Reino Unido no reconocía el derecho contra la esclavitud hasta que se adoptó el artículo 4 de la Convención, a pesar de la existencia de la Slavery Abolition Act de 1833. Esta implicación es reafirmada en su invitación a contrastar el "oscurantismo" que precede al año 1951, con la "era de la ilustración" propiciada por la Human Rights Act de 1998, que hizo efectiva la Convención Europea dentro del derecho doméstico británico. Esta forma de entender la relación entre la legislatura y los derechos se manifiesta en las sentencias de los máximos tribunales, como al leer a Lord Hope, de la Corte Suprema del Reino Unido, señalando que "los jueces, que no son electos, se encuentran en una mejor posición para proteger los derechos de las personas, incluyendo a aquellos que son [...] despreciados por la mayoría", mientras que "los miembros electos de la legislatura [...] se encuentran en una mejor posición para juzgar qué es acorde con el interés superior del país en su conjunto".¹

Esta visión truncada puede evitarse al incorporar a las legislaturas como parte de la historia de los derechos humanos. En *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation* (Webber, Yowell, Ekins, Köpcke, Miller y Urbina, 2018), cinco autores y yo hemos buscado desarrollar una exposición filosófica

¹ AXA General Insurance vs. The Lord Advocate [2011] UKSC 46 [49].

de la legislación y de la legislatura, articulando cómo es que los derechos humanos son asegurados mediante la minuciosa labor cotidiana de las legislaturas que buscan formular leyes para promover y proteger derechos humanos. Nuestro objetivo es recalibrar las premisas del debate de los derechos humanos, de tal forma que el proyecto de asegurarlos esté basado en fundamentos filosóficos y jurisprudenciales más fuertes.

En el discurso moderno de los derechos humanos, la idea de que la legislatura actuará en contra de los derechos humanos y sólo un catálogo de derechos aplicado por los tribunales puede asegurar un compromiso con los derechos se ha vuelto axiomática. Ese axioma vigoriza a los derechos humanos en la práctica jurídica y en la literatura especializada que interactúa con esa práctica.² La idea de que la legislatura es una gran amenaza para los derechos y los tribunales son el principal o único foro en el que los derechos humanos pueden reivindicarse, típicamente al corregir los abusos de la legislatura al aplicar un catálogo de derechos, se ha asentado en gran parte de la práctica judicial y de la teoría sobre los derechos. Dicha teoría y práctica sostiene que un catálogo de derechos garantiza a los derechos humanos y que la legislación es una amenaza permanente a esa garantía. Este discurso está basado en una serie de tesis distintivas sobre la naturaleza de las legislaturas, los tribunales, los derechos y el bien común. En el discurso de los derechos humanos, en forma muy frecuente, estas tesis simplemente se asumen o se encuentran implícitas, sin ningún tipo de análisis o defensa.

En este ensayo, cuatro de esas tesis son expuestas y asociadas a cuatro contra-tesis.³ Como revisaremos más adelante, las cuatro tesis que se cuestionan no son de un mismo tipo. Las primeras dos (secciones II y IV) hacen afirmaciones sobre las legislaturas que no son sólo normativas, pero tampoco reportan meras

² Aunque los principales instrumentos legales y tratados con los que trabajamos—la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos, el Human Rights Act del Reino Unido—recurren, al igual que nosotros, a la expresión "derechos humanos", podríamos utilizar las expresiones "derechos fundamentales" y, de ser apropiado, "derechos constitucionales", términos empleados más o menos como sinónimos en gran parte de la teoría constitucional y el derecho de los derechos humanos.

³ La siguiente discusión se apoya en Webber, Yowell, Ekins, Köpcke, Miller, y Urbina (2018), especialmente en el capítulo 1.

observaciones empíricas. Más bien, expresan una visión sobre las capacidades de las legislaturas, lo que pueden hacer de forma especialmente apropiada, dado su diseño y composición institucional. Las contratesis correspondientes (secciones III y V) también están enfocadas en el aspecto institucional y ofrecen una comprensión diferente, y más acertada, de la capacidad relativa del órgano legislativo como una institución en relación con los derechos. El segundo grupo de tesis (secciones VI y VIII) hace afirmaciones sobre los derechos, su relación con el bien común y su derrotabilidad. Las contratesis correspondientes (secciones VII y IX) proporcionan un entendimiento distinto de los derechos, mostrando cómo una comprensión más profunda de los derechos resiste la oposición entre éstos y el bien común y, de modo similar, resiste cualquier oposición inherente entre los derechos y la legislación. Estas contratesis, consideradas en su conjunto, proponen una nueva visión en la que los órganos legislativos no están definidos en oposición a los derechos humanos, sino que son reconocidos en su capacidad para desempeñarse como colaboradores plenos y prioritarios en la iniciativa de protegerlos y promoverlos. Este argumento no es ingenuo sobre el desempeño de las legislaturas en el mundo real (sección X), pero sí comprende cómo el derecho positivo, y especialmente la legislación, es central e indispensable para el proyecto de los derechos humanos y para cualquier entendimiento robusto del derecho de los derechos humanos (sección XI). Como argumentamos en *Legislated Rights*, una teoría sólida de los derechos humanos debe ser consciente de las capacidades únicas que tienen las legislaturas para realizar derechos en una comunidad.

2. Primera tesis: la principal función de la legislatura

Una de las tesis que inhibe la comprensión de la función de la legislatura es la afirmación de que la principal función de la legislatura es promover el bienestar general al sumar preferencias o al maximizar la utilidad total (primera tesis) (Webber *et al.*, 2018, p. 4-6). El escepticismo sobre la capacidad de la legislatura para proteger derechos humanos en ocasiones se centra en la susceptibilidad de ésta a la demagogia, a las pasiones pasajeras y a la corrupción, pero hay otros

tipos de escepticismo que son más profundos.⁴ Algunos teóricos sostienen que, incluso cuando la legislatura está libre de estas fallas eventuales, su función no abarca la deliberación razonada sobre derechos humanos o los principios morales que los informan. Más bien, el órgano legislativo promueve el bienestar social en un sentido agregativo y ésta –se dice– es su función esencial.⁵ Ronald Dworkin incluso llega a referirse al proceso político como una "máquina" o "computadora" que cuenta y registra todas las preferencias en la sociedad para poder "traducirlas" en leyes (Dworkin, 1977a, p. 10; 1985, p. 366). Esta concepción de la actividad legislativa lleva a algunos teóricos a aceptar o tratar al utilitarismo como el principio sobre el cual se espera que las instituciones legislativas deliberen, incluso si el cálculo utilitarista no constituye el estándar último de la justificación política (Dworkin, 1977c, pp. 22 y 90).⁶ Desde este punto de vista, la suma de preferencias sustituye a la deliberación razonada. Otros teóricos, aunque aceptan que los legisladores en lo individual pueden y deben participar en la deliberación razonada, sostienen que en su conjunto –y por lo tanto la legislatura– no participan colectivamente en el tipo de razonamiento que caracteriza a la agencia humana.⁷ Por tanto, los representantes en los órganos legislativos participan en debates y los procesos legislativos pueden, de modo similar a una máquina, producir textos investidos de autoridad, pero esos textos no son el producto de la deliberación razonada; la legislatura es institucionalmente incapaz de razonar como un agente.

Es difícil fundamentar una visión sobre la legislación como un aspecto central para la protección y promoción de los derechos humanos, desde este punto de

⁴ Por ejemplo, Ronald Den Otter (2009, p. 19), señala que "la lógica más honesta para la práctica del control judicial está basada en una óptica pesimista sobre la probabilidad de que los ciudadanos comunes o sus representantes electos podrían tomar decisiones sobre casos constitucionales importantes de forma competente". Véase también Waluchow (2007, p. 265) quien señala: "[los] legisladores frecuentemente están preparados, no sólo para comprometer o negar derechos constitucionales con tal de calmar a un electorado potencialmente resistente o incluso hostil; podrían optar por no abordar siquiera las cuestiones relevantes sobre derechos constitucionales".

⁵ Véase, por ejemplo (Riker, 1982); Lord Hope, en *Axa General Insurance Limited vs. The Lord Advocate* [2011] UKSC 46 [49]; Steyn (2004); Eisgruber (2001) y Fiss (2006).

⁶ Para una discusión crítica, véase Yowell (2007, p. 93).

⁷ Véase Gardner (2007a, p. 59), Raz (2009, capítulo 11), Waldron (1999b, capítulo 6). Para una discusión crítica, véase Ekins (2012, capítulo 4).

vista. Aquellas voces influyentes cuyas ideas son capturadas por la primera tesis no pretenden plantear *a)* una afirmación auténticamente normativa, una aspiración –la legislatura *debería* maximizar utilidades, y sería *bueno*, tomando todos los factores en consideración, que lo hiciera–, ni *b)* una observación meramente empírica, un hecho –la legislatura *siempre* y en *todas partes* maximiza utilidades–. Más bien, expresan una idea sobre lo que la legislatura puede hacer de manera especialmente *apropiada*, lo que es característicamente *capaz* de hacer, en vista del tipo de institución que es. Un órgano legislativo, desde este punto de vista, es mejor que cualquier otra institución gubernamental para sumar preferencias o maximizar utilidades. En esa medida, y significativamente, es *peor* que otras instituciones gubernamentales (en particular, peor que los tribunales) para asumir responsabilidad por los derechos. Es peor porque no es apta para cumplir con ese objetivo. Y puesto que es peor, carente de aptitud para cumplir con ese propósito, importa poco si la legislatura intenta proteger derechos. El órgano legislativo puede, de manera legítima, limitarse primordialmente a aquello que es capaz de hacer –sumar preferencias– en el marco de un sistema constitucional que debidamente circunscribe al Poder Legislativo al subordinarlo, cuando resulta necesario, a los tribunales como garantes por excelencia de la rectificación moral y del respeto por los derechos.

Como una visión sobre la *capacidad relativa* de la legislatura, la primera tesis combina elementos normativos y empíricos. Una vez que esta visión es desentrañada adecuadamente, nosotros sostenemos que no resiste un escrutinio y merece ser abandonada en favor de una visión muy diferente y positiva sobre la capacidad relativa de la legislatura para proteger derechos.

3. Primera contratesis: el caso central de la acción legislativa

En oposición a la primera tesis, mis coautores y yo argumentamos que la legislatura es capaz de llevar a cabo una deliberación razonada y conforme a principios y que el caso central de la acción legislativa consiste en la deliberación razonada para promover el bien común, que tiene como preocupación el bienestar y los

derechos de todas las personas en la comunidad (primera contratesis) (Webber *et al.*, 2018, p. 6). El listado de derechos y principios contemplados en los instrumentos de derechos humanos establecen un bosquejo del bien común a través de una serie de valores humanos, bienes y necesidades, incluyendo la vida, la libertad, la seguridad, la igualdad, la privacidad, la vida familiar, la propiedad, la religión, la expresión, la asociación, y la reunión. Al legislar por el bien común, la legislatura no debería estar dispuesta a ignorar los intereses o a sacrificar las necesidades y bienes, justos y vitales, de ciertas personas. El bien común, entendido como aquellas condiciones que permiten que cada uno de los miembros de la comunidad materialice su propio bienestar, rechaza las concepciones agregativas del "mayor beneficio", conforme al cual los valores, las necesidades o los bienes de algunas personas pueden ser sobrepasados por los intereses o los valores, las necesidades o los bienes de un número de personas aún mayor. Las teorías que adoptan una concepción agregativa del bienestar general y que restan importancia o ignoran la relevancia de los derechos –como el utili-tarismo clásico– deberían ser rechazadas, incluso como guía provisional para la deliberación legislativa.

La legislatura es capaz de llevar a cabo un razonamiento genuino conforme a principios, y sus deliberaciones pueden –y deben– estar basadas en los principios más fundamentales del razonamiento práctico. La primera contratesis formula una afirmación sobre la *capacidad* legislativa, que metodológicamente está relacionada con la *acción* legislativa, con la intención de articular la *naturaleza* de la legislatura, la cual es formulada al hacer referencia a las *razones a favor* de las legislaturas en los sistemas constitucionales. Las reglas que gobiernan el proceso legislativo no están diseñadas para sumar preferencias, sino para permitir que la legislatura cambie la ley con base en razones. Las exposiciones teóricas sobre la legislatura y su función en relación con los derechos humanos se equivocan al asumir la tesis escéptica manifestada en la primera tesis, en lugar de prestar atención a las razones a favor de la acción legislativa.

Al desarrollar esta contratesis, las razones a favor de la acción legislativa ayudan a articular un caso central de la legislatura y de la legislación (Webber *et al.*,

2018, pp. 3-4). Varios filósofos del derecho⁸ recurren a la idea del "caso central", no para negar la realidad de los casos no-centrales del orden jurídico, de la legislación, las legislaturas, las constituciones, etcétera, sino para dar prioridad explicativa en los argumentos filosóficos a aquellos casos que responden plenamente a las razones a favor de introducir un orden jurídico, legislación, legislaturas, constituciones, etcétera. El análisis del caso central es una forma de aproximarnos al estudio de las legislaturas y de la legislación que no pretende encontrar el elemento común a todas las legislaturas que han existido, o algún subconjunto de dichos elementos a través del tiempo y la geografía. Es una forma de aproximarnos al estudio de las legislaturas y de la legislación que mantiene una visión clara sobre la relación entre un argumento filosófico y la historia, la sociología y la antropología, haciendo uso de estas últimas investigaciones sobre las cuestiones humanas –todas sujetas a un tiempo y lugar y buscando identificar verdades particulares– para informar, pero no para determinar, sujetar o limitar la búsqueda de verdades generales.

Si uno estudia las legislaturas y la legislación de un tiempo y lugar, uno atiende las razones y la autocomprensión de las personas de dicho tiempo y lugar: sus razones para introducir y mantener una institución y sus leyes. Pero ¿qué sucede si el objetivo es emprender un proyecto filosófico, buscando entender a la "legislatura" y a la "legislación" sin circunscribir el alcance del estudio a *esta* o *aquella* legislatura o a *esta* o *aquella* legislación? ¿Estaría uno limitado a estudiar las razones de las personas ubicadas en un lugar determinado, tal y como ellas las entendieron? Si uno está limitado de esta forma ¿Puede existir una teoría general de las legislaturas y de la legislación? La respuesta es que uno no está limitado de esa forma y, por tanto, puede existir una teoría general. Como señalamos en *Legislated Rights*, el caso central de la legislatura y de la legislación pretende otorgar "prioridad explicativa en un argumento filosófico a aquellos casos que responden plenamente a las razones a favor de introducir [...] legislación

⁸ Véanse Hart (2012, p. 123, 81); Raz (2003, p. 5); Gardner (2007b, p. 3; 2012, p. 228); Barber (2010, capítulo 1); Tasioulas (2012, p. 17), y, con un matiz, Waldron (2006). El método del caso es interrogado detenidamente por John Finnis, véanse, entre otros, Finnis (2011b, capítulo 1; 1998, capítulo II; 2003, p. 107).

[y] legislaturas" (Webber *et al.*, 2018, p. 3). Esas razones pueden pertenecer a personas ubicadas en diferentes tiempos y lugares. En efecto, las razones de esas personas serán datos importantes al reflexionar cuáles son las razones realmente buenas para introducir y mantener una legislatura y legislación. En *Legislated Rights*, señalamos las cláusulas de "paz, orden y buen gobierno" de las constituciones de Australia y Canadá para informar nuestras reflexiones sobre las razones a favor de las legislaturas y de la legislación (Webber *et al.*, 2018, p. 3); podríamos haber señalado la referencia que hace la Declaración de Independencia de los Estados Unidos sobre la necesidad "de asegurar derechos [inalienables]" como una razón por la cual "los hombres han instituido gobiernos" (1776, párrafo 2), una idea que también es manifestada en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que afirma que "la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre" es la "meta de toda asociación política" (1789, artículo 2). En un argumento filosófico, éstas no se convierten en buenas razones por ser mencionadas en instrumentos constitucionales de gran importancia. Pero el hecho de que personas de gran importancia hayan considerado que son buenas razones para establecer legislaturas y para orientar el sentido de sus actividades es significativo para alguien que busca interrogar cuáles son las razones verdaderamente buenas, si las hay, a favor de introducir legislación y legislaturas.

Para aquel que busca verdades generales sobre las legislaturas y la legislación, las razones realmente buenas serán buenas razones para todos porque, hasta donde uno puede juzgar, las buenas razones son buenas para cualquier persona.⁹ Debido a la naturaleza, que no está delimitada, de las razones realmente buenas –buenas razones que, como argumentamos en *Legislated Rights*, muestran la necesidad de establecer una legislatura y legislación en cualquier comunidad política–:

[U]no debería anticipar encontrar, en mayor o menor grado, en cualquier comunidad humana [...] aquello que, como confirman las investigaciones históricas, efectivamente

⁹ Véase Webber (2015, p. 66).

ha existido [...] prácticamente en cada una de las comunidades humanas que conocemos [Finnis, 2011a, p. 30].¹⁰

No sorprende que, aunque "con múltiples y diversas imperfecciones, así como adaptaciones y aproximaciones razonables e irrazonables" (Finnis, 2011a, p. 30), los seres humanos han respondido a razones realmente buenas y han establecido legislaturas y éstas han promulgado legislación.

De esta forma, el análisis del caso central se enfoca en aquello que es realmente *general*, no como una cuestión de frecuencia estadística u otros marcadores "no evaluativos", sino como aquello que responde a las razones realmente buenas. Una teoría sobre las cuestiones humanas que pretende ir más allá de los métodos de la historia, antropología y sociología –todos estos métodos para interrogar verdades sobre los asuntos de un determinado tiempo y lugar– debe evaluar cuáles son las razones realmente buenas a favor de las acciones y prácticas humanas. Con este objetivo, el teórico de las cuestiones humanas debe "decidir cuáles son los requerimientos del razonamiento práctico" que guardan relación con el objeto de estudio (Finnis, 2011b, p. 16). La respuesta a esta pregunta nunca queda resuelta en función de lo que el teórico piensa en un momento determinado, sino que siempre está abierta a lo que debería pensarse, ya sea por el teórico o por cualquier otra persona.

De este modo, el análisis del caso central se enfoca en lo general, pero sin pasar por alto o eliminar las particularidades que, al ser evaluadas conforme al caso central, serán valoradas como no centrales. Como explicó John Finnis al reintroducir el método del caso central en el estudio jurisprudencial del derecho:

Uno puede diferenciar lo desarrollado de aquello que no se ha desarrollado en las cuestiones humanas, lo sofisticado de lo primitivo, lo próspero de lo corrupto, el buen ejemplar del caso desviado, lo "directo", "dicho simplemente" (*simpliciter*), y "sin cualificación" de "en cierto sentido", "por así decirlo", y "de cierto modo" (*secundum quid*); pero todo ello sin ignorar o desvanecer a otra disciplina aquello que no se ha

¹⁰ En el fragmento citado Finnis habla sobre "el derecho", pero la fuerza del argumento es aplicable, *mutandis mutandis*, al caso central de la legislación y de las legislaturas.

desarrollado, lo primitivo, lo corrupto, lo desviado, u otra instancia "cualificada" o "extendida" del objeto de estudio [Finnis, 2011b, pp. 10-11].

La patología y disfuncionalidad institucional pueden ser "normales" en un sentido empírico: puede ser estadísticamente frecuente en cualquier horizonte de tiempo o ubicación geográfica en la que uno se enfoque. Pero esta normalidad empírica *no es normal* cuando se evalúa con base en el estándar normativo del caso central, que entiende a la legislatura como una institución que tiene la responsabilidad de "asegurar los derechos humanos, como componente integral de la promoción del bien común de la comunidad política en toda su complejidad" (Webber *et al.*, 2018, p. 3). Frente a ese estándar, las patologías son patologías, la disfuncionalidad es disfuncionalidad: ese vocabulario señala que uno tiene en mente casos de legislaturas y de legislaciones que no son lo que una legislatura o legislación debería ser. Un enfoque centrado exclusivamente en las patologías de la legislatura puede llevarnos a formar una comprensión normativa de la legislatura que niegue que la patología es patología, transfiriendo la disfuncionalidad hacia la verdadera función de la institución.

Así, contrario a lo que sostiene la primera tesis, el punto de la legislatura no es sumar preferencias mayoritarias. La razón para establecer una legislatura no es maximizar la satisfacción de preferencias, sino cambiar el derecho en favor del bien común, lo cual requiere que la legislatura actúe con base en buenas razones a favor o en contra de cambiar el derecho. El enfoque de Dworkin en las preferencias está basado en su presuposición de que la imparcialidad requiere que evitemos fundamentar el derecho en juicios ciertos sobre lo que debería hacerse. Como señalamos en *Legislated Rights*, "ningún legislador debería incapacitarse de esta forma: debería responder a las buenas razones para generar leyes, no sólo encontrar y hacer efectivas las preferencias de los ciudadanos" (Webber *et al.*, 2018, p. 90). Ninguna legislatura razonable se dispone a "asegurar un beneficio público, cuya búsqueda conlleva interferir intencional o incidentalmente los derechos de las personas y cuya 'transgresión' (o peor, 'violación') de derechos está justificada, en caso de ser razonable (o 'proporcional')" (Webber *et al.*, 2018, p. 101). Más bien, la legislatura delibera sobre qué derechos tienen las personas y legisla para asegurar tales derechos como componentes del bien común. Considerando

esta "visión sobre los derechos y el bien común, la necesidad de tener derecho positivo en una comunidad política, [y] el lugar central de la legislación como acción razonada que forma parte de ese derecho positivo" afirmamos que la legislación, "en su caso central, no se opone a los derechos" (Webber *et al.*, 2018, pp. 10, 14, 21). Sostenemos que no hay ninguna base para considerar que cualquier tesis sobre la responsabilidad de la legislatura que le otorgue el mandato de infringir derechos es sólida. No hay buenas razones para otorgar esa autoridad a la legislatura.

Es posible hacer una analogía con las ciencias naturales. Como explicamos en *Legislated Rights*, el "estudio de la medicina procede con base en ideas sobre el funcionamiento saludable del cuerpo, lo que permite a los doctores e investigadores identificar patologías" (Webber *et al.*, 2018, p. 4). Puede ser que nunca haya existido un ser humano con un cuerpo que corresponda al caso central de un cuerpo saludable; quizá cada uno de nosotros, en nuestra composición corporal y funcionamiento, es imperfecto en formas pequeñas o grandes. Lo que hace que el caso central de un cuerpo saludable sea "central" no es, como señalamos, su regularidad empírica o su probabilidad estadística. El caso central no se construye buscando el mínimo común denominador, o una sola cosa en común, o un grupo de cosas estadísticamente frecuentes o regulares en todos los cuerpos humanos y su funcionamiento, ya sea a través de la historia de la humanidad y su geografía o en un determinado tiempo y lugar. Más bien, lo que hace que el caso central de un cuerpo sea "central" es que es plenamente lo que un cuerpo saludable debería ser. Los cuerpos reales de los humanos de carne y hueso pueden ser estudiados a la luz de este caso central, que ayuda a identificar cuando son menos saludables y, por lo tanto, son casos no-centrales en una o más formas.

Esta visión sobre el caso central de las legislaturas y de la legislación trata sobre las relativas *capacidades y disposiciones prácticas* de las legislaturas y la especial aptitud y responsabilidad que tiene la legislación para asegurar los derechos humanos. Considerando su especial enfoque en las *instituciones* y sus capacidades, la teoría constitucional ocupa un espacio metodológico intermedio entre la filosofía y el análisis empírico. Recurrir al análisis del caso central navega este

espacio intermedio al tener en cuenta que muchas legislaturas, en diferentes tiempos y lugares, no han respondido plenamente a las razones a favor de establecer una legislatura y legislación en un sistema constitucional, razones que sitúan la responsabilidad por los derechos humanos y el bien común en el centro de la responsabilidad legislativa. El análisis del caso central de la legislatura ayuda a mostrar *cómo* los órganos legislativos en diferentes tiempos y lugares no han sido lo que *deberían* ser. Ninguna investigación empírica comparada puede proporcionar este argumento filosófico, pero el argumento filosófico tampoco puede pasar por alto las realidades empíricas.

4. Segunda tesis: una institución mayoritaria que es parcial

Una segunda tesis sostiene que la legislatura, a diferencia de un tribunal, es institucionalmente parcial a favor de los intereses mayoritarios y en contra de las minorías y, por lo tanto, no es apta para tomar decisiones conforme a principios sobre los derechos humanos (segunda tesis) (Webber *et al.*, 2018, pp. 6-8). De acuerdo con esta tesis, el órgano legislativo funciona bien al realizar la tarea de sumar preferencias (que le es asignada por la primera tesis) y, por lo tanto, se le pueden encomendar ciertas decisiones sobre gastos, tributación, distribución de recursos y otras cuestiones amplias de política pública; sin embargo, algunos aspectos básicos de su estructura institucional generan que la legislatura sea sistemáticamente parcial en contra de las minorías. El voto mayoritario en las legislaturas, junto con el voto mayoritario o pluralista para elegir a los representantes de la cámara legislativa, condicionan a que el proceso legislativo se ocupe de los intereses de la mayoría del electorado. La legislación presuntamente se justifica con base en que es un acto de la mayoría; en consecuencia, es necesario contar con un catálogo de derechos aplicado por los tribunales para proteger los derechos e intereses de las minorías frente a las mayorías legislativas que son activamente prejuiciosas en su contra, o que desatienden sus derechos o intereses debido a una propensión hacia las preocupaciones de la mayoría. Los tribunales se encuentran en una buena posición para proteger a las minorías y sus derechos, en parte, debido a su independencia y papel contramayoritario, y en parte, debido a la legitimación que tiene incluso un

solo litigante para desafiar las decisiones tomadas por (o con la aprobación de) la mayoría.

La expresión más concentrada e influyente de esta aproximación teórica es la tesis del doble foro de Dworkin y su teoría de los derechos como cartas de triunfo frente al bienestar general. Para Dworkin, la segunda tesis (la legislatura actúa con parcialidad a favor de las mayorías) es una consecuencia necesaria de su rígida versión de la primera tesis (la legislatura suma preferencias individuales). La combinación de ambas requiere que el razonamiento conforme a principios tenga lugar en una institución externa a la legislatura. La división de trabajo entre los dos foros (los tribunales y la legislatura) corresponde a la distinción entre las razones y la justificación empleadas por cada institución. Los derechos son una cuestión de principios –"un requerimiento de la justicia o de la imparcialidad, o alguna otra dimensión de la moral" (Dworkin, 1977c, p. 22)– y son responsabilidad especial de los tribunales; las políticas públicas son metas por alcanzar –"generalmente una mejora en algún aspecto económico, político o social de la comunidad" (Dworkin, 1977c, p. 22)– y son responsabilidad de la legislatura. La persecución legislativa de políticas públicas está presuntamente justificada, sujeta al poder de los tribunales para vencer tales persecuciones con los derechos de las personas.¹¹ Desde este punto de vista, los derechos son reivindicados cuando los tribunales defienden la pretensión de un derecho frente a la legislación que busca el bienestar general.

Esta división institucional de razones y de trabajo es inherente al análisis de proporcionalidad, que se ha apoderado de una gran parte del derecho de los derechos humanos. La estructura misma del análisis de proporcionalidad afirma parte del contenido de la tesis del doble foro, con la política pública (elaborada por la legislatura) transgrediendo derechos regularmente (interpretados y definidos por los tribunales), y con los tribunales evaluando la justificación de dicha transgresión en las cuestiones acerca de principios. A su vez, varios académicos defienden esta organización de la división institucional de responsabilidades,

¹¹ Véanse Yowell (2007) y Webber *et al.* (2018, capítulo 5).

sosteniendo que "la autoridad definitiva" para interpretar derechos constitucionales "descansa correctamente sobre el poder judicial", y la legislatura es responsable de "los resultados de la política pública" (Hogg, Bushell y Wright, 2007, pp. 31-32). Otros consideran que los tribunales pueden "preservar principios jurídicos" dejando "margen para que los gobiernos justifiquen excepciones proporcionales" (Roach, 2006, pp. 348-349, 362) al "ampliar el debate sobre política pública" (Roach, 2019, p. 292).

Aún así, como sostenemos en *Legislated Rights*:

[Es] un error concebir a la legislatura como una máquina o un proceso, como si de alguna forma la interacción de los legisladores se compaginara para producir resultados mediante la suma de las preferencias populares o como resultado de la competencia entre cabilderos [Webber *et al.*, 2018, p. 92].

El origen de esta idea errónea radica en no tomar en serio a la legislatura, en no seguir el razonamiento y la elección de aquellos miembros de la legislatura que aspiran a legislar correctamente.

5. Segunda contratesis: legislar sobre derechos conforme a principios

Nosotros rechazamos la concepción mayoritaria de la legislatura y sostenemos que ésta no es inherentemente parcial en contra de las minorías y es apta para participar en la toma de decisiones sobre derechos humanos conforme a principios (segunda contratesis) (Webber *et al.*, 2018, pp. 8-9). En cualquier votación ganará la mayoría de los "sí" o "no", pero es un error conceptual pensar que esto conlleva la existencia de una "mayoría" como grupo colectivo estable y unificado, que actúa a través del tiempo y transmite sus preferencias a través del proceso político.¹² El error surge, en parte, por la falta de comprensión de

¹² Véase Finnis (2011c, pp. 24-26). También, la útil distinción de Jeremy Waldron (2006, p. 1397) entre las mayorías y minorías que toman las decisiones (los "sí" y "no") y las mayorías y minorías "tópicas" ("los grupos mayoritarios y minoritarios cuyos derechos están en juego en una decisión").

las dinámicas de una sucesión de votaciones¹³ y, en parte, por pasar por alto la complejidad del público votante y las razones para votar.¹⁴ En un plano más fundamental, sin embargo, este análisis no es adecuado para explicar la forma en la que actúa la legislatura.

En su importante obra jurisprudencial, *El concepto de Derecho*, HLA Hart mostró que la comprensión plena de un sistema jurídico requiere que otorguemos un lugar central al punto de vista interno; esto es, el punto de vista de la persona que ve el derecho como una razón para actuar. Hart extendió este enfoque interno a su noción del "legislador consciente", quien delibera con base en sus "creencias y valores" y en "su sentido de lo que es mejor" sobre las decisiones legislativas (Hart, 2012, pp. 273-275). Así, un acto legislativo se comprende mejor al atender a las razones de aquellos que actúan, tal y como ellos las conciben. Desde el punto de vista interno, enfocarse en "la mayoría" es una distracción. Los legisladores no emiten sus votos *porque* consideran a "las convicciones morales de la mayoría sobre cómo deberían vivir los demás" como el fundamento de las decisiones políticas.¹⁵ Los legisladores individuales cuyos votos, en su conjunto, constituyen la mayoría a favor de una propuesta legislativa, la apoyan porque consideran que existe una cuestión que requiere acción legislativa. Apoyarse en un procedimiento de votación mayoritario no implica, como sugiere Dworkin en su explicación de la "democracia estadística", "que cualquier cosa que una mayoría o una pluralidad desee es legítima por esta razón" (Dworkin, 1977b, p. 364).¹⁶ Tampoco implica que cada uno de los miembros cuyos votos constituyen la mayoría consideran que formar parte de esa mayoría es una razón legítima o relevante al emitir su voto para aprobar la medida legislativa propuesta. Entendida desde el punto de vista de los legisladores y sus razones para apoyar u oponerse a una iniciativa, "la mayoría" no es un colectivo carente de principios e irracional y el hecho de que "la mayoría"

¹³ Véase Anscombe (1976, p. 161).

¹⁴ Como Richard Bellamy (2007, p. 241) observa "la mayoría de la legislación no es producto de una mayoría homogénea que impone su voluntad sobre una minoría electoral, sino una serie de compromisos negociados por coaliciones ganadoras de distintas minorías".

¹⁵ Como sostiene Dworkin (1985, p. 68).

¹⁶ Véase Den Otter (2009, p. 252).

(del electorado o de los legisladores) desee algo *no es*, en sí mismo, *una razón* para preferirlo.

Es cierto, e importante, que las mayorías legislativas elegidas democráticamente en ocasiones no protegen los derechos de las minorías y en ocasiones las oprimen, al igual que es cierto, e importante, que las minorías (ya sea una tribu, casta, aristocracia, oligarquía, un príncipe, u otro) en ocasiones también han oprimido a las mayorías. Nada en nuestro argumento niega que aquellos que tienen poder en ocasiones caerán en la tentación de abusar de él. Nuestro argumento tampoco requiere hacer la suposición heroica de que los legisladores siempre forman su propia opinión sobre el mérito de las propuestas legislativas, y nunca favorecen una propuesta para obtener ventajas partidistas en vez de hacerlo por el bien común. Existen varias formas en que las legislaturas y los legisladores en lo individual pueden desviarse del caso central y un gran número de ejemplos en los cuales lo han hecho. Sin embargo, lo que no tiene soporte histórico es la afirmación genérica de que las legislaturas democráticas son intrínsecamente parciales contra las minorías. Esa afirmación, en ocasiones expresada y en otras asumida, se ha utilizado para justificar un extenso papel de supervisión por parte de los tribunales. El debate sobre las funciones institucionales de las legislaturas y de los tribunales requiere una comprensión robusta de las prácticas de ambos. Esa comprensión se encuentra informada, pero no agotada, por una cuidadosa referencia histórica. Dicha referencia incluye una consideración sobre cómo las legislaturas, gobernadas por procedimientos de votación mayoritaria, amplían el derecho positivo para proteger los derechos humanos de los grupos minoritarios. Más importante aún, la afirmación de que las legislaturas democráticas son inherentemente parciales contra los intereses minoritarios confunde una aberración por el caso central, sin comprender que cuando la legislatura comete una injusticia y vulnera derechos humanos, se está desviando de (está dejando de cumplir con) su responsabilidad de legislar por el bien común.

No negamos la realidad de aquellos casos en que la legislación ha violado derechos humanos en el pasado, o de legislaturas, en el pasado y presente, cuyos miembros no actúan por buenas razones sino como herramientas de un estado

o partido al estilo *politburó*. No obstante, negamos que esa legislación fuera un caso central de acción legislativa. Los malentendidos sobre la legislatura que tienen como punto de partida las visiones escépticas de la primera y segunda tesis culminan en la tercera y cuarta tesis, que tienen, como veremos, la sorprendente consecuencia de concebir a la legislatura como una institución que cumple con su función, precisamente, al infringir derechos humanos.

La presunción generalizada de que hay una disyuntiva entre la razón (judicial) y la voluntad (legislativa) es engañosa, pues no percibe que una acción razonable conlleva el ejercicio de la voluntad para responder a razones. Tampoco percibe que el valor del derecho, en general, y de la legislación, en particular, radica en su centralidad para lograr el orden estable y razonable que resulta necesario para que las personas aseguren su bien común. También se desafía el entendimiento del acto legislativo como una suma de preferencias o de votos racionales. El ejercicio del Poder Legislativo implica responder con inteligencia a las razones para cambiar el derecho. Esta respuesta no queda completamente establecida a través de la razón –de modo que la legislación meramente declara lo que el derecho ya debería ser–, sino que es un ejercicio de la voluntad para determinar cuál, entre los distintos rumbos de acción, será la elección de la comunidad. Concebir a la legislación de esta manera proporciona las bases para una mejor comprensión de la relación entre los derechos y la legislación: los instrumentos de derechos humanos de contenido indeterminado informan la deliberación legislativa con miras a adoptar derechos humanos específicos, que son el objeto de la decisión legislativa.

6. Tercera tesis: los derechos deben infringirse en beneficio del interés público

La tercera tesis sostiene que la legislatura actúa en oposición a los derechos humanos con regularidad y de manera permisiva, dado que debe infringir derechos para poder alcanzar otros objetivos en beneficio del interés público (tercera tesis) (Webber *et al.*, 2018, p. 10). Esta tesis se ha asentado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de otros tribunales

Europeos y del Commonwealth, entre otros.¹⁷ Que los instrumentos de derechos humanos no sólo buscan garantizar derechos sino también autorizar su transgresión, sujeto a ciertas condiciones, es una suposición que cuenta con amplio apoyo.

Al enfrentarse a una pretensión de derechos, los tribunales típicamente razonan de la siguiente forma: *a)* evaluar si la legislación vulnera un derecho requiere un análisis de dos etapas, la primera evalúa si un derecho ha sido infringido, la segunda, si esa transgresión está justificada; *b)* la distinción entre las dos etapas se basa en que la limitación de un derecho es sinónimo de su transgresión, que puede o no estar justificada; si está justificada, la transgresión permanece; si no está justificada, constituye una violación; *c)* al disociar la pregunta sobre el alcance y contenido del derecho de la pregunta sobre aquello que el derecho requiere de manera concluyente, el enfoque favorece una lectura generosa de los derechos, con la consecuencia de que los derechos comprenden muchas actividades que regularmente –y con justificación– son infringidas por la legislación; *d)* el análisis de la justificación en la segunda etapa consiste en una evaluación de proporcionalidad, con su importantísima etapa de "ponderación", y *e)* sólo en esta etapa el derecho y el titular del derecho se sitúan en sociedad y "todas las circunstancias relevantes" pueden tomarse en consideración; en la primera etapa, los derechos de los demás, así como otros requerimientos en una sociedad libre y democrática, no son determinantes. De hecho, se disuade su consideración.

El punto de este enfoque de dos etapas para evaluar una pretensión de derechos es decidir si, en el caso inmediato, el interés público contemplado en la medida legislativa tiene mayor peso que la carga impuesta sobre los intereses individuales. La jurisprudencia europea y del Commonwealth regularmente concluye que el interés público sobrepasa los intereses individuales y, por tanto, prevalece sobre los derechos constitucionalmente establecidos, con la consecuencia

¹⁷ Para una perspectiva general del enfoque de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véanse Webber (2009, capítulo 2) y Möller (2012). Para una perspectiva general de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá, Miller (2008). En general, véase Barak (2012).

de que la transgresión legalmente justificada de los derechos garantizados en forma jurídica es común. La suposición detrás de este razonamiento judicial es que la legislatura, quizá con frecuencia, tiene un deber de infringir derechos porque *no* hacerlo no tendría justificación: la transgresión es "necesaria en una sociedad democrática".¹⁸

Las consecuencias de este enfoque, generalmente aceptado, resultan familiares para los estudiantes de la jurisprudencia de los derechos humanos. Es común señalar que las pretensiones de derechos reconocidas jurídicamente por un catálogo de derechos están en conflicto. Al divulgar declaraciones difamatorias sobre otra persona, se puede decir que uno actúa conforme a su derecho a la libertad de expresión, así como quien será difamado puede ampararse en su derecho a la privacidad y a la reputación para bloquear la publicación.¹⁹ Ocurre lo mismo con el derecho de respuesta y de defensa de la persona acusada, que incluye el derecho a que su abogado contrainterrogue al quejoso sobre sus antecedentes sexuales, y el derecho de privacidad del quejoso a no ser cuestionado en audiencia pública sobre cuestiones de una naturaleza tan íntima.²⁰ Los derechos –señalan los defensores judiciales y académicos del enfoque aceptado– están en conflicto; contienden entre sí. Al no prestar atención a las personas que se encuentran en una relación con el titular del derecho, la jurisprudencia tiene dificultades para resolver el conflicto.

Desde este punto de vista, la fuente de los deberes está en el derecho. Los derechos no sólo están en conflicto entre sí; con frecuencia también están en conflicto con el derecho de una comunidad: necesariamente están en conflicto

¹⁸ Esta es la expresión utilizada en las "cláusulas limitativas" de la Convención Europea, artículos 8(2), 9(2), 10(2), 11(2). Pueden encontrarse expresiones similares en otras cláusulas limitativas. Véase Webber (2009, pp. 59-65).

¹⁹ Véase Corte EDH, caso *Chauvy y otros vs. Francia*, petición núm. 64915/01, 29 de junio de 2004, *Reports of Judgments and Decisions*, vol. VI, p. 205, párr. 70: "dos valores garantizados por la Convención que pueden entrar en conflicto entre sí en este tipo de caso, concretamente, por un lado, la libertad de expresión protegida por el artículo 10 y, por el otro, [...] el artículo 8 de la Convención, en el marco del derecho al respeto a la vida privada".

²⁰ Véase, por ejemplo, *R vs. Mills* [1999] 3 SCR 668 (de la Corte Suprema de Canadá), párr. 63: "El conflicto se resuelve al considerar los *derechos en conflicto* en el contexto fáctico de cada caso particular" (énfasis añadido).

con una gran parte del derecho positivo, incluyendo aquellos deberes jurídicos que se encuentran más arraigados en el orden jurídico de una comunidad. Por ejemplo, Aharon Barak explora cómo la jurisprudencia respalda la idea de que los derechos incluyen "el acto de robar" y otras "actividades criminales", a pesar de que estos "derechos" están en conflicto con prohibiciones en contra de tales actos y actividades ilícitas, arraigadas en materia penal y en el derecho de daños (Barak, 2012, pp. 42-43). A su vez, Kai Möller desarrolla cuáles son las implicaciones de las profundas premisas que subyacen en la jurisprudencia, concluyendo a favor de "un derecho al homicidio" (y por implicación lógica: a la violación, a cometer un genocidio, a secuestrar, a torturar, a obtener más de lo que es debido a través del engaño, etcétera), nuevamente, a pesar de las prohibiciones en contra de tales actos que se encuentran arraigadas en el derecho.²¹ De ahí se sigue que, conforme a este entendimiento, el derecho de una comunidad reconoce y afirma los derechos de todas las personas (en un catálogo de derechos) y, a su vez, entra en conflicto inevitable e invariablemente con los derechos recién otorgados.

En ambos casos de conflicto –entre dos derechos o entre un derecho y un requisito o una restricción legal– la interpretación de derechos únicamente puede llevarnos hasta cierto punto. En caso de conflicto entre una ley y un derecho, el enfoque aceptado no concluye que el derecho *debe* prevalecer (si así fuera, quedarían muy pocas leyes); en el caso de un conflicto entre dos derechos, el enfoque aceptado no puede concluir que "el derecho" debe prevalecer sin incurrir en una petición de principio: ¿qué derecho? Así, esta aproximación a la interpretación de los derechos humanos sólo consigue contestar la pregunta "¿qué derechos tengo?", pero vacía la respuesta de cualquier importancia práctica. No proporciona una respuesta a la crucial pregunta práctica: "¿puedo *actuar* con base en los derechos que tengo?".

¿Cuál es la respuesta del enfoque aceptado sobre el derecho de los derechos humanos a esta pregunta práctica? Siguiendo el vocabulario de la Declaración

²¹ Por ejemplo, Möller (2012, pp. 77-79; 2014). Para una visión crítica, véase Webber (2014).

Universal de los Derechos Humanos, la jurisprudencia introduce una segunda evaluación, según la cual

[E]n el *ejercicio* de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las *limitaciones* establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de *los demás*, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una *sociedad* democrática (artículo 29[2]) [énfasis añadido].

Por primera vez al razonar sobre derechos bajo el enfoque aceptado hay un reconocimiento de "los demás" y de la "sociedad", pero sólo mediante el confuso lenguaje de una *limitación* al *ejercicio* de los derechos. La Convención Europea lleva esta distorsión aún más lejos al equiparar una "limitación" con una "*interferencia* de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho"; con "*sujetar*" el "ejercicio de estas libertades [...] a las formalidades, condiciones, restricciones o sanciones" y con las "*restricciones*" establecidas "sobre el ejercicio de estos derechos".²² Todo esto ha sido articulado de manera poco cuidadosa.

De esto se desprende que la interpretación de derechos produce sólo resultados *preliminares*: las respuestas interpretativas que se obtengan únicamente nos dicen si una acción o abstención se realiza en nombre de nuestro derecho, pero no si dicha acción o abstención puede o debería realizarse. Aquí el enfoque aceptado sugiere que en contraste con el derecho en sí mismo, que no tiene limitación, el ejercicio del derecho está sujeto a restricciones. Esas restricciones son capturadas por un grupo de términos más o menos intercambiables, que identifican el efecto de las limitaciones sobre varias formas de ejercer los derechos: "transgresión", "interferencia", "incumplimiento", "contravención", "invasión", "menoscabo", "afectación". Como se advierte en este vocabulario, el enfoque aceptado entiende que la restricción legal del ejercicio de los derechos es *inconsistente* con éstos, incluso si dicha regulación tiene "el propósito de asegurar el debido reconocimiento y respeto por los derechos y libertades de los demás". Con este fin, el enfoque aceptado recurre a una segunda evaluación para

²² Véanse los artículos 8(2), 9(2), 10(2), y 11(2).

examinar la *justificación* de la "transgresión", "interferencia", etcétera, de la restricción legal del ejercicio del derecho. El enfoque aceptado recurre a los estándares de proporcionalidad y ponderación para llegar a una respuesta a la pregunta realmente práctica: "¿puedo *actuar* con base en mi derecho, a pesar del conflicto que éste tiene con otro derecho o con una regulación legal contraria que infringe el ejercicio de mi derecho?".

Así, el ejercicio de derechos debe ser proporcional a (o ponderado frente a) ¿qué? Tanto la jurisprudencia como la academia del enfoque aceptado recurren de manera indiscriminada al "interés público", "al interés del Estado", "al interés general", o a "los objetivos colectivos", "los intereses colectivos", "los intereses sociales", "los objetivos de la comunidad", o a "los valores de la comunidad". Esta oposición entre los derechos y lo público, la comunidad, etcétera, es reveladora. Lleva al concepto de derecho al punto en que ser parte de una comunidad es el origen de la transgresión de derechos, en lugar de ser el fundamento para comprenderlos en forma inteligible.

En todo caso que enfrenta dificultades con la justificación de un derecho infringido, el razonamiento jurídico alude –en ocasiones de manera convincente, pero con frecuencia no– a la realidad de que uno no está solo, sino en una comunidad con otras personas. Mientras que la interpretación de los derechos está enfocada en responder si pudiera realizar *mi* acto en nombre de *mi* derecho, la justificación de las interferencias con mi acto recurre a los intereses, necesidades, bienes y responsabilidades de *los demás* como miembros de una "comunidad, puesto que sólo en ella pued[o] desarrollar libre y plenamente [mi] personalidad" (DUDH, artículo 29[1]). Al hacerlo, el enfoque aceptado se enfrenta a la pregunta: "¿la realización de este acto, con respecto a *los demás*, es conforme con aquello que está justificado en una sociedad libre y democrática?". En otras palabras: "¿está *en lo correcto* la pretensión de derechos reconocida legalmente?".

El contraste entre los derechos y lo correcto está presente cada vez que un tribunal concluye que la transgresión a un derecho está justificada. Al hacer una revisión de la regulación que prohíbe publicaciones que expongan (o tiendan a exponer)

a las personas a manifestaciones de odio, o que ridiculicen, menosprecien o supongan una afrenta a la dignidad de las personas, la Corte Suprema de Canadá comienza su análisis afirmando que, *puesto que* el discurso de odio tiene "contenido expresivo", *consecuentemente* queda dentro del alcance del derecho a la libertad de expresión del quejoso. La conclusión de la Corte señalando que "el discurso de odio es, en esencia, un esfuerzo para marginalizar a las personas" y un esfuerzo para "reducir su posición social y aceptación en la sociedad"²³ es una afirmación de que la prohibición del discurso de odio por parte de la legislatura es justa. Esa afirmación se expresa en la conclusión de que *es correcto* infringir los *derechos* de la persona que promueve el odio.* Bajo esta lectura, el respeto por ambos derechos y por la justicia es imposible.

Una confusión similar, pero más enfática, domina la evaluación que realiza la Corte Suprema de Canadá de las prohibiciones penales con respecto a la pornografía infantil. El análisis comienza por recordar que aunque "la naturaleza lasciva de la mayoría del material definido como 'pornografía infantil' puede atenuar su valor constitucional, no lo nulifica, ya que la libertad de expresión se extiende incluso al discurso ofensivo".²⁴ Sobre la justificación de la transgresión de la legislatura del derecho a la libertad de expresión de la persona dedicada a la pornografía infantil, la Corte no sólo acepta la justificación sino que afirma que "la posesión de pornografía infantil *debe estar prohibida* para prevenir un daño a las y los niños".²⁵ Para la Corte, existen razones decisivas para actuar en forma contraria al derecho: si la legislatura respeta la libertad de expresión de la persona dedicada a la pornografía infantil, estaría actuando de forma *injusta* o *injustificada*. En resumen, el derecho de la persona acusada *debe ser* infringido, pues actuar de otra forma no tendría justificación.

²³ *Saskatchewan (Human Rights Commission) vs. Whatcott* [2013] 1 SCR 467 (Corte Suprema de Canadá), párr. 71.

* En inglés tanto 'es correcto' como 'los derechos' se traducen con la palabra *right*: "It is right to infringe the hate-promoter's rights" (N. de la T.).

²⁴ *R v Sharpe* [2001] 1 SCR 45 (Corte Suprema de Canadá), párr. 27.

²⁵ *R v Sharpe*, párr. 29 (énfasis añadido). Esta última afirmación se ve matizada por la disposición de la mayoría para exceptuar "un dibujo elaborado y guardado por el acusado" puesto que, de acuerdo con la evaluación indocumentada de la Corte, dichos dibujos "parecen representar poco riesgo real para las y los niños" (párr. 59).

El enfoque aceptado nos enseña que casi todos los actos serán reconocidos por el derecho como actos realizados en nombre de los derechos legalmente reconocidos, pero *también* que el derecho infringirá, y en ocasiones debe infringir de manera justificada, muchos de esos derechos. Dicha confusión —y la consiguiente división entre los derechos y lo correcto— es inherente al deseo de disociar los derechos de las relaciones entre las personas. Esto lleva a que gran parte del discurso sobre derechos los coloque en oposición a la ley, siendo el último de éstos (a diferencia del primero) el que se preocupa por las relaciones entre las personas. Los derechos, en el enfoque aceptado, son ubicados en comunidades de personas únicamente cuando entran en conflicto entre sí y cuando son infringidos por el derecho positivo.

7. Tercera contratesis: sobre la especificación legislativa de los derechos

Rechazamos la afirmación de que el alcance de la autoridad de la legislatura implica (o se extiende a) actuar en oposición a los derechos humanos, y argumentamos, contrariamente, que la legislación que es sólida no se opone a los derechos humanos; más bien, afirma los requerimientos de los derechos humanos, al especificar los estándares amplios y orientados a objetivos incluidos en los instrumentos de derechos humanos, de modo que adopten una forma jurídica relativamente precisa (tercera contratesis) (Webber *et al.*, 2018, pp. 10-11). La legislatura razonable no se dispone a asegurar un beneficio público a través de la transgresión deliberada de derechos humanos, o incluso al aceptar dichas transgresiones como un efecto secundario. La legislación, en su caso central, no se opone a los derechos; se elabora para el bien de la comunidad y para los derechos de las personas, que forman parte integral de ésta.²⁶ Debido a que los estándares indeterminados de los derechos humanos establecidos en la Declaración Universal y en la Convención Europea necesitan ser especificados, dejan respuestas abiertas a las preguntas: ¿qué me permiten hacer mis derechos o de qué me autorizan a ser libre? ¿Quién debería hacer (o abstenerse de) qué para

²⁶ Entre aquellos que defienden que los derechos son un componente integral del bien común encontramos a Raz (1994) y Finnis (2011b, pp. 210-218).

satisfacer mis derechos? Para contestar estas preguntas, debe elegirse una serie de medidas legislativas entre las alternativas razonables y moralmente subdeterminadas, de modo que sean establecidas con autoridad.

El derecho humano a la libertad de expresión, por ejemplo, debe especificarse con respecto a la propiedad intelectual y a los derechos de autor, a la publicidad comercial, a las declaraciones falsas, al libelo sedicioso, a los secretos de Estado, y así sucesivamente. Dicha especificación no queda completamente establecida por la razón. Dentro de una zona demarcada, por un lado, por lo que la razón requiere y, por otro, por lo que la razón prohíbe, la legislatura debe tomar decisiones para establecer qué relaciones entre personas concretarán el compromiso con la libertad de expresión en la comunidad. Dichas decisiones están informadas por circunstancias fácticas locales y predicciones sobre causas y efectos. La legislatura debe atender detalladamente a todas éstas y estar dispuesta a ajustar la ley a medida que las circunstancias cambian (por ejemplo, a medida que la comunicación en línea desplaza a la imprenta y otros medios tradicionales, y surgen nuevos fenómenos como la piratería digital y el ciberacoso). Al determinar que la calumnia y la sedición deben prohibirse, y el derecho de autor debe protegerse, la mejor forma de concebir a la legislatura no es entender que ésta transgrede la libertad de expresión; más bien, la legislatura está buscando especificar el alcance y contenido del derecho a la libertad de expresión en búsqueda del bien común de la comunidad, que incluye no sólo la libertad de expresión, sino también la reputación de las personas y la seguridad de sus inversiones en el progreso de las artes y las ciencias. Al llegar a una serie de especificaciones sobre las relaciones entre personas que están prohibidas, permitidas y respaldadas, la legislatura delibera sobre qué derechos tienen las personas antes de cualquier especificación jurídica y de qué manera podrían representarse y materializarse mejor todos los derechos en forma jurídica. Esta deliberación constituye un razonamiento moral que está informado y enmarcado por razonamiento técnico y empírico, concretándose en conceptos jurídicos, principios, doctrinas y reglas.

En *Legislated Rights*, formulamos la diferencia entre el enfoque aceptado sobre los derechos y el nuestro como un contraste entre derechos de dos términos y

de tres términos. Un derecho de dos términos captura sólo dos elementos: un titular del derecho ("Toda persona") y el objeto del derecho ("vida, libertad, seguridad, religión, expresión, etc."), tal como es capturado comúnmente por la formulación: "Toda persona tiene derecho a [...]". En contraste, un derecho de tres términos captura la relación de tres elementos que existe entre una persona, la descripción de un acto, y otra persona. Esta descripción del derecho de tres términos sitúa al titular del derecho en una relación con otra persona y con la descripción de un acto. La estructura correspondiente de los derechos requiere que ubiquemos cada pretensión de derechos en una comunidad y que nos preocupemos por la justicia de la pretensión que se hace a (o en contra de) otra persona. Sitúa a los derechos como relaciones entre personas e invita a la evaluación de las pretensiones de derechos, tanto desde la perspectiva del titular del derecho, como desde la perspectiva de la persona que debe responder, de alguna forma, ante el titular del derecho.

Al fomentar la precisión en la formulación de derechos de tres términos que especifican cómo el objeto del derecho de dos términos puede realizarse a través de una serie de relaciones entre personas, puede prescindirse de la problemática distinción que realiza el enfoque aceptado entre el derecho *en sí mismo* y el derecho *como es ejercido*. En un nivel básico, la distinción pierde fuerza al no reconocer que los derechos están, precisamente, para ser ejercidos. Sugerir que uno puede tener un derecho pero que el derecho no puede ser ejercido es, sencillamente, una confusión. En un nivel más fundamental, la distinción pierde fuerza al no reconocer que no todo derecho será ejercitado *por el titular del derecho*. Para muchos, el significado estricto del término "derecho" es un derecho-pretensión que tiene como correlativo el *deber de otra persona* (Hohfeld, 1919). Al insistir regularmente en el *ejercicio del derecho por parte de su titular*, el enfoque aceptado pierde de vista a los derechos-pretensiones, correlativos a la acción o abstención *de otra persona*.

Dicha preocupación por las relaciones entre personas, y por las razones para la acción que tanto los derechos como la ley establecen, proporciona estructura a una comprensión robusta de los derechos como una relación de tres términos entre dos personas y una acción.

8. Cuarta tesis: los derechos humanos son derrotables

Una cuarta tesis afirma que, con pocas excepciones, los derechos humanos son derrotables porque están supeditados al peso de intereses individuales que necesariamente deben ser ponderados frente a otros intereses (cuarta tesis) (Webber *et al.*, pp. 11-12). Esta concepción general de los derechos humanos los fundamenta en (y en ocasiones los equipara con) intereses individuales, aceptando que éstos competirán con otros intereses individuales y con el interés público.²⁷ El razonamiento sobre los derechos humanos generalmente evalúa en qué casos está justificado infringir derechos, al apelar al análisis de proporcionalidad y su requerimiento de ponderación de los intereses individuales y el contrapuesto interés público. Cabe observar que hay una diferencia importante entre el debate filosófico que interroga si *algunos* derechos *en ocasiones* son derrotables y el debate del derecho de los derechos humanos que interroga si *todos* los derechos *podrían no ser derrotables*. En gran parte de la jurisprudencia, el razonamiento sobre la justificación de la transgresión de derechos regularmente domina al pensamiento sobre los propios derechos, con la consecuencia de que la proporcionalidad y la ponderación se han convertido en las indagaciones judiciales centrales. Los académicos que rastrean y racionalizan la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyen que los derechos no tienen "importancia especial" ni "fuerza normativa especial" (Möller, 2012, pp. 156, 172)²⁸ y que "comparativamente, muy poco se decide al reconocer que una medida infringe un derecho" (Kumm, 2007, p. 11).

Un influyente grupo de estos académicos identifica el interés en la autonomía como el valor moral fundamental que generalmente se encuentra en juego en los casos sobre derechos humanos y tratan los listados de distintos derechos humanos como versiones reformuladas del mismo producto genérico: la libertad,

²⁷ Una muestra de trabajos académicos que adoptan este enfoque incluye: Alexy (2002); Möller (2012); Kumm (2007, p. 1). Adicionalmente, este enfoque es desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros tribunales europeos y del Commonwealth.

²⁸ De modo similar, véanse Alexy (2002, pp. 48-49, 57, 74) y Barak (2012, p. 40).

la asociación, la expresión, la vida familiar, etcétera, son diferentes formas de expresar el interés en la autonomía que, según se dice, es el valor fundacional de los derechos humanos.²⁹ Esa estructura permite que los derechos sean definidos sin ninguna referencia a los intereses de personas que no sean el titular individual del derecho, mirando con sospecha cualquier restricción en los "intereses" —definidos en forma ambiciosa— del supuesto titular del derecho. Este sesgo individualista es superado a costa de respaldar la tesis de que los derechos ocasionalmente deben ser infringidos. Esto distorsiona el análisis judicial de las pretensiones de derechos, haciendo que sea más difícil percibir o articular las relaciones entre las personas y las evaluaciones morales en cuestión. Aquí, el análisis de proporcionalidad es utilizado para evaluar si la legislación respeta suficientemente el interés del quejoso, en vista de los demás intereses en juego. En oposición a la idea de que los derechos humanos son inviolables, la tesis que sostiene que los derechos pueden ser infringidos es presentada como una virtud, ya que permite una lectura expansiva de los derechos humanos y la consiguiente expansión de la jurisdicción de los tribunales para adjudicar sobre una amplia variedad de cuestiones.

9. Cuarta contratesis: los derechos especificados no son derrotables

Nosotros sostenemos que estos supuestos beneficios son ilusorios o débiles y vienen acompañados de costos significativos, y defendemos la contratesis de que la legislatura es capaz de asegurar derechos humanos al especificarlos de forma tal que los derechos no sean derrotables frente a intereses contrapuestos o frente al bienestar general (cuarta contratesis) (Webber *et al.*, 2018, pp. 12-14). La descripción de los derechos en la cuarta tesis da lugar a la pérdida de derechos: pierden su inteligibilidad e integridad porque colapsan en un único interés (la autonomía) o en una familia de intereses, que se enfocan en exclusiva en el

²⁹ Véase Möller (2012a, capítulos 2-5). Möller incluso llega a afirmar (p. 88) que "para los autores de las nuevas constituciones, la idea de un derecho comprensivo a la autonomía personal lleva a cuestionar la necesidad de contar con un conjunto de derechos constitucionales distintos. En teoría, nada se perdería si en su lugar se reconoce simplemente un derecho comprensivo a la autonomía personal".

supuesto titular del derecho. Para que no prevalezca la anarquía, estos intereses inevitablemente deben estar sujetos a restricciones para preservar dicho interés, así como otros intereses de otras personas y sus comunidades. Desde este punto de vista, los derechos no son concluyentes o incluso indicativos de una acción correcta y en cambio sirven, al ser infringidos, como vías de acceso para evaluaciones de proporcionalidad y ponderación, en las que otras personas y sus derechos e intereses son reconocidos.³⁰

La Declaración Universal de los Derechos Humanos refleja un mejor panorama de los derechos como componentes distintos, integrales y constitutivos del bien común y muestra a los derechos humanos de formas que requieren implementación a través de una actividad legislativa extensa y detallada. El razonamiento sobre los derechos humanos generalmente debería consistir en determinar qué estándares y reglas específicos se requieren para asegurarlos; centralmente, debería incluir una deliberación sobre cómo dichos estándares y reglas deberían ser expresados en el derecho positivo de la comunidad. Esto no significa que los derechos legislados son más importantes que los estándares de derechos humanos que se deben especificar. Nuestra visión no es la de Bentham, que los derechos son "los hijos de la ley" siendo la ley el único padre de los derechos, ya que "de las "leyes de la naturaleza" [proviene sólo] "derechos imaginarios" (Bentham citado en Waldron, 1987, p. 46). Más bien, entendemos junto con Hart que los derechos humanos son fundamentos de los derechos legales (Hart, 1984, p. 79). Esa relación de fundamentación es compleja, pues la tarea de la legislatura no es simplemente replicar derechos humanos en el derecho positivo. Sostenemos que la mayoría de los estándares de derechos humanos, tal como están formulados en la Declaración Universal y otros instrumentos similares, están especificados en forma incompleta y que los valores y principios reflejados en las formulaciones de los términos de los derechos requieren un detallado trabajo adicional por parte de las legislaturas y otros responsables de la comunidad para que puedan ser realizados. A diferencia de los derechos humanos subespecificados y derrotados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y otros

³⁰ Véase adicionalmente Webber (2014).

tribunales, la descripción de los derechos legislados que nosotros defendemos desafía la idea de que los derechos deberían ser infringidos justificadamente apelando al interés público en las evaluaciones de proporcionalidad y ponderación. En cierto sentido, la legislatura sí realiza un razonamiento de proporcionalidad y ponderación al deliberar y decidir sobre el contenido de la legislación, de la misma forma que cualquier agente razonable debe, en el razonamiento práctico, considerar razones contrapuestas para actuar, concesiones, y efectos secundarios. Pero es poco útil, y causa distorsión, concebir dicho razonamiento como una contienda entre "los intereses individuales" y el "interés estatal"³¹ o, más fundamentalmente, como razonamiento sobre qué tan lejos la legislatura puede interferir con, o infringir, derechos humanos, visión sobre la acción legislativa que se encuentra implícita en el enfoque sobre los derechos en la cuarta tesis. Este enfoque, llevado a su conclusión lógica, implica que toda la acción legislativa infringe derechos y que la pregunta que enfrenta la legislatura no es cómo promover y proteger derechos humanos, sino cómo limitar su propia transgresión de los derechos al perseguir otros fines.

En contraste con esta postura, argumentamos en *Legislated Rights* que en la medida que los derechos humanos establecidos en la Declaración Universal y en la Convención Europea están especificados en forma incompleta (esto es: demasiado indeterminados para no ser derrotables), debería entenderse que invitan a una mayor especificación. Esa especificación necesita ser realizada, en primera instancia, a través de la legislación. Los derechos humanos necesitan derecho positivo no sólo para tener mayor seguridad en el respeto a los derechos de las personas, sino también para realizar –mediante la especificación en la ley– los requerimientos de los derechos humanos. Los órganos legislativos deberían entenderse como colaboradores plenos en la iniciativa de promover y proteger derechos humanos y no como una constante amenaza a los derechos frente a la cual los tribunales deben fungir como guardianes.³²

³¹ Para una explicación de cómo este esquema de dos partes no captura las consideraciones relevantes, véase Aleinikoff (1987, p. 943).

³² Esta colaboración no subordina las legislaturas a los tribunales, sino más bien enfatiza cómo, al ser fiel a su papel en la separación de poderes, ambas instituciones son necesarias para realizar a los derechos humanos en comunidad. Esencialmente, los tribunales lo son para aplicar los derechos legislados en el transcurso de la adjudicación, los cuales habrán sido formulados con miras a su aplicación judicial.

Entonces, ¿qué guía este proceso de razonamiento? La carrera académica de la palabra *derecho* proporciona orientación. La palabra en inglés "derecho" * traduce el latín *ius* (*jus*), que es la raíz de las palabras 'justicia' y 'justificación'. Al explorar la relación entre "derecho" y "justicia", uno podría seguir a Hart en rastrear la palabra "derecho" hasta Platón y Aristóteles, no en el sentido de "un derecho", sino más bien en el sentido de "la acción correcta" o "lo que es correcto hacer" (Hart, 1973, p. 172). La invitación de Hart a enfocarnos en "actuar" y "hacer" es bienvenida y queda capturada, aunque de forma menos transparente, en las formas en que el Aquinate y otros utilizaron la palabra "derecho" (*ius*).³³ En este marco, el principal significado histórico de *ius* fue entendido como "aquello que es justo en sí mismo", en el que "aquello" señala actos, arreglos y estados de cosas, todos ellos "objetos de las relaciones de justicia" (Finnis, 2011b, p. 206). En este uso, *ius* mira dichos actos, arreglos y estados de cosas y evalúa si son o no justos, o si están o no en lo correcto. Uno podría decir que éste es el sentido "objetivo" de *ius*, lo cual significa que los actos, arreglos y estados de cosas, con todas sus acciones y abstenciones interpersonales contempladas y actualizadas, son correctos "en sí mismos", como señalan las expresiones en nuestro lenguaje moderno: "la decisión correcta", "la acción correcta", "es correcto que se haga esto".

La carrera académica de *ius* (según se ha dicho) desarrolló un segundo significado, que actualmente predomina: en supuesto contraste con el significado "objetivo", un segundo significado "subjetivo" se refiere al derecho que alguien (el sujeto) tiene. Aquí, *ius* es poseído por una persona, y no atribuido a un estado de cosas, como captura nuestro lenguaje moderno al recurrir a la formulación de dos términos: "Toda persona tiene derecho a [...]". El paréntesis al inicio de este párrafo alude a debates en círculos académicos que cuestionan hasta qué punto estos dos significados de *ius* pueden disociarse claramente, por razones a las que llegaremos en un momento. Por ahora, es importante notar que algunos sugieren que en *ius* se encuentran dos significados, siendo favorecido

* En inglés el término para traducir esta acepción de "derecho" es *right* (N. del T).

³³ Esta descripción se apoya en Finnis (2011b, pp. 206-210, 423-424, 465-466; 1998, pp. 133-138; 2002, p. 407) y Tasioulas (2013).

uno u otro en momentos diferentes de la historia de las ideas: primero, una evaluación "objetiva" de un estado de cosas como justo, "en lo correcto", y, segundo, un derecho "subjetivo" que un "sujeto" tiene, como una pretensión frente al deber de otro o a una libertad frente a la pretensión de otro.

Sin duda, existe razón para prestar atención a la diferencia en el uso de estos dos significados de *ius*. El segundo significado sitúa a *ius* explícitamente "en las manos" de las personas y proporciona una perspectiva (la del titular del derecho) para evaluar un estado de cosas. Relaciona el principal significado del *ius* "objetivo" del Aquinate "exclusivamente con el beneficiario de la relación justa" (Finnis, 2011b, p. 207) (énfasis omitido). Al hacerlo, proporciona una forma de expresar a la justicia desde el punto de vista de un solo individuo. Ahora bien, sin restar importancia a las diferencias entre los significados "objetivos" y "subjetivos" de *ius*, uno puede descarriarse si busca concluir demasiado de dichas diferencias, por ejemplo, al sugerir que el sentido "subjetivo" se enfoca en las personas mientras que el sentido "objetivo" se enfoca en estados de cosas. Pues ¿cuáles son los estados de cosas que le preocupan a la justicia, sino aquellos que involucran personas? Todos esos estados de cosas giran en torno a las relaciones entre personas y a las acciones y abstenciones interpersonales, provisto mediante distintos actos y arreglos que pueden ("objetivamente") llamarse (o no) *justos* o *correctos*. Por tanto, no debería sorprender que uno pueda encontrar rastros del segundo significado en el principal uso que hace el Aquinate de *ius*, "[p]ues *lo que es justo* es lo que la virtud de la justicia requiere que la(s) persona(s) relevante(s) den, o hagan por, o se abstengan con respecto a, otra persona" (Finnis, 1998, p. 135). En este marco, las alusiones al uso moderno de "derecho" no deberían perder de vista el primer significado histórico del término, sin el cual su atractivo concluyente y perentorio no estaría fundamentado. Al considerar la perspectiva especial del beneficiario de una relación justa, uno debe afirmar al otro, quien, junto con el titular del derecho, constituye esa relación de tres términos entre dos personas y un acto u omisión.³⁴ Desde luego,

³⁴ Véase Tierney (1997, p. 70): "las primeras teorías de los derechos no se derivaron de la contemplación del individuo aislado de sus iguales [...] sino de la reflexión sobre el orden correcto de las relaciones humanas en las sociedades emergentes".

uno recurrirá a un vocabulario distinto para comunicar la relación justa desde la perspectiva del otro: un deber, un no-derecho-pretensión, una sujeción, una incompetencia; sin embargo, como el pensamiento jurídico romano entendió bien, "la 'parte' que le toca a una de las partes en dicha asignación podría ser una carga, no un beneficio" y, a pesar de esto, ser llamado su *ius* (Finnis, 2011b, p. 209).³⁵ ¿Por qué? Precisamente porque las evaluaciones de lo que es correcto ("en lo correcto") miran hacia ambos sentidos de la relación entre las personas. Incluso si suena extraño para el oído contemporáneo afirmar que la satisfacción de mi deuda contigo es *mi* derecho, no resulta incomoda la afirmación, casi equivalente, de que satisfacer mi deuda contigo *es* correcto.*

El sentido subjetivo de *ius* puede descarriarnos si es empleado sin tener a la vista firmemente a la otra persona que, junto con el titular del derecho, constituye la relación del derecho, incluso si esa relación es expresada con especial referencia a aquella persona que *tiene el derecho*. Pero insistamos en que este "tener", aunque expresado desde el punto de vista del titular del derecho, se "sostiene" en conjunto con la otra persona que está en una relación con el titular del derecho. En este enfoque, cualquier distinción fuerte entre el primer y segundo significado de *ius* se colapsa cuando leemos al Aquinate diciendo (según el parafraseo de Finnis) que "la justicia consiste en, y lo que hacer justicia asegura es, el *derecho* de alguna otra persona o personas; lo que les es debido, a lo que están facultados, lo que es legítimamente suyo" (Finnis, 1998, p. 133).³⁶

La disposición para situar a las evaluaciones de justicia desde una perspectiva en primera persona es un avance positivo, pero uno debe ser precavido con una posible tendencia (que es observable en el enfoque aceptado sobre los

³⁵ Véase también Finnis (1998, pp. 133-134): "Pero el derecho romano, y aún de modo vestigial, el lenguaje del tiempo del Aquinate, aceptaba que una sujeción también podría ser un *ius*; ser sujeto de la sanción apropiada es el *ius* de un malhechor" (nota en el original omitida). De forma análoga, véase Nichols (1975, p. 158): "El término *obligatio* en ocasiones denota el derecho, en ocasiones el deber, pero de manera más adecuada denota *la relación completa*" (segundo énfasis añadido).

* El autor alude a las distintas acepciones de la palabra en inglés *right* ("what is right", "in the right", "my right" y "is right"), que en español se pueden significar 'correcto' y 'derecho' (N. de la T.).

³⁶ Finnis agrega que Aquinas usa la fórmula "lo que les corresponde" y "lo que es su derecho" de modo intercambiable.

derechos humanos) a entender a los derechos como aquello que beneficia a alguien, *sin más*. En efecto, aunque puede decirse apropiadamente que *ius* se relaciona con el beneficiario de la relación justa (el titular de derechos), existe un riesgo –que no está presente en el sentido "objetivo" de *ius*– de confundir todo aquello que es beneficioso para una persona como el derecho, o derechos, de esa persona. La importancia continua del principal significado histórico de *ius* radica en su alusión a las perspectivas *de todas las personas* afectadas por un estado de cosas, pues lo que es justo merece tal evaluación sólo si es verdad para todos, incluso si el estado de cosas inmediato no beneficia a todos ellos de manera inmediata o equitativa. Si uno pierde la perspectiva sobre la cercana relación entre los usos viejos y nuevos de *ius*, se corre el riesgo de emplear los derechos de tal forma que sean incapaces de expresar los requerimientos de la justicia en una comunidad. Y al hacerlo, uno corre el riesgo de abandonar la definición interpersonal de los derechos y de la justicia, rastreada desde los juristas romanos y del Aquinate y otros, hasta los autores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.³⁷

10. ¿Qué hay del mundo real?

Se anticipa que algunas de las contratesis defendidas en *Legislated Rights* parecerán implausibles o indebidamente optimistas para algunos lectores. La visión crítica de las legislaturas es generalizada, con frecuencia como una reacción a la irresponsabilidad, al interés propio, a las conductas indebidas, al partidismo –o mera incompetencia– de los políticos electos. Esta reacción es entendible y a menudo se encuentra justificada; sería ingenuo pretender otra cosa. Sin embargo, nosotros sostenemos que esa visión crítica es tan extendida que la necesidad de contar con un caso central de las legislaturas se torna aún más urgente. Como se observó anteriormente, las afirmaciones del caso central se edifican sobre las buenas razones por las cuales uno estaría a favor de introducir, mantener y cumplir con la legislatura y su legislación, razones que están articuladas en

³⁷ Preámbulo de la Declaración Universal: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" (énfasis añadido).

circunstancias reales de la experiencia humana y no en circunstancias ideales que ignoran las imperfecciones humanas. Nosotros sostenemos que en ninguna comprensión robusta de estas razones se otorga a las legislaturas el mandato de infringir derechos.³⁸ Más bien, la comprensión de esas razones y, por tanto, del análisis del caso central de la legislatura y de la legislación, se agudiza al situar ambos en relación con el vasto número de ejemplos de casos no-centrales.

Este vasto número de casos son no-centrales porque traicionan las razones a favor de tener una legislatura y legislación, incluyendo aquellos casos en los que las legislaturas actúan en forma irresponsable o con animadversión hacia las personas, en los que la legislación está diseñada para asegurar ventajas privadas y no el bien común, o en los cuales los legisladores votan sin prestar atención a las propuestas legislativas que tienen frente a ellos. Al identificar dónde y por qué las verdades particulares sobre las legislaturas y la legislación de un tiempo y lugar no logran ganarse un lugar como verdades generales sobre las legislaturas y la legislación (casos centrales), se fortalece nuestra comprensión de las promesas y las deficiencias de las legislaturas y de legislación.³⁹ El análisis académico se descarría si fundamenta una teoría de la legislatura y el acto legislativo con base en lo que son, realmente, fracasos en el ejercicio de las capacidades distintivas de la legislatura, fracasos por no legislar correctamente. Para rehabilitar el papel de la legislatura con respecto a los derechos humanos, nos enfocamos en rehabilitar una comprensión filosófica de las capacidades y la naturaleza de la legislatura, que de ningún modo niega que las legislaturas aquí o allá, ahora o entonces, han fallado en algunos o en muchos aspectos. Nuestra descripción del caso central de la legislatura, hasta ahora, no responde a una investigación empírica que la muestre en un determinado tiempo y lugar sujeta a la corrupción, a intereses especiales, al interés propio, a la irresponsabilidad, a movidas partidistas y cínicas y a otras deficiencias. Nuestra iniciativa, aun así, es vital, pues —como las tesis anteriores muestran— muchos académicos que hacen afirmaciones sobre la irresponsabilidad legislativa *no* lo hacen con

³⁸ Compare la extraordinaria afirmación de Hogg (2007, p. 103) de que la Carta Canadiense de Derechos y Libertades "autorizó al Parlamento y a las Legislaturas para *promulgar leyes que infrinjan a la Carta misma*, siempre que la ley sea un límite 'razonable'".

³⁹ Véase Webber (2015).

base en fundamentos sociológicos empíricos, sino *más bien* con base en una comprensión filosófica sobre el punto de las legislaturas y de la legislación. Algunos de sus argumentos cierran –excluyen conceptualmente– la posibilidad de que las legislaturas tengan una responsabilidad de asegurar y promover derechos humanos. Nuestra aproximación filosófica no elimina el problema de las deficiencias legislativas, pero mantiene que uno puede comprender y apreciar mejor las deficiencias como lo que realmente son: *fracasos de las legislaturas y de la legislación al no ser lo que deberían ser*. Nuestro objetivo es demostrar cómo un análisis robusto debe *admitir* conceptualmente la responsabilidad que tienen las legislaturas de asegurar y promover derechos humanos.

Así, el argumento en *Legislated Rights* pretende trascender las generalizaciones empíricas que podrían hacerse sobre las legislaturas de un determinado tiempo o lugar. Nosotros ofrecemos una teoría general de las legislaturas y su responsabilidad y capacidad para proteger derechos humanos que se opone a cuatro tesis imperantes sobre las legislaturas, esbozadas en nuestro primer capítulo. Estas tesis negativas son, en sí mismas, afirmaciones teóricas, no valoraciones estadísticas. Pretendemos oponernos a esta teoría con una propia. Nuestra teoría, como aquella que desafiamos, no está vacía de contenido y tiene implicaciones importantes en la práctica. Aunque el argumento de *Legislated Rights* fue desarrollado "para hacer una contribución a los campos de la filosofía del derecho, de la teoría constitucional y del derecho de los derechos humanos" (Webber *et al.*, 2018, p. vii), también se dirige al mundo real de los derechos y de las legislaturas y reconsidera algunas de las dudas persistentes que acompañan al papel central y estratégico de las legislaturas en la realización de los derechos en comunidad. Invitamos a dicha reconsideración al desafiar a "influyentes teóricos [que] han caracterizado como paradigmático lo que debería entenderse como una patología legislativa" y al expandir el alcance de la legislación de derechos humanos más allá de los catálogos de derechos, para abarcar una amplia variedad de iniciativas legislativas (Webber *et al.*, 2018, p. 4).

Nosotros decimos que "cuando la legislatura comete una injusticia y viola derechos humanos, se está apartando de, *no está cumpliendo*, su responsabilidad para legislar por el bien común" (Webber *et al.*, 2018, p. 9). En efecto, al apelar

al caso central de la legislatura y de la legislación podemos evaluar que los ejemplos son deficientes, "mostrando *cómo* las legislaturas en diferentes tiempos y lugares han fallado en ser lo que *deberían* ser" (Webber *et al.*, 2018, p. 4). Ninguna cantidad acumulativa de ejemplos puede proporcionar un estándar evaluativo. Ninguna afirmación sobre lo que es típico o estadísticamente probable o empíricamente habitual puede producir un estándar evaluativo: ningún "deber ser" del "es". A su vez, ningún estándar evaluativo puede, sin mayor argumento, establecerse a sí mismo como el estándar al cual la legislatura debe responder *en su calidad de* legislatura. Si uno concibe la legislatura como una máquina que suma preferencias, ésta podrá fallar en el respeto a los derechos humanos, pero esa falla no es una falla *legislativa*, ya que sumar preferencias no es una falla de la legislatura, incluso cuando esa suma no respeta derechos. Sólo un entendimiento de los fines a los que debe estar dirigida la actividad legislativa puede proporcionar los fundamentos evaluativos para afirmar, como lo hacemos, que las violaciones legislativas de los derechos humanos son fallas legislativas. La metodología del caso central ayuda a formular formas razonables de prácticas institucionales y, al hacerlo, ayuda a enmarcar las formas patológicas y deficientes de esas prácticas.

11. ¿Qué es el derecho de los derechos humanos?

El argumento en *Legislated Rights* ofrece un nuevo entendimiento filosófico sobre el derecho de los derechos humanos al colocar a la legislación, y no al litigio y la adjudicación, en el centro del pensamiento legal y jurisprudencial sobre los derechos humanos. Entre los beneficios de este nuevo entendimiento filosófico está que se opone a la confusión generalizada sobre la naturaleza de los derechos, describiendo un método para proporcionar una protección jurídica más segura de los derechos humanos. Las contratesis que defendemos son filosóficas y no sobre las labores concretas de las instituciones en sistemas jurídicos en particular. Ello no implica, sin embargo, que nuestras contratesis no estén empíricamente informadas. Éstas recurren al estudio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al derecho (constitucional) de los derechos humanos en Reino Unido, Estados Unidos y otras jurisdicciones europeas y del *common law*. Al igual que las tesis que desafiamos, nuestro enfoque está orientado hacia un

entendimiento de los derechos, de las instituciones y del bien común. Nuestros argumentos pretenden recordar la capacidad única del derecho positivo para resolver problemas de coordinación con el fin de promover importantes aspectos del bienestar individual y para prevenir o minimizar la injusticia. Estos fines, a los que el derecho positivo sirve, se relacionan, en ocasiones directamente, en ocasiones indirectamente, con varios bienes y valores esbozados en la Declaración Universal y en la Convención Europea en nombre de los derechos humanos.

En su sentido más completo, la categoría del derecho de los derechos humanos no está restringida a los catálogos de derechos y a instrumentos como la Declaración Universal y la Convención Europea, así como a la jurisprudencia que los interpreta y los aplica. Al reservar la etiqueta "derecho de los derechos humanos" para una categoría jurídica diferenciada, cuasiconstitucional, utilizada por los tribunales para evaluar y transformar el resto del derecho, los académicos y abogados desvían su comprensión de las relaciones entre el derecho positivo y los derechos humanos. En el argumento defendido en este libro, el derecho de los derechos humanos no es principalmente una rama especializada del aprendizaje jurídico; más bien, describe con precisión el objeto de cada una de las ramas del aprendizaje jurídico. Los derechos humanos permean el sistema legal.

Consideremos el artículo 25 de la Declaración Universal, que señala que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, así como la de su familia". Una legislatura responsable se dispone a proteger la salud y el bienestar de las personas frente a amenazas generales y peligros específicos, siempre reconociendo que su autoridad no es como la de un padre o una madre, que puede requerirle a un niño que respete ciertos hábitos saludables de alimentación, que se ejercite y que duerma horas razonables. La legislatura actúa para realizar el derecho a la salud y el bienestar mediante muchas medidas directas e indirectas, incluyendo: el requerir el análisis y la aprobación de nuevos medicamentos; al regular la profesión médica; al categorizar los medicamentos, como los que están disponibles sin prescripción o sólo con receta médica; al otorgar licencias para la preparación de alimentos

comerciales y al imponer estándares higiénicos; al ordenar que se publique el contenido de los productos alimenticios, información nutrimental, y los efectos negativos en la salud; al autorizar y financiar varios programas educativos sobre estilos de vida saludables y vacunación, y en algunas jurisdicciones, al proporcionar directamente atención médica o seguros mediante fondos públicos. De formas menos directas, pero no menos importantes, el derecho a la salud es asegurado y promovido mediante las leyes sobre contaminación y sobre aire y agua limpia, e incluso al establecer obra pública como sistemas de alcantarillado y la evacuación de residuos. El alcance adecuado de estas leyes y programas públicos es objeto de debate. Pero la razonabilidad y los fundamentos de la legislación en esta área derivan del principio de que la legislatura debería asegurar las condiciones que promueven la salud y el bienestar para todos en la comunidad. Ese principio incluye un alcance amplio para que las personas tomen decisiones libremente en relación con su salud y bienestar.

El punto aquí es que el derecho positivo detallado es necesario para realizar muchos derechos humanos. La legislación es central en la producción de las disposiciones necesarias y detalladas de derecho positivo, así como del marco jurídico general en que otros organismos también pueden crear derecho positivo.⁴⁰ Aunque en esta labor las legislaturas son centrales, frecuentemente trabajan en conjunto con otros organismos. Consideremos las *Criminal Procedure Rules* de Inglaterra y Gales, que tienen como "objetivo principal" que los "casos penales sean tratados justamente", lo cual incluye los objetivos subsidiarios de absolver al inocente y condenar al culpable, tratar al fiscal y a la defensa imparcialmente, respetar los intereses de los testigos, las víctimas y los jurados, y gestionar los casos de forma eficiente y expedita (regla 1.1). Para alcanzar estos objetivos y así especificar el derecho a un juicio penal imparcial, las reglas describen los derechos y deberes de varios actores en diversas etapas del juicio, incluyendo la custodia y la libertad bajo fianza, la divulgación de pruebas, la introducción de las declaraciones de un testigo, la citación de testigos, el

⁴⁰ Jeff King (2012, pp. 41-57) realiza una buena exposición de este punto. La cuidadosa discusión comienza con la afirmación: "El principal motor para proteger derechos sociales es, y siempre será, la legislación primaria adoptada por una legislatura representativa, y, por lo tanto, cualquier compromiso de buena fe comienza aquí".

contrainterrogatorio, la evidencia sobre la predisposición a la mala conducta, la evidencia sobre los antecedentes de la conducta sexual del quejoso, así como otras medidas sobre el desarrollo del juicio y el dictado de la sentencia. Algunas de las reglas son bastante detalladas. Por ejemplo, si una de las partes desea introducir como evidencia la declaración por escrito de un testigo, antes de la audiencia debe entregar una copia al oficial de la corte y a las otras partes, y antes de la audiencia, o en la misma, entregar al oficial de la corte la declaración o una copia certificada (regla 27.4). Si la parte que busca introducir la declaración de un testigo es el fiscal, también debe notificar al acusado de su derecho a objetar la introducción de la declaración como evidencia en los siguientes siete días a la notificación, bajo el argumento de que el testigo debe dar su declaración en persona.

El tecnicismo de gran parte de las reglas se encuentra a cierta distancia de la Convención Europea cuando esta afirma en su artículo 6(2) que "[t]oda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada", pero eso no debe ocultar la realidad de que las Reglas buscan precisamente diseñar un procedimiento jurídico para la persecución penal que respete la presunción de inocencia –y una vía central para realizarla– así como los demás derechos enlistados en el artículo 6(3).⁴¹ La razón, por sí sola, no puede diseñar un juicio imparcial si no recurre a la toma de decisiones entre las alternativas razonables. Por ejemplo, no existe ningún elemento mágico en el número siete para designar el número de días disponibles que tiene el acusado para objetar la introducción de la declaración de un testigo por el fiscal. Pero sin cierto número de días, el acusado no tendría un derecho a objetar, a excepción, quizá, de que el tribunal lo decida de manera discrecional. Las Reglas representan aquellas decisiones realizadas por el legislador para concretar el derecho a un juicio imparcial, en parte, al reafirmar y, en su mayor parte, al especificar los requerimientos de ese derecho. Podrían darse ejemplos similares para los "inmensamente complejos" y "elaborados regímenes" que

⁴¹ Compare cómo se explora la relación entre el derecho positivo –incluyendo el *common law*– que especifica el derecho a un juicio imparcial y el artículo 6 de la Convención Europea en Corte EDH, caso *Al-Khawaja y Tahery vs. Reino Unido*, petición núm. 26766/05 y 22228/06, 20 de enero de 2009 y *R vs. Horncastle* [2009] UKSC 14.

caracterizan a la legislación de seguridad social ("el rango de beneficios es asombroso"), así como la legislación de atención a la salud y de la educación ("posiblemente [aún] más complicada"), y así sucesivamente (King, 2012, pp. 42-43).

Sin acciones positivas a través de la legislación, y sin el derecho positivo en general, muchos derechos humanos no podrían concretarse. Esto es cierto no sólo con respecto a lo que algunos denominan derechos "positivos" (derechos que sólo son realizados como resultado de acciones legislativas, como el derecho a la educación pública primaria y secundaria), sino también respecto a los derechos más clásicos, que en ocasiones son llamados "negativos". El derecho de las personas a la libertad de expresión necesita ser especificado en el derecho positivo para poder demarcar los límites de esa libertad. Se aceptará que ninguna persona puede, en nombre de la libertad de expresión, "abogar por una política pública [...] mediante la interrupción en un servicio religioso, o en un salón de clases, o en una enfermería, o en una sesión del Congreso o de la Suprema Corte, o al tocar el timbre de una puerta exigiendo ser escuchado" (Meiklejohn, 1961, p. 261). La regulación del derecho positivo de la calumnia, la difamación, la propiedad intelectual, el desacato al tribunal, la incitación al odio religioso, la publicación de documentos confidenciales, la divulgación de los antecedentes penales de un menor, y así sucesivamente, expresan valoraciones sobre lo que se necesita para proteger varios bienes humanos (entre ellos la verdad) y para realizar relaciones de derechos. Un argumento central en *Legislated Rights* es que el derecho positivo correctamente formulado y robustamente razonado contribuye en gran medida, y en muchos casos de forma indispensable, a asegurar relaciones de derechos entre las personas. Al sostener la necesidad del derecho positivo para realizar derechos humanos, ninguna parte de nuestro argumento niega la posibilidad de que la legislatura (al igual que un tribunal) se equivocará y fracasará al no realizar los derechos en comunidad. La legislatura cometerá errores directamente, al actuar de forma contraria a un derecho humano, por ejemplo, al autorizar la tortura o la esclavitud.⁴² Los errores son

⁴² Algunos aspectos del derecho a ser libre de tortura o de esclavitud necesitan especificación. Considere el derecho convencional a ser libre de tortura, como es abordado en procesos de deportación (por ejemplo,

menos evidentes, pero no menos reales, cuando –en vista de que la razón sub-determina lo que se requiere para realizar un derecho humano en comunidad– la legislatura debe elegir entre un rango razonable de alternativas. Aquí, la legislatura se equivoca al seleccionar opciones fuera de este rango, por ejemplo, al no considerar a todos los participantes en la determinación del proceso de un juicio imparcial o al no revisar un esquema razonable que fue promulgado anteriormente, ahora que las circunstancias han cambiado.

Bajo la concepción dominante del "derecho de los derechos humanos", muchos de los aspectos del derecho positivo que acaban de examinarse quedan fuera de las preocupaciones del derecho de los derechos humanos. La especificación de que un acusado tiene siete y no ocho o 30 días para objetar la declaración de un testigo podría estar relacionada con el derecho de los derechos humanos a través de un desafío al derecho positivo por no respetar "el derecho a un juicio imparcial". En este desafío, el caso típicamente se estructuraría en torno a la afirmación de que el derecho positivo interfiere con los derechos de las personas, usando retórica que en ocasiones asciende al grado de acusar a la legislatura de haber actuado con animadversión contra el quejoso. Lo que esta estrategia encubre es que la legislatura razonable habría tenido estos derechos conscientemente en la mira al adoptar el derecho positivo. (Esto no implica decir que la palabra "derecho" debió mencionarse en los debates parlamentarios.⁴³ Los legisladores pueden ocuparse de los derechos humanos sin apelar explícitamente al vocabulario de los derechos).

Por ejemplo, al establecer que será penalmente responsable "la persona que ayude, incite, aconseje o procure el suicidio de otra, o el intento de otra persona para suicidarse"⁴⁴ no debe entenderse que el Parlamento de Westminster tenía

ex p EW [2009] EWHC 2957), en el contexto de interrogaciones (por ejemplo, Corte EDH, caso *Irlanda vs. Reino Unido*, 18 de enero de 1978, Serie A, núm. 25) y en el encarcelamiento sancionado por el Estado (por ejemplo, ex p B [2005] 2 AC 270). La especificación a través del derecho positivo es requerida en cada uno de estos casos.

⁴³ Para una discusión del tema véase *Wilson v First County Trust (No 2)* [2003] UKHL 40 y compare con Corte EDH, caso *Hirst vs. Reino Unido*, petición núm. 74025/01, 06 de octubre de 2005, Reports of Judgments and Decisions, vol. IX, p. 187, especialmente el párr. 79. De modo general, véase Kavanagh (2014, p. 443).

⁴⁴ *Suicide Act 1961*, sección 2(1), derogado y promulgada nuevamente con modificaciones en *Coroners and Justice Act 2009*, secciones 59-61.

la intención de infringir el derecho de una persona a "decidir cómo y cuándo morir, y en particular, el derecho a evitar un final de la vida angustiante e indigno", incluso si esa interferencia está justificada.⁴⁵ Una mejor comprensión del Parlamento es que éste razonó sobre cómo afirmar y proteger la vida humana en el contexto específico del derecho penal, bajo la idea de que quitar la vida intencionalmente debe evitarse, considerando también la compasión por la persona que buscaría el suicidio y su familia, así como los derechos de otras personas que, de no ser por la prohibición penal de ésta y otras formas de participación en los homicidios intencionales, estarían frente a un mayor riesgo de opresión y muerte.⁴⁶ El esquema legislativo del Parlamento podrá no ser razonable, pero la demostración honesta de sus fallas no se aborda mejor al postular que su legislación tiene como fin infringir los derechos de las personas.

El verdadero alcance del derecho de los derechos humanos es capturado al comprender las múltiples maneras en que el derecho positivo se relaciona con lo derechos humanos. El derecho penal o el derecho de daños sobre acoso y violación, además de la amplia variedad de regulación en materia de salud, realizan y especifican el derecho a la seguridad de las personas. Las medidas de asistencia escolar obligatoria, el establecimiento de un sistema educativo público y la disponibilidad de subsidios gubernamentales y préstamos realizan y especifican el derecho a la educación. Las leyes sobre la libertad de información, la legislación que sobre la privacidad y las leyes de competencia en relación con la propiedad y el control de los medios realizan y especifican el derecho de libertad de expresión. El derecho de los contratos, el establecimiento de empresas y asociaciones de responsabilidad limitada, la regulación de las empresas de capital abierto, la regulación de los contratos colectivos, los límites a las horas laborables, las leyes que regulan el despido injustificado, y el establecimiento

⁴⁵ R (Nicklinson) v Ministry of Justice [2014] UKSC 38, párr. 29, que resume las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Corte EDH, caso *Pretty vs. Reino Unido*, petición núm. 2346/02, 29 de abril de 2002, en *Reports of Judgments and Decisions*, vol. III, p. 155, párr. 67; Corte EDH, caso *Haas vs. Suiza*, petición núm. 31322/07, 20 de enero de 2011, *Reports of Judgments and Decisions*, vol. I, p. 95, párr. 51; Corte EDH, caso *Koch vs. Alemania*, petición núm. 497/09, 19 de julio de 2012, párr. 46 y 51, y Corte EDH, caso *Gross vs. Suiza*, petición núm. 67810/10, 30 de septiembre de 2014, *Reports of Judgments and Decisions*, vol. IV, p. 463, párr. 60. Véase también el párrafo 79, en donde se respalda este resumen.

⁴⁶ Algunos de estas temas fueron explorados en el debate de la Segunda Lectura del *Assisted Dying (No 2) Bill 2015-16* en la Cámara de los Comunes (11 Septiembre de 2015).

del pago de horas extra realizan y especifican el derecho al trabajo y el derecho a condiciones de trabajo justas y adecuadas. Sin la claridad y dirección que otorga el derecho positivo en éstas y otras formas, los derechos humanos a la salud, a la vida, a la seguridad de la persona, a la educación, a la expresión y al trabajo no estarían completamente realizados en las comunidades políticas. No debería considerarse que la expresión "derecho de los derechos humanos" se refiere principalmente a un subconjunto especializado de materiales jurídicos. Entendida de manera adecuada expresa el papel específico que tiene el derecho positivo –y centralmente, la legislación– para asegurar las relaciones de derechos entre las personas.

12. Conclusión

En 2016, un grupo convocado por el primer ministro británico Gordon Brown, asesorado por un comité de filósofos liderados por Jeremy Waldron, publicó un informe sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Brown, 2016). El informe hace una serie de recomendaciones sobre la implementación de la Declaración, que van desde el fortalecimiento del sistema de las Naciones Unidas para los derechos humanos, hasta el trabajo de las organizaciones de la sociedad civil y el papel de la educación pública. La sección más reveladora del informe es aquella dedicada a la implementación de la Declaración en los sistemas jurídicos nacionales. Ahí se afirma que "la labor de primera fila para defender a los derechos humanos siempre se realiza bajo el auspicio de constituciones nacionales y de catálogos de derechos" (Brown, 2016, p. 95). Sobre estos instrumentos jurídicos, se afirma que "el poder judicial tiene un papel central en la defensa de los derechos humanos" ya que "sólo un poder judicial independiente puede impartir justicia de forma imparcial, con base en la ley, asegurando de ese modo los derechos y libertades fundamentales de las personas" (Brown, 2016, p. 96). Se mencionan otros actores, incluyendo las asociaciones de abogados, los grupos que defienden libertades civiles y los tribunales regionales de derechos humanos. Cualquier mención de la legislatura o de la legislación se omite completamente de la discusión sobre cómo promover una mejor implementación de la Declaración en los sistemas jurídicos nacionales, con una excepción. La única referencia al respecto es sobre "el impacto de las leyes de

prescripción" sobre el litigio de las pretensiones de derechos humanos en los tribunales (Brown, 2016, p. 96). Contrario a esas afirmaciones que oscurecen el papel y la responsabilidad del órgano legislativo, en *Legislated Rights* sostenemos que el derecho, y especialmente la legislación como un caso central del derecho, es necesario para especificar derechos humanos. La legislación debería ser la primera referencia en las discusiones sobre la implementación de la Declaración.

Fuentes

Aleinikoff, T. (1987), "Constitutional law in the age of balancing", *Yale Law Journal*, vol. 96, núm. 5, pp. 943-1005.

Alexy, R. (2002), *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press.

Anscombe, E. (1976), "On frustration of the majority by fulfilment of the majority's will", *Analysis*, vol. 36, núm. 34, pp. 161-168.

Axa General Insurance Limited vs. The Lord Advocate [2011] UKSC 46.

Barak, A. (2012), *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press.

Barber, N. (2010), *The Constitutional State*, Oxford, Oxford University Press.

Bellamy, R. (2007), *Political Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press.

Bentham, J. (1987), "Anarchical Fallacies", en Waldron, J. (ed.), *Nonsense Upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Londres, Methuen.

Brown, G. (ed.) (2016), *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century: A Living Document in a Changing World*, Cambridge, Open Book Publishers, disponible en: «<https://www.openbookpublishers.com/product/467>».

Convención Europea sobre Derechos Humanos de 1950.

Coroners and Justice Act 2009, 12 de noviembre de 2009, Inglaterra y Gales.

Criminal Procedure Rules 2020, Inglaterra y Gales.

Debate de la Segunda Lectura del *Assisted Dying (No 2) Bill* 2015-16, 11 de septiembre de 2015.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) (1948).

Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Den Otter, R. (2009), *Judicial Review in an Age of Moral Pluralism*, Cambridge, Cambridge University Press.

Dworkin, R. (1977a), "Social sciences and constitutional rights-the consequences of uncertainty", *Journal of Law and Education*, vol. 6, núm. 1, pp. 3-12.

_____ (1977b), *Freedom's Law*, Cambridge, Harvard University Press.

_____ (1977c), *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press.

_____ (1985), *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press.

Eisgruber, C. (2001), *Constitutional Self-Government*, Cambridge, Harvard University Press.

Ekins, R. (2012), *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford University Press.

ex p B [2005] 2 AC 270.

ex p EW [2009] EWHC 2957.

Finnis, J. (1998), *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.

_____ (2002), "Aquinas on *ius* and Hart on rights: a response to Tierney", *Review of Politics*, vol. 64, núm. 3, pp. 407-410.

_____ (2003), "Law and what I truly should decide", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, núm. 1, pp. 107-129.

_____ (2011a), *Philosophy of Law: Collected Essays*, Oxford, Oxford University Press.

_____ (2011b), *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press.

_____ (2011c), "Human rights and their enforcement", en *Human Rights and Common Good: Collected Essays, volume III*, Oxford, Oxford University Press.

Fiss, O. (2006), "Between supremacy and exclusivity", en Bauman, R. y Kahana, T. (eds.), *The Least Examined Branch*, Cambridge, Cambridge University Press.

Gardner, J. (2007a), "Some types of law", en Edlin, D. (ed.), *Common Law Theory*, Cambridge, Cambridge University Press.

_____ (2007b), "Nearly natural law", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 52, pp. 1-24.

_____ (2012), "Hart on legality, justice, and morality", en *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press.

Hart, H. (1973), "Bentham on legal rights", en Simpson AWB (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence, Second Series*, Oxford, Clarendon Press.

_____ (1984), "Are there any natural rights?", en Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press.

_____ (2012), *The Concept of Law*, 3o. ed., Oxford, Oxford University Press.

Hohfeld, W. (1919), *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning: and Other Legal Essays*, Walter Wheeler Cook (ed.), New Haven, Yale University Press.

Hogg, P. (2007), "Canada: from privy council to Supreme Court", en Goldsworthy, J. (ed.), *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, Oxford, Oxford University Press.

_____, Bushell, A. y Wright, W. (2007), "Charter dialogue revisited-Or 'much ado about metaphors'", *Osgoode Hall LJ*, vol. 45, núm. 1, pp.31-32.

Kavanagh, A. (2014), "Proportionality and parliamentary debates: exploring some forbidden territory", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 34, núm. 3, pp. 443-479.

King, J. (2012), *Judging Social Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.

Kumm, M. (2007), "Institutionalising socratic contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review", *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm 2, pp. 1-32.

Meiklejohn, A. (1961), "The First Amendment is an absolute", *The Supreme Court Review*, vol. 1961, pp. 245-266.

Miller, B. (2008), "Justification and rights limitations", en Huscroft, G. (ed.), *Expounding the Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press.

Möller, K. (2012), *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press.

_____ (2014), "Proportionality and rights inflation", en Huscroft, G., Miller, B. y Webber G. (eds.), *Proportionality and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press.

Neuberger, LJ. (2014), "The role of judges in human rights jurisprudence: a comparison of the Australian and UK experience" (Ponencia en la Corte Suprema de Victoria, Melbourne, Australia, 8 de agosto de 2014), disponible en: «<https://www.supremecourt.uk/docs/speech-140808.pdf>».

Nichols, B. (1975), *An Introduction to Roman Law*, Oxford, Clarendon Press.

R vs. Mills [1999] 3 SCR 668.

R vs. Sharpe, [2001] 1 SCR 45.

R vs. Horncastle [2009] UKSC 14.

R (Nicklinson) vs. Ministry of Justice [2014] UKSC 38.

Raz, J. (2003), "About morality and the nature of law", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, núm. 1, pp. 1-15.

_____ (2009), *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press.

_____ (1994), "Rights and individual well-being", en *Ethics in the Public Domain*, ed. rev., Oxford, Oxford University Press.

Riker, W. (1982), *Liberalism Against Populism*, Prospect Heights, IL, Waveland Press.

Roach, K. (2006), "Dialogue or Defiance: Legislative Reversals of Supreme Court Decisions in Canada and the United States", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 2, pp. 347-370.

_____ (2019), "Dialogue in Canada and the dangers of simplified comparative law and populism", en Sigalet, G., Webber, G. y Dixon, R. (eds.), *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*, Cambridge, Cambridge University Press.

Sánchez, R. (2014), "Experts: strict building codes saved lives in powerful Chile earthquake", *CNN*, 3 de abril de 2014, disponible en: «<http://www.cnn.com/2014/04/02/world/americas/chile-earthquake/>».

Saskatchewan (Human Rights Commission) vs. Whatcott [2013] 1 SCR 467.

Steyn, J. (2004), *Democracy Through Law*, Aldershot: Ashgate.

Suicide Act 1961, 3 de agosto de 1961, Inglaterra y Gales.

Tasioulas, J. (2012), "On the nature of human rights", en Ernst, H. y Heilinger, J. (eds.), *The Philosophy of Human Rights*, Berlín, Walter de Gruyter.

_____ (2013), "Justice, equality, and rights", en Crisp, R. (ed.), *The Oxford Handbook of the History of Ethics*, Oxford, Oxford University Press.

Tierney, B. (1997), *The Idea of Natural Rights*, Grant Rapids, William B Eerdmans Publishing.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), caso Al-Khawaja y Tahery vs. Reino Unido, petición núm. 26766/05 y 22228/06, 20 de enero de 2009.

_____, caso Pretty vs. Reino Unido, petición núm. 2346/02, 29 de abril de 2002, en *Reports of Judgments and Decisions*, vol. III, p. 155.

_____ , caso Haas vs. Suiza, petición núm. 31322/07, 20 de enero de 2011, *Reports of Judgments and Decisions*, vol. I, p. 95.

_____ , caso Koch vs. Alemania, petición núm. 497/09, 19 de julio de 2012.

_____ , caso Gross vs. Suiza, petición núm. 67810/10, 30 de septiembre de 2014, *Reports of Judgments and Decisions*, vol. IV, p. 463.

_____ , caso Hirst vs. Reino Unido, petición núm. 74025/01, 6 de octubre de 2005, *Reports of Judgments and Decisions*, vol. IX, p. 187.

_____ , caso Irlanda vs. Reino Unido, 18 de enero de 1978, Serie A, núm. 25.

_____ , caso Chauvy y otros vs. Francia, petición núm. 64915/01, 29 de junio de 2004, *Reports of Judgments and Decisions*, vol. VI, p. 205.

UNESCO (s. f.), "Earthquake and Tsunami in Chile: Massive Evacuation and Building Codes Help to Reduce the Loss of Life", *UNESCO media services*, disponible en: «http://www.unesco.org/new/en/mediaservices/singleview/news/earthquake_and_tsunami_in_chile_massive_evacuation_and_building_codes_help_to_reduce_the_loss_of_life/#.Vgq6AJ3BzRY».

Waldron, J. (1999a), *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press.

_____ (1999b), *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press.

_____ (2006), "The core of the case against judicial review", *Yale Law Journal*, vol. 115, pp.1346-1406.

Waluchow, W. (2007), *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press.

Webber, G. (2009), *The Negotiable Constitution: On the limitation of rights*, Cambridge, Cambridge University Press.

_____ (2014), "On the loss of rights", en Huscroft, G., Miller, B. y Webber, G. (eds.), *Proportionality and the Rule of Law*, Nueva York, Cambridge University Press.

_____ (2015), "Asking why in the study of human affairs", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 60, núm. 1, pp. 51-78.

_____, Yowell, P., Ekins, R., Köpcke, M., Miller, B. y Urbina, F. (2018), *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press.

Wilson vs. First County Trust (No 2) [2003] UKHL 40.

Yowell, P. (2007), "A critical examination of Dworkin's theory of rights", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 52, núm. 1, pp. 93-137.

Dignidad humana, fundamentación de los derechos y derechos de la naturaleza

*Human dignity, foundation of rights
and rights of nature*

FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO*

Resumen

En este trabajo se intentará apuntar algunas breves ideas generales sobre el sentido de la dignidad, para después tratar algunos de los problemas propiamente jurídicos que plantea. Para realizar lo anterior, se toma como cuestión nuclear el papel de la dignidad en la fundamentación de los derechos humanos, así como la posible compatibilidad de ese fundamento con algunos de los llamados "nuevos derechos", en particular, con los derechos de la naturaleza, que aparentemente se desvincularían de la dignidad como (posible) fundamento común de todos los derechos.

Palabras clave: dignidad, derechos humanos, nuevos derechos, fundamentación de los derechos, derechos de la naturaleza.

Abstract

In this text, we will try to point out some brief general ideas about the sense of dignity, and then deal with some of the properly legal problems that it raises. To carry out the

* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, España).

above, the role of dignity in the foundation of human rights is taken as a core issue, as well as the possible compatibility of that foundation with some of the so-called "new rights", in particular, with the rights of nature, that apparently would dissociate themselves from dignity as a (possible) common foundation of all rights.

Keywords: dignity, human rights, new rights, foundations of human rights, rights of nature.

1. Dignidad, Constitución, derechos fundamentales

Como fácilmente puede comprenderse, resulta imposible en unas pocas páginas llevar a cabo un examen mínimamente riguroso y profundo de las muchas facetas que plantea un concepto tan amplio y complejo como el de la dignidad. No es ésta, ni mucho menos, la pretensión de este trabajo. Mucho más modestamente, se tratará de apuntar algunas breves ideas generales sobre el sentido de ese valor, para, a continuación, centrarnos en algunos de los problemas propiamente jurídicos que plantea. Todo ello tomando como cuestión nuclear el papel de la dignidad en la fundamentación de los derechos humanos, así como la eventual compatibilidad de este fundamento con algunos de los llamados "nuevos derechos", y en particular con los derechos de la naturaleza, que aparentemente se desvincularían de la dignidad como (posible) fundamento común de todos los derechos.

1.1 Planteamiento: aproximación lingüística. La dignidad en el pensamiento religioso, filosófico y político

Al igual que otros conceptos incorporados a los textos constitucionales e internacionales, la dignidad es una idea que ha sido objeto de elaboración en disciplinas ajenas al derecho. El derecho, y muy especialmente el derecho constitucional, se caracteriza con frecuencia por incorporar determinados valores que tienen un sentido y significado previo, no sólo en el lenguaje común, sino también en el propio de diversas disciplinas científicas, como la filosofía o la ciencia política. Estos sentidos previos se han ido formando con frecuencia a

lo largo de la historia. Desde luego, eso no conlleva que el significado jurídico coincida por completamente con el sentido que dan a un término específico estas otras ciencias, aunque cabe suponer que ese sentido preexistente no puede ignorarse completamente por el derecho, pues éste se compone por un conjunto de disposiciones que han de resultar mínimamente inteligibles, lo cual no es fácil si necesitan ser objeto de determinación de un contenido o significado totalmente ajeno al que derivaría de la propia palabra, de acuerdo con la historia y la elaboración que a lo largo de ésta se ha hecho de ese sentido.

Aquí nos vamos a centrar en el significado y las consecuencias jurídicas de la dignidad. Sin embargo, y por lo que se ha dicho, tampoco es improcedente indagar, aunque sea de forma muy breve, en el origen de este concepto y su significado a lo largo de los tiempos. Esta evolución habrá dejado su huella en el sentido lingüístico actual de la palabra. Sin embargo, si revisamos las ocho acepciones de la palabra *dignidad* en el *Diccionario de la lengua española* (2014), en realidad sólo la primera ('cualidad de digno') y en cierto sentido la segunda ('excelencia', 'realce') nos pueden dar alguna pauta para entender el sentido jurídico de ese término, cuando se refiere al ser humano. *Digno*, por su parte, puede significar, en lo que aquí interesa, 'merecedor de algo' o tal vez 'correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo'.

Dignidad, con referencia al ser humano, apuntaría por tanto al valor propio y específico de la persona, un valor en cierto modo especial o destacado, en el sentido de ser común a todo ser humano, pero exclusivo del ser humano.

Desde esta perspectiva, y considerando también la formación histórica del concepto, parece difícil no aludir al origen religioso que probablemente tiene el término. En diversas religiones es la relación con Dios la que da valor al ser humano. En el cristianismo, el relato del Génesis¹ apunta en esa línea: el hombre –o, para ser más exactos, y dicho sea de paso, la mujer– es la culminación de la

¹ Existen, como es sabido, muy numerosas ediciones de la Biblia, además, el relato de la creación es comúnmente conocido y contiene elementos comunes en varias confesiones. Puede darse como referencia la edición de Eloino Nácar Fuster y Alberto Colunga Cueto (2017), directa de las lenguas originales.

creación, y en cierto sentido el ser más elevado de ésta, en la medida en que Dios lo hizo a su imagen. Desde luego, ello es compatible con el alto valor de la vida y la naturaleza en el mismo ámbito religioso en muchas confesiones,² pero siempre poniendo el centro en el ser humano.

Ese sentido de la dignidad como especial valor del ser humano por su relación con Dios se va a mantener a lo largo de la historia, aunque no sea el único.

En el ámbito filosófico, e incluso antes de los orígenes del cristianismo, se han destacado los orígenes del concepto de dignidad en autores como Platón, Aristóteles, Cicerón o Séneca (Pele, 2010, pp. 69 y ss.).

Más tarde, probablemente con el iusnaturalismo racionalista, se va a forjar la idea de que el especial valor del ser humano reside en la posesión natural de derechos que pueden deducirse por la razón. Siendo éstos fundamentalmente la vida, la libertad y la propiedad –en los términos de John Locke– y siendo predicables en idéntico modo de todo ser humano por el mero hecho de serlo, la dignidad aparece así, sea o no de manera explícita, como base tanto de la igualdad como de la libertad.

Kant³ va a dar un nuevo fundamento y enfoque a la idea de dignidad. En efecto, su segundo imperativo categórico impone tratar a cualquier otro ser humano como un fin en sí mismo, y nunca como un medio, es decir, no instrumentalizarlo. Esta idea expresa, además de un mandato moral, el especial valor del ser humano, pero éste ya no va a tener una fundamentación religiosa, sino precisamente moral.

² Como simple muestra, puede verse Mateo 6, 26: "Mirad cómo las aves del cielo no siembran, ni siegan, ni encierran en graneros; y vuestro Padre celestial las alimenta. ¿No valéis vosotros más que ellas?"; o Mateo 10, 29-31: "¿No se venden dos pajaritos por un as? Sin embargo, ni uno de ellos cae en tierra sin la voluntad de vuestro Padre. Cuanto a vosotros, aun los cabellos todos de vuestra cabeza están contados. No temáis, pues valéis más que muchos pajarillos". En fin, cabe también mencionar al alto valor concedido a todos los seres vivos por alguna de las figuras claves en la historia del cristianismo, como Francisco de Asís.

³ Las primeras y más conocidas formulaciones del imperativo categórico se contienen en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (puede consultarse la edición de Luis Martín de Velasco [1990]), aunque hay también una formulación posterior en la *Crítica de la razón práctica*.

1.2 La dignidad en las declaraciones de derechos: siempre implícita, tardíamente explícita

Es muy probable que las concepciones filosóficas a las que brevemente me he referido, e incluso las religiosas, estuvieran presentes en la mente de los redactores de las primeras declaraciones de derechos. Cuando en la Declaración de Independencia de Estados Unidos se afirma: "Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad", sin duda se está haciendo referencia al valor del ser humano, igual en todos los casos, por voluntad de su Creador. Algo similar cabría decir de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia ("Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes [...]"), aunque se omite ya la referencia al Creador, o de la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ("Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos"), entre tantas otras que contienen referencias similares.

Como se viene indicando, se destaca aquí la proclamación de una libertad y una igualdad que son la base de los derechos, pero a su vez derivan de la especial naturaleza del ser humano. Aunque es fácil ver aquí un sentido o concepto de la dignidad del ser humano, la verdad es que no existe en estas declaraciones iniciales una proclamación expresa de esa dignidad, a diferencia de lo que sucede con la libertad y la igualdad. La dignidad constituiría así una especie de fundamento de los grandes valores de libertad e igualdad, en los que a su vez encuentran base los distintos derechos concretos. Pero estos primeros textos no procedieron a una proclamación expresa y específica de la dignidad humana, que permanece así como un valor implícito o presupuesto.

De hecho, hay que esperar hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, y en el contexto muy concreto de la Alemania recién salida del abominable periodo nazi, que supuso la negación total de los más elementales derechos humanos,

para encontrar la que quizá al día de hoy siga siendo la proclamación más enfática de la dignidad en el derecho constitucional occidental, contenida en el primer inciso del artículo de apertura de la Ley Fundamental de Bonn: "Die Würde des Menschen ist unantastbar" ("La dignidad humana es intangible"). Esta proclamación resultaba novedosa en el derecho comparado, y en ella desde el principio se apuntaron reminiscencias kantianas, hasta el punto de que parte de la doctrina y la jurisprudencia la equipararon con una fórmula de no instrumentalización (*Objektformel*).⁴ Lo cierto es que ha generado una enorme influencia posterior, de manera que la referencia a la dignidad se ha incorporado en diversos textos constitucionales posteriores, como la propia Constitución española de 1978 en su artículo 10.1 (aunque con una formulación bien diferente), y de manera casi idéntica se repite en el artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que abre un capítulo titulado precisamente "dignidad" con la siguiente proclamación: "La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida".

Por lo demás, la referencia a la dignidad se va a encontrar también en otras declaraciones internacionales de derechos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que es de un año anterior a la Ley Fundamental de Bonn, contiene varias referencias explícitas a la dignidad en el "Preámbulo"; pero además abre su articulado con una proclamación que entronca indudablemente con las primeras declaraciones de derechos del constitucionalismo contemporáneo, pero que introduce también la referencia directa a la dignidad: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

En similar sentido encontramos varias referencias en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que lo ubican como valor principal y fundamento de los derechos. Sorprendentemente, el Convenio de Roma no menciona

⁴ Véase Gutiérrez Gutiérrez (2005, pp. 29 y ss.).

la dignidad ni en el "Preámbulo" ni en el articulado. Por lo demás, hay que mencionar la existencia de algunos textos específicamente referidos al ámbito de los avances biomédicos y genéticos, como la Declaración Universal sobre el Genoma Humano, aprobada por la UNESCO el 11 de noviembre de 1997, y sobre todo el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina) suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, con el Protocolo adicional por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, hecho en París el 12 de enero de 1998.

En suma, la dignidad humana ha estado presente en las declaraciones de derechos desde los orígenes del constitucionalismo, como fundamento o trasfondo último de los propios derechos, pero su plasmación expresa ha tenido que esperar hasta el final de la Segunda Guerra Mundial.⁵

⁵ En este sentido discrepo, aunque en el fondo creo que tal discrepancia no sea tan profunda, con el comentario crítico que formula Miguel Revenga Sánchez en "Gramática de valores y genealogía de derechos" (2010, pp. 393 y ss.), quien, comentando generosamente mi libro *Los derechos humanos ante los avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución* (2009), afirma "desde luego discrepamos de la idea –sostenida por Díaz Revorio– de la evolución lineal del constitucionalismo, desde la era de las Revoluciones hasta nuestros días, a partir de un núcleo de valores que se ha mantenido incólume. La parte sustancial de nuestras concepciones en materia de derechos fundamentales proceden más bien del momento inmediato posterior a la Segunda Guerra, y del feliz compromiso de los teóricos del Derecho y de los operadores jurídicos con el parágrafo de apertura de la Ley Fundamental de Bonn. Por mucho que hoy nos sea dado leer una Declaración de derechos como la de la Carta europea bajo el lecho de Procusto de unos valores (dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia) que cuajan en derechos, todos sabemos que lo que hay en ello, antes que otra cosa, es simple obsesión clasificatoria y dialéctica del 'como si'. Pero inmediatamente añade: "En cambio, nadie que esté al corriente de los desarrollos del constitucionalismo puede poner en duda que la dignidad de la persona ha sido el auténtico leit motif de una teoría normativa resistente a ciertos ensanchamientos de las limitaciones legítimas de los derechos, y moldeable para situar bajo el manto protector de lo intangible ciertas proyecciones o exteriorizaciones de lo que no aparece en ellos de manera expresa". Mi opinión, en suma, no deja de reconocer que nuestro constitucionalismo actual (o al menos el europeo) tiene como referencia más próxima la Ley Fundamental de Bonn y los textos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, pero ello no significa –a mi juicio– que éstos supongan una ruptura con el constitucionalismo anterior o se desvinculen de él. Más bien son una evolución que transforma el Estado de derecho en "Estado social y democrático de derecho" y que amplía así los derechos fundamentales. En este contexto, la aparición de forma explícita de la dignidad como valor intangible (pero de plasmación, por primera vez, tangible, si se me permite el juego de palabras) debe entenderse como intento de superar de una vez para siempre las experiencias negadoras de los derechos humanos que se vivieron en el mundo de entreguerras, retomando la senda del Estado de derecho, aunque sin duda actualizando sus valores y ampliando su catálogo de derechos. La dignidad se enuncia por primera vez, pero siempre estuvo ahí. La proclamación expresa se hace para no repetir la mayor negación de dicha dignidad que el mundo había conocido en momentos recientes.

1.3. Hacia un concepto jurídico de dignidad

Como se ha visto, las referencias a la dignidad humana (o dignidad de la persona) en textos constitucionales e internacionales se han ido generalizando en las últimas décadas. No es posible analizar aquí con detalle los diversos enunciados que contienen dicha proclamación, y cuyas diferencias de redacción pueden no estar desprovistas de consecuencias jurídicas. Pero me parece que todas ellas tienen más elementos en común que diferenciales, de manera que es posible un análisis del sentido jurídico del valor de la dignidad que pueda afrontar los problemas comunes que esta proclamación plantea. Es verdad que el análisis completo requerirá considerar la redacción del texto constitucional del que se trate, pero existen sin duda ciertos retos o problemas comunes.

Como ya se ha apuntado, el enfoque de este trabajo intenta ser propiamente jurídico, y por ello no profundizaremos en la búsqueda de un concepto general o universalmente válido de dignidad desde la perspectiva filosófica, política, histórica o cualquier otra, sino que más bien nos centraremos en el esfuerzo de intentar dotar de un contenido y significado jurídico a la idea de dignidad, a partir de la premisa de lo que los constituyentes o los redactores de textos internacionales de derechos han incluido en ellos, y que debe tener un sentido y unas consecuencias más o menos específicas.

Para llegar a determinar ese sentido y consecuencias habría que abordar diversas cuestiones. Simplificando mucho, la primera sería la concerniente al papel de la dignidad en la fundamentación de los derechos. A continuación, haremos referencia al posible significado jurídico de la intangibilidad de la dignidad, si es que esa característica implica realmente alguna consecuencia en esta línea. Y en cierto sentido relacionado con dicha cuestión, estarían las consecuencias interpretativas de la proclamación de la dignidad, y en especial de su carácter intangible, sobre todo en relación con el método de la ponderación como forma de solución de conflictos entre derechos. Asimismo, vamos a intentar aportar alguna a la solución de estas cuestiones, para terminar luego el trabajo con el análisis de la relación entre la dignidad y algunos posibles "nuevos derechos", y en especial de los llamados "derechos de la naturaleza".

2. Sobre la fundamentación de los derechos

2.1 Apunte sobre las diversas teorías

No es posible en este trabajo llevar a cabo un análisis crítico profundo de las diversas teorías sobre la fundamentación de los derechos;⁶ en realidad, el repaso de las diversas corrientes o teorías de la fundamentación (objetivistas, subjetivistas, intersubjetivas, consensualistas, historicistas, racionalistas) pone de relieve que no parece haber una fundamentación universal de los derechos, y ni siquiera existe consenso sobre si esa fundamentación es posible o necesaria. Casi podría decirse que hay tantas opiniones como autores.

Admitiendo lo anterior, apunto aquí la cuestión de la fundamentación porque siempre ha de abordarse al considerar los derechos humanos, y porque, como vamos a ver inmediatamente, en ella puede jugar un papel relevante la dignidad. Por mi parte, hace años me pronuncié en la línea de que los derechos encuentran fundamentación en determinados valores superiores, los cuales, a su vez, encuentran un fundamento consensual real en cada Constitución o en cada momento histórico; pero como límite o base última que no puede soslayar ese acuerdo aparece precisamente la idea de la dignidad.⁷ De ahí la especial relevancia de este "fundamento de los fundamentos".

2.2 El papel de la dignidad en la fundamentación

Ciertamente, para las teorías que niegan la posibilidad de fundamentar los derechos, o que acuden a otras vías para llevar a cabo esta labor, es posible que la dignidad no juegue ningún papel en este proceso. Sin embargo la mayor parte de las teorías, aluden expresamente o necesitan de forma implícita la dignidad como fundamento o base de todos los derechos.

⁶ Los estudios sobre el tema son muy numerosos y amplios. Por dar alguna referencia de nivel, Prieto Sanchis (1990, pp. 17 y ss.); Pérez Luño (2010, pp. 134 y ss.); Peces-Barba (1991, pp. 89 y ss.); Fernández (1981, pp. 77 y ss.); Bastida Freijedo (2004, pp. 18 y ss.).

⁷ He explicado esta idea con más detalle en *Valores superiores e interpretación constitucional* (2018, pp. 146 y ss.). Mi posición resulta próxima a las de Peces-Barba o Eusebio Fernández.

Es habitual señalar que la proclamación constitucional de la dignidad en la Ley Fundamental de Bonn o en los primeros textos internacionales se produce en el contexto de un iusnaturalismo renovado tras las trágicas experiencias negadoras de los derechos humanos anteriores a la Segunda Guerra Mundial. Y ello es cierto, pero desde el momento en que las propias constituciones apelan explícitamente a este valor, la cuestión de su sentido y de su relación con los derechos se plantea de forma acuciante, y ni siquiera un positivista puede soslayarla, ya que lo que está explícitamente incorporado a un texto cuya normatividad no puede negarse, ha de tener un sentido o significado.

Por lo demás, la configuración de la dignidad como fundamento, bien sea de la propia Constitución o del orden político, aparece en algunos textos constitucionales, como en el artículo 1 de la Constitución de Colombia o el 10 de la Constitución española, entre otros. De este modo, la dignidad va a adoptar, en la mayor parte de los sistemas constitucionales, una posición esencial como base, núcleo o fundamento de los derechos.⁸ Y su proclamación explícita exige un esfuerzo para determinar su sentido y significado, así como sus consecuencias jurídicas e interpretativas, como vamos a ver más adelante. Este esfuerzo, al menos en los sistemas que proclaman de un modo u otro este valor, es independiente de la teoría o concepción que se siga sobre la fundamentación de los derechos.

En mi opinión, la dignidad, aunque no sea el único elemento que considerar en la fundamentación de los derechos, tiene un papel esencial al impedir que una fundamentación consensual, concreta e histórica –con la que en esencia estoy de acuerdo– pueda caer en el relativismo axiológico, que conllevaría una total indiferencia ante un nuevo consenso histórico y concreto que pudiera im-

⁸ En las últimas décadas, prácticamente todas las constituciones mencionan de algún modo a la dignidad. Por poner un par de ejemplos de la zona andina, el artículo 1 de la Constitución de Perú se la proclama como "fin supremo de la sociedad y del Estado"; y en el Preámbulo de la Constitución de Ecuador se proclama la voluntad de construir "una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades".

plantar unos "disvalores". Con todo, es innegable que las concretas exigencias derivadas de esta dignidad pueden variar también históricamente, lo que permitirá la adaptación de la dignidad y otros valores constitucionales a las cambiantes circunstancias. Pero, en todo caso, la dignidad posee en mi opinión un contenido mínimo, que actúa como límite a tales posibles variaciones, y que deriva, por un lado, del propio lenguaje y, por otro, de la tradición constitucional y democrática occidental, cuyos elementos esenciales surgen al comienzo de la Edad Contemporánea, como hemos apuntado al inicio de este trabajo. Ahora bien, el significado concreto de la dignidad puede variar; por ello, en cada momento histórico, el aludido "contenido mínimo" de los valores habrá de ser completado, permitiendo así la adaptación de su significado a las circunstancias cambiantes; para ello será necesario tener en cuenta la realidad social y el significado socialmente admitido, esto es, el "consenso social" sobre el contenido de los valores.⁹

La dignidad actúa así como "fundamento último" de todo el sistema de valores y derechos, y permite además, a mi juicio, explicar y clasificar adecuadamente todos los derechos dentro de los dos grandes valores de igualdad y libertad. Si la dignidad, como ya he sugerido, alude al especial valor de lo humano, ello significa, por un lado, que todo ser humano comparte ese valor, lo que nos hace iguales; pero también, que cada ser humano es único, irrepetible y en ese sentido "diferente" a todos los demás, lo que implica que tiene libertad para regir su destino. Tanto de la igualdad como de la libertad, así fundamentadas, derivarán los concretos derechos fundamentales.

En suma, si fundamentar un derecho humano implica justificar por qué ha de ser exigido, reconocido y garantizado, la dignidad humana tenderá a jugar, en

⁹ Como ha destacado Fernández (1996, pp. 157-158), en relación con el fundamento de los derechos humanos, exponer estos derechos como reflejo de la idea de dignidad humana "permite llegar a entender que esas creencias compartidas hoy son el resultado histórico de una determinada tradición cultural humanista que nos ayuda a comprender su contenido alcance y función", de manera que "la variabilidad histórica de los derechos humanos se detiene ante los derechos más básicos [...]". Por ello responde afirmativamente a la pregunta de si hay exigencias básicas irrenunciables, derivadas directamente del principio de dignidad humana.

prácticamente todas las concepciones, un papel mayor o menor en la respuesta a esa pregunta, ya que la referencia a un irrenunciable valor de lo humano hace que resulten innegables las condiciones propias e intrínsecas de la persona y de cada persona. La dignidad implica, después de todo, que todo ser humano debe ser tratado como tal.

2.3 ¿Fundamentar la dignidad?

Con todo, permanece la pregunta de por qué la dignidad ha de ser el fundamento o la base última de los derechos. A esta cuestión trataremos de ir contestando a lo largo de todo el trabajo. En realidad, de momento bastaría aludir a la lógica de que si los derechos son "humanos", la condición y el valor de lo humano han de estar en la base de todo el sistema. Por lo demás, es cierto que todos los ordenamientos jurídicos parten del presupuesto del ser humano como sujeto del propio derecho.

En todo caso, como iremos viendo en algunos sistemas, muy recientemente, se han introducido otros paradigmas que desplazan al ser humano como único centro del sistema jurídico. Ello puede suponer una objeción a la dignidad como fundamento único de los derechos. No creo, sin embargo, que eso suponga hacer desaparecer a la dignidad como valor esencial del que van a derivar los derechos. Pero sí es cierto que, como veremos, la dignidad tendrá que convivir probablemente con otros valores fundadores. De todos modos, y como ya he sugerido, en la fundamentación de los derechos la dignidad puede ser uno entre varios elementos.

En suma, y sin perjuicio de ulteriores desarrollos, cabe sugerir la idea de que la dignidad es imprescindible si queremos fundamentar derechos humanos, en la medida en que la persona, de la que se predica ese peculiar valor o condición, es titular de los derechos. Pero ello no será óbice para la presencia de otros posibles valores fundadores, que a su vez tendrán su propio contexto y elaboración cultural históricamente formada.

3. Principales cuestiones jurídicas que plantea la dignidad

Hasta ahora hemos llevado a cabo una primera aproximación a la dignidad, así como a su papel en la fundamentación de los derechos. Considerando que la dignidad es un concepto explícita o implícitamente reconocido en gran parte de los textos constitucionales y en textos internacionales de derechos, procede preguntarse por el sentido o significado jurídico de dicho reconocimiento, así como en sus consecuencias en el ámbito de un ordenamiento jurídico. Es verdad que en este terreno hay muchas dudas y pocos acuerdos, pero desde su incorporación a la Ley Fundamental de Bonn, la doctrina y jurisprudencia alemanas, y más tarde las de otros sistemas constitucionales, han ido afrontando y dando respuesta a las numerosas cuestiones que plantea la dignidad como concepto jurídico-constitucional.¹⁰ La influencia alemana ha sido durante mucho tiempo notoria en esta cuestión. Allí ha habido una tendencia a considerar la dignidad como el valor fundamental del sistema constitucional, cuyo carácter intangible le hace prevalecer sobre los demás, de manera que, en alguna medida, quedaría exento de ponderación en caso de conflicto.

En España, el artículo 10.1 de la Constitución considera a la dignidad de la persona, junto a otros valores, como "fundamento del orden político y la paz social". La jurisprudencia constitucional española ha destacado también el carácter fundamental de la dignidad en el sistema de valores de la Constitución,¹¹

¹⁰ No cabe aquí ofrecer siquiera un panorama general del tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la dignidad en Alemania. Sin embargo, parece necesario citar al menos algunas decisiones importantes del *Bundesverfassungsgericht* en la materia, y alguno de los trabajos doctrinales de más interés. En cuanto a las primeras, son frecuentes las afirmaciones que ubican a la dignidad como valor fundamental o central del sistema constitucional; así, BVerfGE 6, 32, la considera como "principio supremo de la Constitución"; BVerfGE 35, 202, "punto central del sistema de valores de la Constitución"; BVerfGE 39, 41, señala que la dignidad es el "valor más alto"; BVerfGE 45, 187 la califica como "valor jurídico supremo dentro del orden constitucional"; BVerfGE 48, 127 utiliza la expresión "supremo bien jurídico".

En cuanto a la doctrina, hay que mencionar el clásico trabajo de Dürig, en concreto su famoso comentario al artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn (1958), o la dedicación al tema, entre tantos otros, de autores como Benda (1995) (en español, Benda [1996]); Böckenförde (2003b), incluso su interesante artículo en prensa "Die Würde des Menschen war unantastbar" (2003a), y Starck (2005).

¹¹ En efecto, el Tribunal Constitucional ha considerado que la dignidad es un valor constitucional, desde la STC 18/1981, de 8 de junio (f. j. 4), y lo ha calificado como "valor jurídico fundamental", "valor espiritual

si bien el desarrollo jurisprudencial y doctrinal del concepto no ha sido tan amplio ni lo ha perfilado tanto como en Alemania.¹² En todo caso, la influencia alemana en el sistema constitucional español parece clara en la inclusión de este concepto, a pesar de las diferencias,¹³ que por lo demás tienden a desdibujarse tras la incorporación como artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de un precepto cuyo tenor es casi reproducción del alemán.¹⁴

Con todos estos parámetros, procede afrontar la cuestión del significado que este concepto puede tener en el ámbito jurídico-constitucional o, más ampliamente, en el terreno de las normas que contiene derechos fundamentales.

3.1 Hacia un concepto jurídico de dignidad

Sin embargo, y aunque resulte en cierta medida paradójico, teniendo en cuenta su innegable carácter central y fundamental, la dignidad posee perfiles constitucionales difusos. Las dificultades para definir este concepto son notorias, y han sido destacadas de manera reiterada por la doctrina.¹⁵ Ciertamente, se trata de un concepto cuyo significado conlleva cierta ambigüedad, pero a mi juicio, ello no supone que se trate de un concepto vacío, carente de sentido o de consecuencias jurídicas. A diferencia de lo sucedido en Alemania, donde el esfuerzo por perfilar el significado del concepto ha sido notable, y a pesar de ciertas dudas la doctrina y la jurisprudencia han ido avanzando en la delimitación de

y moral inherente a la persona", dotado de "relevancia y significación superior", o directamente como "valor superior del ordenamiento" (STC 53/1985, de 11 de abril, f. j. 8, si bien afirmaciones en este sentido han sido muy reiteradas posteriormente, por ejemplo en SSTC 120/1990, de 27 de junio, f. j. 4, 337/1994, de 23 de diciembre, f. j. 12).

¹² Pueden destacarse, como trabajos monográficos, los de González Pérez (1986); Alegre Martínez (1996); Serna (1995); Gutiérrez Gutiérrez (2005); Oehling de los Reyes (2007, pp. 327 y ss.; 2010).

¹³ Gutiérrez Gutiérrez (2005) insiste en las diferencias entre el sistema alemán y el español (en particular pueden consultarse las páginas 21 a 24; en la página 22 se afirma expresamente que las similitudes de nuestro texto con el alemán "resultan sólo aparentes").

¹⁴ En efecto, como ya apunté, el artículo 1 señala: "La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida". La Carta utiliza además el mismo término para dar título a todo el capítulo I, que contiene artículos dedicados a la vida, la integridad, la prohibición de torturas, esclavitud y trabajo forzado, así como una serie de prescripciones específicas en materia de medicina y biología (artículo 3).

¹⁵ Por todos, Von Münch (1982, p. 19).

su sentido, en España parece existir una cierta tendencia a desdibujar ese significado y a difuminarlo en la relación de la dignidad con los derechos y en sus efectos interpretativos.¹⁶ Por su parte, el Tribunal Constitucional, más allá de reiterar el carácter central de la dignidad y su vinculación con los derechos en general y con algunos de ellos en particular, aunque ha extraído de la dignidad consecuencias jurídicas de interés, no ha ofrecido un concepto acabado de la misma.¹⁷ Quizá la idea más reiterada por la jurisprudencia constitucional pueda resumirse en la siguiente cita:

Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 C.E. implica que, en cuanto 'valor espiritual y moral inherente a la persona' (STC 53/1985, fundamento jurídico 8.º), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre [...], constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona (STC 120/1990, de 20 de junio, f. j. 4).¹⁸

Por tanto, el Tribunal se ha centrado en ciertas consecuencias interpretativas y procesales, pero no ha diseñado un concepto de dignidad, si bien se deduce de su jurisprudencia que la dignidad de la persona implica la invulnerabilidad de un núcleo vinculado a la propia condición humana, que obliga a respetar el valor intrínseco del ser humano, e impide supeditar éste a cualesquiera otros fines.

¹⁶ Entre las obras ya citadas sobre la dignidad, merece la pena (aunque no necesariamente se compartan sus conclusiones) destacar el interés del análisis doctrinal y jurisprudencial llevado a cabo por Gutiérrez Gutiérrez (2005, pp. 73 y ss.).

¹⁷ La jurisprudencia constitucional española sobre la dignidad (o al menos, la utilización de este concepto en las sentencias y autos del Tribunal Constitucional) es relativamente amplia, a pesar de que el artículo 10.1 está excluido del amparo. A título de muestra, pueden mencionarse algunas de las primeras en las que esta jugó un papel relevante, o en las que el Tribunal estableció ideas de interés, y así podríamos citar, entre otras muchas: SSTC 53/1985, de 11 de abril (en relación con el aborto, ya citada); 89/1987, de 3 de junio, f. j. 2 (en relación con la libertad sexual); 231/1988, de 2 de diciembre (sobre la propia imagen); 120/1990, de 27 de junio (en relación con la situación de los reclusos en huelga de hambre); 57/1994, de 28 de febrero (sobre el registro personal de reclusos); 215/1994, de 14 de julio (en relación con la esterilización de deficientes psíquicos); 212/1996, de 19 de diciembre (sobre la utilización y donación de embriones, ya citada); 224/1999, de 13 de diciembre (en relación con el acoso sexual); 156/2001, de 2 de julio (sobre la vinculación entre dignidad y derechos al honor, intimidad y propia imagen, idea muy reiterada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional); 192/2003, de 27 de octubre (sobre el descanso y las vacaciones del trabajador).

¹⁸ Si bien se trata de una cita muy reiterada, con éstas o parecidas palabras.

Esta idea puede abrir un camino para perfilar un concepto. Y creo que este camino, de evidentes resonancias kantianas, es el más adecuado para determinar el sentido constitucional de la dignidad. A mi juicio, el concepto de dignidad de la persona hace referencia a la cualidad que distingue al ser humano y lo hace, como antes he sugerido, a la vez único e igual a todos sus semejantes; entendida de este modo, la dignidad puede predicarse tanto en lo individual como en abstracto, y está presente tanto en cada ser perteneciente a esta especie como en todo elemento propiamente humano, y en la humanidad en su conjunto. En este sentido, la dignidad "no se pierde" nunca, pues la misma condición de persona se mantiene toda la vida. Sin embargo, ello no quiere decir que no pueda ser objeto de lesión o injerencia, pues tanto poderes públicos como otras personas pueden vulnerarla cuando dan a las personas un trato no acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad implica una exigencia ineludible como es la prohibición (en sentido negativo) de utilizar a la persona como medio al servicio de otros fines, de instrumentalizar o "cosificar" al ser humano. Además, los poderes públicos tienen, al igual que sucede respecto a los demás valores constitucionales, la obligación positiva de proteger ese valor, impidiendo que sea lesionado, y adoptando las medidas necesarias para su preservación. Dignidad de la persona es también, por tanto, dignidad humana, y protege al tiempo no sólo aquello que hace a cada persona un ser único e irrepetible, sino también lo que nos une a todos haciéndonos pertenecer a la misma especie.¹⁹

¹⁹ Desde luego, esta afirmación es susceptible de discusión, y requeriría una justificación más extensa, pero creo que hay argumentos que apuntan en esta línea. Los textos internacionales, cuyos artículos más relevantes hemos transcrito, parecen apoyar este sentido. De manera muy clara, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano pone de relieve un concepto de dignidad como valor que afecta a cada ser humano y a la especie en su conjunto, por ejemplo, al afirmar que "El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad" (véase el resto del artículo 1 y el artículo 2). En Alemania, de donde nos viene el sentido constitucional del concepto, no sólo parece estar asentada esta idea, sino que creo que la propia expresión "Würde des Menschen" o "Menschenwürde" se traduce incluso mejor como "dignidad humana" que como "dignidad de la persona", aunque el matiz sea sutil. De hecho, la versión española del artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea habla expresamente de "dignidad humana", lo que, teniendo en cuenta sus efectos interpretativos sobre el artículo 10 de la Constitución, aproxima todavía más ambas expresiones. Y en España, aun cuando no hay afirmaciones expresas en un sentido u otro, como veremos, la jurisprudencia constitucional también parece asumir esa dimensión colectiva de la dignidad, por ejemplo, cuando pone en relación este valor con la prohibición de transmisión lucrativa de embriones, o con la prohibición de desarrollar el resultado del llamado "test del hámster". El hipotético nacimiento de un híbrido entre hombre y ratón, dicho sea de paso, no podría pensarse contrario a la dignidad de la persona considerada como valor

Obviamente, soy consciente de que las reflexiones anteriores no logran tampoco ofrecer un perfil acabado del concepto constitucional de dignidad. Pero a mi juicio son, al menos, suficientes para apuntar las líneas fundamentales de este concepto, y para desterrar cualquier interpretación que, so capa de su ambigüedad, pretenda vaciarlo de contenido o defender que está completamente disponible para el legislador, o en general para los poderes públicos. Por lo demás, esta idea de la dignidad es coherente con el sentido filosófico del término, en el sentido visto. Y si bien no es inusual que en el derecho los términos puedan tener significados específicos o más precisos, también resultaría absurdo que este significado chocase o fuese incoherente con el que la palabra utilizada tiene en otros ámbitos, o incluso en el lenguaje común. Desde luego, este concepto ofrecido en "trazos gruesos" está lejos de resolver los diversos interrogantes que plantea la dignidad, como el de su posición constitucional o el de si posee o no una dimensión subjetiva. A continuación vamos a abordar precisamente estas cuestiones.

3.2. Consecuencias jurídico-constitucionales

Trazar las características más destacadas del significado de un concepto, no resuelve la cuestión de su sentido o posición jurídico-constitucional. En cuanto a la dignidad de la persona, a pesar de que incuestionablemente este valor tenderá a poseer un significado común en todos los ordenamientos, sus consecuencias jurídicas pueden depender, en cierta medida, de la redacción que cada texto normativo utilice. Como veremos más adelante, la intangibilidad se proclama expresamente en el texto alemán, pero no en el español. Éste, en cambio, como el colombiano, hace referencia expresa a su carácter de "fundamento", que en España se refiere al "orden político y la paz social", y en Colombia a la propia Constitución. Por todo ello, no es seguro que las respuestas a las cuestiones sobre su posición y consecuencias sean válidas en todos los sistemas constitucionales. Con todas esas cautelas, podrían apuntarse al menos dos consecuencias generales:

individual, pues no afecta a la especialidad o especificidad de ningún ser humano concreto, pero en cambio sí repugna a la dignidad "colectiva" de nuestra especie.

En primer lugar, la inclusión de la dignidad en un precepto constitucional le da un carácter normativo.²⁰ A pesar de que la redacción del precepto que la reconoce pueda tener un sentido aparentemente descriptivo, en realidad encierra un mandato vinculante para poderes públicos y ciudadanos. Aunque la dignidad sea un concepto parcialmente metajurídico, y aunque su elaboración y fundamentación filosófica preceda incluso a su tratamiento jurídico, su inclusión en un texto jurídico le da carácter normativo y preceptivo, de manera que su alcance va más allá del meramente interpretativo de otros preceptos.²¹

En segundo lugar, la proclamación de la dignidad en un artículo de la norma suprema le otorga rango constitucional. Ello significa que todas las normas que contradigan lo dispuesto en el precepto que la reconoce, y en particular todas las que vulneren el valor dignidad, son inconstitucionales, correspondiendo a los tribunales ordinarios o al Tribunal Constitucional su inaplicación o anulación.

Las anteriores serían las consecuencias más generales de la proclamación normativa de la dignidad en textos constitucionales o internacionales. A partir de ahí, existen otras cuestiones de gran trascendencia, que sin embargo han sido objeto de gran debate, y pueden depender, en alguna medida, del tipo de proclamación que la norma constitucional realice. Las abordaré a continuación.

3.3. ¿Es la dignidad un valor o un derecho? El problema de la dimensión subjetiva de la dignidad

Se suele admitir de forma generalizada que la dignidad es un valor y, con los matices y dudas antes apuntados, que juega un papel fundamentador de los derechos. Pero resulta mucho más dudoso si la propia dignidad es un derecho.

²⁰ En esta línea, Ruiz-Giménez (1996, pp. 99 y ss.); Alegre Martínez (2006, pp. 67 y ss.).

²¹ Algunos autores, por el contrario, parecen defender que su función es exclusivamente interpretativa. Así, por ejemplo, Díez-Picazo (2013, pp. 62-63), tras afirmar que la cláusula de la dignidad de la persona no recoge un auténtico derecho fundamental, añade que esta cláusula "opera como criterio interpretativo, pudiéndose utilizar como argumento al servicio de una pretensión basada en otro precepto constitucional (STC 120/1990, 91/2000, etc.)". En la segunda edición de su obra, publicada en 2005, se señalaba más explícitamente (p. 69) que "la cláusula de la dignidad de la persona tiene un mero valor de criterio interpretativo", lo que parece excluir cualquier otra función".

Es verdad que la respuesta a esta pregunta puede depender de la redacción del precepto constitucional que reconoce el concepto, o incluso de su contexto y relación con otros preceptos de la misma norma.

Con todo, en mi opinión y como reflexión general, creo que cabe proclamar y admitir que la dignidad es, además de un valor, un derecho subjetivo de rango constitucional. No hay argumentos constitucionales que justifiquen la negativa de ese carácter subjetivo, y sí, en cambio, hay fundamentos para defenderlo.

En primer lugar, esta doble dimensión, subjetiva y objetiva, se predica habitualmente de todos los derechos constitucionales, y no hay razón para excluir a la dignidad de esta doble vertiente. En el caso español, como argumento adicional, cabe afirmar que la dignidad, a diferencia de otros valores superiores (más adelante trataré de justificar su equiparación), ha sido ubicada por el poder constituyente en el mismo título I dedicado a los derechos, y dando inicio al mismo.²² En sentido similar cabe hablar de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y de la Ley Fundamental de Bonn, que abren la declaración de derechos con la solemne proclamación de la dignidad.

El contenido constitucional de la dignidad, entendido como hemos expuesto un poco antes, no sólo admite esa dimensión subjetiva, sino que resultaría incompleto sin ella, de manera que la dignidad ofrecería una garantía deficiente a la persona si ésta no pudiera ser y actuar como titular de un derecho subjetivo

²² Por otro lado, la vinculación de la dignidad a los derechos resulta evidente de la lectura del propio artículo 10.1, al referirse, inmediatamente después de la dignidad de la persona, a los "derechos inviolables que le son inherentes". Los derechos son, por tanto, inherentes a la persona, de quien se predica también la dignidad que, como veremos, también es inviolable. La persona aparece así como titular común de la dignidad y de los derechos, de tal manera que aquella es el primer y más importante derecho y fundamento de todos los demás. Esta conclusión podría ser cuestionada, argumentando precisamente la mención separada de dignidad y derechos, y entendiendo la separación como un indicio de que la dignidad es algo distinto a los derechos. A mi juicio, la separación tiene el sentido de reforzar la importancia constitucional de la dignidad, ubicándola precisamente como un derecho primero y fundamentador de los demás. Negarle la dimensión subjetiva sería privarle de una de sus dimensiones fundamentales, y eso es justamente lo contrario de lo que se pretende con su mención separada y destacada. Por lo demás, el cuestionamiento de la dimensión subjetiva podría tener algún sentido si se justificase que su contenido o significado constitucional no es susceptible de desplegar esa faceta subjetiva. Pero, como intento exponer en el texto, sucede justamente lo contrario.

que proteja su misma dimensión humana. Ciertamente, buena parte de las dimensiones de la dignidad están garantizadas mediante los concretos derechos constitucionales, pero desde luego éstos no agotan todas las dimensiones de la dignidad humana susceptibles de protección. Negar la dimensión subjetiva significaría proclamar la dignidad sólo como valor, pero rechazar que cada persona individualmente considerada sea titular de las facultades que su dignidad ampara, y dueño de la protección de las posiciones jurídicas por ella protegidas. Como se ha dicho, la misma dignidad humana "habla en favor de brindar al individuo una posibilidad real de defender por sí mismo la propia dignidad", pues si la dignidad impide considerar a la persona como mero objeto, sería un contrasentido que la persona fuera mero objeto de la norma que reconoce la dignidad (Benda, 1996, p. 121).²³

Por lo demás, creo que la doctrina y la jurisprudencia constitucional apoyan esta tesis. En Alemania (donde además los conceptos de derecho fundamental y derecho constitucional tienden a coincidir, al menos desde la perspectiva jurídico-constitucional), el Tribunal Constitucional Federal y la doctrina mayoritaria han entendido la dignidad como un derecho fundamental.²⁴ En España sucede, a mi juicio, que el debate sobre esta cuestión resulta "viciado" por la circunstancia de que no todos los derechos constitucionales son considerados fundamentales por el Tribunal Constitucional. Por este motivo se produce una cierta confusión en la materia, de manera que, del hecho cierto de que no es un derecho fundamental desde la perspectiva de la Constitución española, hay una tendencia a deducir, explícita o implícitamente, que no es un derecho constitucional, o que simplemente carece de dimensión subjetiva.

²³ El autor señala expresamente que "Con frecuencia se infiere del art. 1.1 GG que el individuo no debe ser degradado a la condición de mero objeto de la acción estatal o de las relaciones sociales. Ello se compadece mal con liberarle de su responsabilidad, es decir, con hacer de la persona el *objeto* de una decisión valorativa concebida como norma objetiva, precisamente en el ámbito en el que se garantiza su dignidad".

²⁴ Aunque G. Dürig, cuyos trabajos sobre la dignidad en la Ley Fundamental fueron pioneros, negaba el carácter de derecho fundamental de ésta, parece que la mayor parte de la doctrina reconoce hoy ese carácter. Así, por ejemplo, el propio Benda (1996, p. 121), con amplia cita doctrinal; Von Münch (1982, pp. 14 y ss.); Starck (2005, pp. 489 ss.); Gutiérrez Gutiérrez (2005, p. 28) reconoce que la doctrina y la jurisprudencia alemanas proclaman mayoritariamente el carácter de derecho fundamental de la dignidad, aunque apunta que, entre la doctrina "se discute incluso el hecho de que ello sea objeto de disputa".

A mi juicio, la dignidad de la persona no es un derecho fundamental en el sistema constitucional español, pero sí es un derecho constitucional que posee su dimensión subjetiva. En efecto, sin entrar en el debate sobre el concepto de derechos fundamentales, lo cierto es que el Tribunal Constitucional español ha entendido que éstos son sólo los incluidos en la sección primera del capítulo segundo del título I, poniendo en relación el enunciado del epígrafe de esa sección con el artículo 81.1.²⁵ En este sentido, no hay duda de que la dignidad de la persona, por su ubicación en el artículo 10, no es un derecho fundamental en el sistema constitucional. A mi juicio, esto y no otra cosa es lo que ha señalado el Tribunal Constitucional cuando ha realizado afirmaciones del tipo de la siguiente:

Pero sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en consideración por este Tribunal como referente. No, en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan [STC 120/1990, de 20 de junio, f. j. 4].

Ciertamente, en alguna otra ocasión el Tribunal ha señalado que la dignidad no es un derecho fundamental, pero de ello no cabe deducir que carezca de dimensión subjetiva, cuestión que el propio Tribunal ha dejado abierta en alguna otra oportunidad.²⁶

²⁵ La jurisprudencia constitucional en este sentido es muy reiterada; puede citarse como muestra la STC 160/1987, de 27 de octubre. Por lo demás, el debate sobre el concepto constitucional de derechos fundamentales está, a su vez, "viciado" por la reserva de Ley orgánica del artículo 81, hasta el punto de que podríamos decir que dicho concepto de derecho fundamental es aplicable a los meros efectos de su desarrollo mediante ley orgánica. El procedimiento agravado de reforma sería la otra garantía constitucional "exclusiva" de los derechos fundamentales. El amparo ordinario y constitucional, que son probablemente las garantías "estelares" de ciertos derechos constitucionales, y que aparecen muchas veces en el trasfondo del debate sobre el concepto de derechos fundamentales, en realidad no sólo son aplicables a éstos, sino también al artículo 14 y al 30.2. En suma, la cuestión de las garantías preside y dirige el debate sobre el concepto de derechos fundamentales, aunque hay que reconocer que acaso no haya otra vía posible para determinar el concepto de derecho fundamental en el sistema constitucional español (salvo la alternativa de equiparar los conceptos de "derecho fundamental" y "derecho constitucional", como sucede en gran parte de los sistemas constitucionales).

²⁶ A diferencia de la afirmación de que no es invocable de forma autónoma en amparo, que es muy reiterada, los pronunciamientos sobre su carácter de derecho fundamental o derecho subjetivo son aislados y contenidos sobre todo en autos. Así, el ATC 149/1999, de 14 de junio, afirma: "basta recordar que la

En mi opinión, la dignidad de la persona no es un derecho fundamental en el sentido que a esta expresión se le ha dado en el sistema constitucional español, pero sí es un derecho constitucional entendido como derecho subjetivo reconocido en la Constitución, dado que hay argumentos constitucionales para defender que junto a su vertiente objetiva posee una dimensión subjetiva.

Establecida esta dimensión subjetiva, surge la cuestión de la titularidad del derecho. En Alemania, algunos autores han proclamado abiertamente que la misma es predicable de todo ser humano incluso antes del nacimiento,²⁷ o incluso –según algunos– más allá de la muerte (Starck, 2005, p. 491). Ciertamente, el propio Tribunal Constitucional Federal había previamente dado pie a interpretaciones en esta línea, al afirmar, en su primera sentencia importante sobre el aborto, que "allí donde existe vida humana, ha de reconocérsele la dignidad correspondiente, sin que sea decisivo que el sujeto sea consciente de esa dignidad y sepa guardarla por sí mismo" (BVerfGE, 39, 1 ss., citado por Von Münch, 1982, p. 16).

Sin embargo, en España esa tesis parece difícil de sostenerse, porque la jurisprudencia constitucional ha mantenido, principalmente en la ya comentada sentencia sobre el aborto, que desde el punto de vista jurídico-constitucional, *persona* es el ser humano nacido, y sólo él puede ser titular de los derechos

dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como 'fundamento del orden político y la paz social' (art. 10 C.E.), para rechazar eventuales violaciones de ese mandato constitucional susceptibles de protección autónoma a través del proceso constitucional de amparo". Por su parte, el ATC 241/1985, de 17 de abril, señala que "no puede ser objeto de amparo el principio de dignidad de la persona a que se refiere el art. 10 de la Constitución, con independencia de que tal idea constituye además o no un derecho subjetivo". En suma, el Tribunal Constitucional no ha negado el carácter o dimensión subjetiva de la dignidad de la persona, sino simplemente que pueda considerarse un derecho fundamental susceptible de amparo.

Seguramente esta jurisprudencia está en la base de las afirmaciones de ciertos autores en el sentido de negar a la dignidad el carácter de derecho fundamental (por ejemplo, Gutiérrez Gutiérrez (2005, p. 91); Díez-Picazo (2013, p. 62), si bien en general la doctrina no se pronuncia de forma abierta y terminante sobre si posee o no una dimensión subjetiva, o puede considerarse derecho constitucional. Cabe insistir en que podría, incluso no siendo considerado derecho fundamental, poseer una dimensión subjetiva siendo, por tanto, un derecho constitucional.

²⁷ Así, por ejemplo, Starck (2005, p. 491); Von Münch (1982, pp. 16-17).

constitucionales. Por ello, salvo que se rechace esta premisa,²⁸ hay que proclamar que la titularidad del derecho a la dignidad corresponde a la persona, entendida como ser humano ya nacido. Ello no es óbice para que, en su dimensión objetiva, la protección de la dignidad alcance a otras fases del desarrollo humano, como la del *nasciturus*, pero en este caso no puede hablarse de un derecho subjetivo, al faltar un titular. Por tanto, paralelamente a lo que sucede con la vida, puede decirse que la dimensión subjetiva y la objetiva de la dignidad no son "coextensas", dado que esta última tiene un mayor alcance, pudiendo proteger situaciones en las cuales no existe titular de ningún derecho. Incluso creo que la dimensión objetiva de la dignidad tiene mayor alcance aún que la de la misma vida, pues hay situaciones en las que difícilmente el valor vida sería aplicable, y sin embargo el valor dignidad puede tener incidencia. Tal sería, por ejemplo, el caso de los cadáveres, los tejidos humanos, o los híbridos entre humanos y animales, por ejemplo.

3.4. Su carácter de fundamento: ¿tiene la dignidad más "valor" que los demás derechos? El riesgo de las jerarquías

Admitiendo que, como se ha visto, la dignidad es proclamada en algunos casos como fundamento del orden político y la paz social, o del entero sistema constitucional, y tiende en todo caso a jugar un papel en la fundamentación de los derechos, cabe preguntarse si ese carácter le da una cierta superioridad sobre los demás valores o sobre los propios derechos. Con carácter general, ya he explicado que la dignidad actuaría como base de los dos grandes valores (igualdad y libertad) que vienen a su vez a englobar la práctica total de los derechos.

En relación con el caso español, como en su momento señalé (Díaz Revorio, 2018 p. 126 y ss.), hay argumentos para defender una equiparación básica entre el papel constitucional de la dignidad de la persona y los valores superiores que proclama el artículo 1.1. del texto constitucional. Al igual que éstos, la dignidad

²⁸ En cuyo caso habría que fundamentar otro concepto constitucional de persona, que no parece encontrar apoyo fácil en el texto de la Carta Magna ni en la legislación española.

es uno de los valores esenciales o primordiales del sistema constitucional, y ese carácter fundamental o "superior" se traduce jurídicamente en cierta preeminencia interpretativa al resolver posibles conflictos, siempre basándose en la ponderación. En suma, la dignidad preside, junto a los cuatro valores del artículo 1.1 (pero con una vinculación más directa a los derechos, por su sentido y ubicación en el artículo 10.1), todo el sistema constitucional y el ordenamiento jurídico en su conjunto, aunque la preeminencia en la Constitución no es jerárquica ni de rango jurídico.

Con todo, creo que nada de lo anterior debe entenderse en el sentido de una superioridad jurídica que otorgase a la dignidad (o incluso a los propios valores superiores) un mayor rango o nivel que otros derechos fundamentales o que otros preceptos constitucionales. Una afirmación de ese tipo implicaría una clara ruptura del principio de unidad constitucional y del igual rango de todos los preceptos de la norma fundamental, lo que carece de toda justificación jurídica. Por lo demás, ello implicaría la justificación de la teoría de las posibles "normas constitucionales inconstitucionales"²⁹ que, como he explicado con más detalle en otro texto (Díaz Revorio, 2018, pp. 289 y ss.), no parece fácilmente sostenible en términos jurídicos, en sistemas cuya jerarquía normativa presupone el igual rango y valor de todas las normas constitucionales.

Desde luego, lo anterior no es óbice para apuntar que el carácter fundamental y "superior" de la dignidad y de otros valores puede tener otra serie de consecuencias, por su capacidad de irradiar hacia todo el ordenamiento, y la necesidad de interpretar éste de conformidad con estos valores, que de algún modo despliegan un mayor efecto interpretativo de la Constitución y del resto de las normas. E incluso, en caso de conflictos entre principios o valores, uno de los criterios a considerar puede ser ese carácter fundamental de la dignidad.

3.5. ¿Es la dignidad intangible?

Una cuestión importante y de gran trascendencia jurídica, en relación con la dignidad, es la de si cabe proclamar su carácter intangible y, en caso afirmativo,

²⁹ Véase al respecto, como mayor exponente de esa doctrina, Bachof (2010).

qué significaría este carácter. En Alemania, la primera cuestión parece respondida por el propio texto constitucional, dado que, como ya he indicado, el artículo 1.1 proclama expresamente que la dignidad humana es intangible. Sin embargo, el significado y las consecuencias últimas de esta proclamación no son claras ni pacíficas, hay diversas hipótesis, como que este valor ha de ser protegido frente a ataques, su eficacia horizontal, o la imposibilidad de que la dignidad se pierda sea cual sea la circunstancia;³⁰ también se han hecho derivar de esta intangibilidad otras consecuencias constitucionales, como la proscripción de la tortura o la imposibilidad de reforma constitucional de este precepto (Starck, 2005, p. 492).

Interesa particularmente apuntar la tesis según la cual la intangibilidad de la dignidad podría implicar un cierto carácter absoluto de ésta, en el sentido de que supondría un límite último que nunca cedería frente a injerencias o intrusiones, de tal manera que, en caso de conflicto con otros bienes o valores constitucionales, prevalecería siempre la dignidad. Ello excluiría la ponderación en caso de conflicto, lo que en definitiva tiende a colocar a la dignidad en una posición "superior" a otros valores constitucionales. A este aspecto me voy a referir un poco más adelante.

En el sistema español, no existe una proclamación expresa del carácter intangible de la dignidad, pero creo que hay argumentos para defenderlo, siempre que se entienda en el sentido moderado o "suave" a que me referiré más adelante, que no implica ni superioridad de rango ni carácter absoluto. Por lo demás, a esta interpretación apunta la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce en su artículo 1 que la dignidad humana es "inviolable", lo que a estos efectos puede entenderse como sinónimo de intangible.³¹

³⁰ Von Münch (1982, p. 23) apunta todas estas teorías, y se decanta por la última, según la cual "ni siquiera la persona doblegada, degradada, torturada pierde su dignidad. La dignidad de la persona no puede quitarse ni aniquilarse".

³¹ Cabe apuntar que la versión alemana de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dice "Die Würde des Menschen ist unantastbar", esto es lo mismo que dice la Ley Fundamental de Bonn, si bien por la razón que sea ésta se ha traducido habitualmente al español como "intangible", mientras que la versión española de la Carta utiliza el adjetivo "inviolable" (por cierto, que para esta palabra en alemán existe también "unverletzlich", que es exactamente el adjetivo que utiliza el artículo 1.2 de la Ley Fundamental de

De todos modos, a la hora de interpretar esta propiedad de la dignidad hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha reiterado que ningún derecho tiene carácter absoluto. Por lo demás, y como ya he señalado, a mi juicio no es posible establecer jerarquizaciones dentro de la Constitución. Y no hay que olvidar que, según el mismo artículo 10.1, también los derechos son inviolables. De todo lo cual puede deducirse, en mi opinión, que el carácter intangible de la dignidad debe hacerse compatible con su naturaleza no absoluta y susceptible de ponderación en caso de conflicto. Ello implica, en mi opinión, que sólo un núcleo último de la dignidad permanece siempre inmune y cerrado frente a cualquier intervención, pero más allá de esa esfera reducida, las intervenciones pueden ser admisibles si tienen fundamento constitucional, están amparadas en otros bienes, valores y derechos, y la ponderación entre éstos y la dignidad permite entender como justificada la intervención en el caso concreto.

En cambio, en el núcleo interno nunca estaría justificada la intervención del Estado o de terceros. Lógicamente, esto abre el problema de identificar ese límite último frente a cualquier intervención. Pero la dificultad de la tarea, que seguramente sólo puede llevarse a cabo de una forma casuística, no la convierte en labor imposible o camino erróneo. Y de hecho, hay algunas pautas para esa identificación. Como se ha reiterado, la inclusión de la dignidad en la Constitución alemana estuvo muy vinculada al rechazo frontal de la experiencia

Bonn para referirse a los derechos humanos como "inviolables"). Parece, por tanto, que ambas proclamaciones tienen un sentido similar. La de la Constitución española es diferente en varios aspectos, ya que se refiere a "La dignidad de la persona" y no la proclama como "intangible" ni "inviolable" sino como "fundamento del orden político y la paz social". Con todo, creo que al establecer el sentido de la dignidad no hay que enfatizar estas diferencias, mucho menos si la Carta europea tiene eficacia interpretativa en nuestro sistema constitucional. Por ello no me resulta convincente el argumento utilizado a veces para negar ese carácter a la dignidad de la persona, señalando que el artículo 10.1 de la Constitución española no califica como inviolable a la dignidad sino a los derechos (véase al respecto Gutiérrez Gutiérrez [2005, pág. 116]): aparte del argumento en contra basado en la Carta europea, cabe entender que, si son inviolables los derechos "inherentes" a la persona, y la dignidad de ésta es base y fundamento de esos derechos, la propia dignidad debe ser también inviolable. Es verdad que, con carácter general, las diferencias entre "inviolable" e "intangible" sí pueden resultar jurídicamente relevantes, ya que la violación de un derecho será aquella injerencia no justificada (de acuerdo con un criterio de ponderación y proporcionalidad), mientras que en el ámbito de la intangibilidad no cabría nunca una injerencia o afectación. Pero, teniendo en cuenta lo anterior, cabe entender que, en el contexto de la proclamación de la dignidad como inviolable que realiza la Carta europea, ambos adjetivos tienden a ser sinónimos.

histórica inmediatamente anterior, caracterizada por el desprecio a la dignidad y el envilecimiento de lo humano.³² Y ésta ha sido la fuente del reconocimiento posterior en otros sistemas constitucionales, y en la misma Carta europea. De manera que cabría vincular el "núcleo interno" de la dignidad a la prohibición absoluta de aquellos tratos claramente vejatorios para la persona, o negadores de la misma condición humana (muchos de los cuales están expresamente prohibidos en casi todos los sistemas, por ejemplo, en el artículo 15 de la Constitución española, en tanto que "torturas" o penas o tratos inhumanos o degradantes).³³ Aquellos tratos que en forma manifiesta y desde cualquier perspectiva impliquen una minusvaloración o desprecio de la condición humana, siendo impropios de aplicarse a una persona, estarían vulnerando el "núcleo duro" intangible de la dignidad.

De este modo, parece que la dignidad justifica un límite último e infranqueable a ciertas prácticas que resulten manifiestamente vejatorias, degradantes o atentatorias contra la propia esencia de la condición o cualidad humana (con independencia de que dicho límite esté explicitado en algún caso en la propia Constitución, por ejemplo, la prohibición de torturas, que no admite excepciones). Pero ello no convierte a la dignidad en un derecho absoluto o que deba ser extraído íntegramente de la ponderación, como enseguida veremos. Lo mismo cabe decir de su dimensión objetiva o axiológica: el carácter principal y fundamentador de la dignidad como valor no permite jerarquizarlo y ubicarlo por encima de todos los demás, dándole sistemáticamente más rango; ello aunque su preeminencia dentro del sistema constitucional tenga sus efectos en el plano interpretativo. En cualquier caso, la dignidad conlleva numerosas manifestaciones y consecuencias jurídicas, y sería imposible entenderla como derecho

³² Por todos, Benda (1996, p. 124).

³³ Por lo demás, la jurisprudencia constitucional parece apuntar en algún caso en la misma dirección. Aunque se entienda constitucionalmente justificadas ciertas obligaciones o mandatos de actuación, frente a su negativa no cabe la imposición coactiva, sino extraer las consecuencias jurídicas que procedan. Así, por ejemplo, aun cuando el hombre deba someterse a la realización de las pruebas de paternidad impuestas judicialmente con el cumplimiento de los requisitos que procedan, frente a su negativa estas pruebas no se realizarán a la fuerza, sino que se extraerán las consecuencias procesales oportunas (véase STC 7/1994, de 17 de enero, entre otras).

absoluto en toda su extensión. Todos los derechos tienen sus límites y la dignidad de la persona no es una excepción, a pesar de su incuestionable trascendencia y de su centralidad en el sistema constitucional.

3.6. Dignidad y ponderación

No es posible en este trabajo llevar a cabo un análisis exhaustivo de la técnica de la ponderación como vía para resolver los conflictos entre principios. Por lo demás, es conocido el amplio debate doctrinal existente sobre si la ponderación es realmente la técnica o vía idónea para resolver estos conflictos, o sobre sus riesgos y los problemas que plantea.³⁴

Sin entrar en ese debate, vamos a admitir que la ponderación intenta al menos ser utilizada por gran parte de los jueces y tribunales que han de afrontar conflictos entre derechos. Esta técnica parte de la tesis según la cual los valores y los derechos actúan como principios, y por tanto no se aplican en forma de todo o nada, sino que admiten diversos grados o intensidades en su aplicación. Esto permite que los conflictos entre ellos puedan resolverse, en cada caso, no mediante la jerarquización ni mediante los criterios que suelen utilizarse para resolver los conflictos entre reglas (prevalencia de la posterior sobre la anterior, de la especial sobre la general, etcétera), sino mediante la ponderación, que no implica una preferencia absoluta o incondicionada de uno de ellos, sino la búsqueda del mayor grado de realización práctica de todos, dentro de un criterio de unidad del ordenamiento constitucional.³⁵ Como se ha señalado, "entre los valores se puede llegar a pactos" (Zagrebelsky, 1995, p. 125).³⁶

³⁴ Serían inabarcables en este contexto las referencias bibliográficas. Por todos, puede seguirse el trabajo de Atienza y García Amado (2018).

³⁵ Como es sabido, esta línea de pensamiento es hoy suscrita por muchos autores, y quizá es la imperante en la disciplina. No es la ocasión para un análisis o comentario detallado de tal doctrina, pero hay que mencionar al menos la decisiva influencia en su construcción de trabajos como los de Alexy (2007b) o Zagrebelsky (1995).

³⁶ El autor añade otras ideas muy significativas en la misma línea: "si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos" (p. 16); "por lo general, los principios no se estructuran según una 'jerarquía de valores'. Si así fuese [...], en caso de conflicto, el principio de más rango privaría de valor a todos los principios inferiores y daría lugar a una amenazadora 'tiranía del valor' esencialmente destructiva" (p. 124); "la pluralidad de principios y la ausencia de una je-

Ahora bien, aun defendiendo el criterio de la ponderación para resolver los conflictos entre principios constitucionales, hay que considerar que en tiempos más recientes se han puesto de relieve sus debilidades y sus limitaciones, de tal manera que tampoco creo que deba considerarse como un método universal e infalible ³⁷.

Más allá de los problemas que puede plantear esta técnica, en este trabajo nos interesa la compatibilidad entre la misma y la dignidad, esto es, si resulta posible ponderar la dignidad con otros principios en caso de conflicto. La dificultad para llevar a cabo este tipo de ponderación deriva del carácter intangible de la dignidad. En caso de justificarse éste, o al menos si se predica esa intangibilidad del núcleo esencial de la dignidad, en los términos ya vistos, la consecuencia sería que en ciertos supuestos de conflicto no procedería la ponderación, dado que la dignidad prevalecería incondicionadamente en caso de conflicto. Es decir, ningún derecho, valor o fundamento constitucional podría utilizarse para justificar una lesión del "núcleo intangible" de la dignidad.

rarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación. [...] quizás la única regla formal de la que quepa hablar sea la de la 'optimización' posible de todos los principios [...]. Para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto [...]" (p. 125).

³⁷ Un excelente trabajo, basado en el análisis de la doctrina y la jurisprudencia estadounidense, que incide en la crítica a la ponderación y los límites de la misma, es el de Aleinikoff (2010). Se trata de un estudio que analiza con rigor los orígenes de la utilización del método de la ponderación por el Tribunal Supremo, así como sus déficits y limitaciones, que están, entre otros aspectos, en la propia generalidad e indefinición de los intereses que terminan por servir de límite a los derechos. Se diría que este método nació para "maximizar el espacio" de los derechos, permitiendo resolver los conflictos entre ellos de modo que ninguno tenga que ceder por completo o quedar subordinado a otro; pero en la práctica, décadas de utilización del método ponen de relieve que al final, y paradójicamente, la ponderación termina por servir a una mayor limitación de los derechos, ya que ninguno de ellos tiene la extensión que cabría derivar de su enunciado, y a la postre cualquiera de ellos puede terminar por ceder frente a casi cualquier principio o valor legítimo o justificado que los poderes públicos puedan invocar dentro de la Constitución (pues en el sistema de Estados Unidos tampoco se exige que dichos principios o intereses estén previstos o deriven expresamente de la Constitución. Al final de las conclusiones, Aleinikoff expresa con crudeza la paradoja. Me permito extraer algunas citas: "En vez de restaurar el equilibrio al Derecho Constitucional, el recurso fácil de la ponderación amenaza al Derecho Constitucional. La ponderación nos ha alejado de la Constitución, suplantándola con legislación 'razonable' en vez de investigaciones teóricas sobre los derechos, principios y estructuras. [...] Los aplicadores de la ponderación han logrado ganar terreno hasta ahora mediante una posesión adversa. La ponderación ha logrado legitimidad mediante la reputación de sus primeros defensores y el paso del tiempo. [...] Es ésta, pues, la más grande ironía de la ponderación. Ésta surgió al comienzo como una metodología liberadora. Les quitó las anteojeras a los jueces y les permitió tomar conciencia de las conexiones entre el Derecho Constitucional y el mundo real. [...] Hoy día la ponderación, a pesar de sus méritos como alternativa al formalismo, se ha vuelto rígida y formalista. Nos ofrece respuestas, pero no llega a convencernos. [...] El Derecho Constitucional está sufriendo en la actual era de la ponderación. Es tiempo de que comencemos la búsqueda de nuevas y emancipadoras metáforas".

De este modo, la intangibilidad de la dignidad podría implicar un cierto carácter absoluto, en el sentido de que supondría un límite último que nunca cedería frente a otros principios que pudieran sustentar posibles injerencias o intromisiones, de tal manera que, en caso de conflicto con otros bienes o valores constitucionales, prevalecería siempre la dignidad. Ello excluiría la ponderación en caso de conflicto, lo que en definitiva tiende a colocar a la dignidad en una posición "superior" a otros valores constitucionales. Sin embargo, esta tesis, que tiene cierto predicamento en la doctrina alemana,³⁸ tropieza con serias dificultades si se quiere aplicar de manera incondicionada. En efecto, dada la incuestionable "fuerza expansiva" de la dignidad, y su relación con la mayor parte de los derechos, afirmar su carácter absoluto, o preservarla de la ponderación con otros valores, conllevaría notorias dificultades para resolver satisfactoriamente muchos conflictos constitucionales, así como una cierta jerarquización incompatible con la unidad de la Constitución. Por ello se ha destacado que parece imposible mantener el carácter intangible de la dignidad si se atribuye a ésta un contenido extenso (Gutiérrez Gutiérrez, 2005, p. 33). Si se asume ese carácter intangible, la ponderación entre principios resultaría imposible.

En esta línea, y como ya hemos apuntado, cabe señalar solamente de un núcleo intangible de la dignidad. Algún autor ha querido matizar la primacía de la dignidad, distinguiendo un núcleo intangible, sustancialmente vinculado a la experiencia nazi de persecuciones masivas y genocidios, más allá del cual se encontrarían otras manifestaciones susceptibles de ponderación (Herdegen, 2003).³⁹

Con todo, Robert Alexy, uno de los principales defensores de la ponderación, ha tratado de contestar a las críticas sobre la posible devaluación de la dignidad que implicaría someterla a ponderación, y se decanta abiertamente por un

³⁸ Véase al respecto el repaso que realiza Gutiérrez Gutiérrez (2005, pp. 34 y ss.).

³⁹ Este trabajo, que era la actualización de estos clásicos comentarios a la Ley Fundamental, y entraba en abierta contradicción con la tesis que en su momento defendió Dürig, fue duramente contestado por Ernst Wolfgang Böckenförde, en el citado artículo titulado "Die Würde des Menschen war unantastbar", publicado en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* el 3 de septiembre de 2003.

concepto relativo de la dignidad que resulta compatible con la ponderación y la "fórmula del peso" que defiende, si bien teniendo en cuenta que, en dicha fórmula, en los que él llama casos "extremos" o "trágicos", el alto valor abstracto de la dignidad humana, así como los valores de certeza tanto empírica como normativa, son muy elevados (Alexy, 2014, pp. 10 y ss.).⁴⁰

La justificación que hace Alexy, si bien en muchos casos permitirá llegar a soluciones similares, plantea, a mi juicio, algunas dudas. Sin que pueda extenderme en ellas aquí, cabe apuntar, en primer lugar, que parte de la premisa de la fórmula del peso, susceptible de cuestionamiento en la medida en que parece bastante difícil, en los casos reales, cuantificar cada uno de sus parámetros. En segundo lugar, en sistemas como el alemán y en la propia Carta de los Derechos de la Unión Europea, choca con la proclamación constitucional expresa de la intangibilidad, en la medida en que dicha proclamación ha de tener una consecuencia jurídica, que parece difícilmente compatible con el hecho de someter la dignidad a esa fórmula que, por definición, contempla la eventual legitimidad de su afectación o de ciertas injerencias en su contenido. En fin, esa posible afectación, al menos si se refiere a lo que antes hemos denominado "núcleo duro" de la dignidad, choca con una consideración de los derechos que parta de un fundamento moral ubicado precisamente en el valor de la condición humana, que, al menos en lo que sin duda afecta a su esencia, no debería poder someterse a contraste con otros principios, a los que eventualmente, aunque sea en casos muy singulares, pueda supeditarse.

Por todo ello creo, que es posible entender que la dignidad suponga un límite último e infranqueable a aquellas prácticas, procedentes de poderes públicos o ciudadanos, que supongan un quebranto evidente de lo más esencial o

⁴⁰ En la página 25 afirma expresamente que "en los casos extremos o trágicos, en los cuales hay que asignar los valores más altos del lado de la dignidad humana, la afectación a la dignidad humana solamente es proporcional en una de entre 81 constelaciones proporcionales por el resto. En todas las demás constelaciones, es decir, las 80 restantes, la afectación de la dignidad humana es desproporcionada, y por tanto inconstitucional, y por tanto debe ser prohibida. No resulta sencillo describir esto como una 'devaluación de la dignidad humana". Monográficamente, sobre las características y elementos de la fórmula del peso, Alexy (2008, pp. 13 y ss.).

intrínseco a la misma; pero no por ello puede proclamarse su carácter absoluto o ilimitado, en la medida en que sólo lo que afecta notoriamente al núcleo mismo de la condición humana debe rechazarse sin someterse a ponderación.

En suma, en mi opinión, el carácter intangible de la dignidad debe hacerse compatible con su naturaleza no absoluta y susceptible de ponderación en caso de conflicto. Ello implica que sólo un núcleo último de la dignidad permanece siempre inmune y cerrado frente a cualquier intervención, pero más allá de esa esfera reducida, las intervenciones pueden ser admisibles si tienen fundamento constitucional, están amparadas en otros bienes, valores y derechos, y la ponderación entre éstos y la dignidad permite entender como justificado la intervención en el caso concreto.

4. Dignidad y "nuevos derechos"

Una vez repasados los problemas jurídicos más importantes que plantea la dignidad humana y su papel en la fundamentación de los derechos, procede afrontar la cuestión de en qué medida ese planteamiento es compatible con algunos de los que son llamados "nuevos derechos",⁴¹ en especial, aquellos que no parecen encontrar referencia a un titular humano. Esto nos conduce, en primer lugar, a algunas reflexiones sobre la titularidad de los derechos y, en segundo lugar, en su caso, a la consideración de si dicho titular necesariamente ha de ser humano o tener un vínculo con la condición humana.

4.1 El problema de la titularidad de los nuevos derechos: de la titularidad colectiva a la difusa

Con base en la dogmática de los derechos fundamentales está la concepción de los derechos públicos subjetivos, elaborada fundamentalmente por la doctrina

⁴¹ Me he referido a la cuestión de los "nuevos derechos" en el trabajo *Los derechos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos* (Díaz Revorio, 2009).

alemana, que los concibe como un conjunto de facultades o de posiciones jurídicas del ciudadano, protegidas frente al Estado. Además, la teoría de los derechos fundamentales los concibe como derechos universales en su titularidad, es decir, predicables de todo ciudadano (o de toda persona). Por tanto, la idea de la titularidad y la necesidad de un titular parece esencial en la configuración de todo derecho fundamental. Y dicho titular, en la concepción clásica, será un ciudadano o una persona. Sin embargo, con el paso del tiempo esta construcción se muestra insuficiente, toda vez que los derechos van experimentando una clara evolución que hace inviable el mantenimiento de un diseño tan estricto.

Por un lado, al menos desde el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, la naturaleza de los derechos se va ampliando, de manera que éstos no protegen ya solamente posiciones jurídicas pasivas (como es el caso de la vida, la integridad física y moral, o los derechos de privacidad), facultades de actuación (como la mayoría de los derechos de libertad) o de elección (como los derechos de participación política), sino también prestaciones positivas de los poderes públicos, sin las cuales el derecho no puede reconocerse.

Por otro lado, los derechos no pueden concebirse meramente desde una dimensión subjetiva, sino que junto a ésta (y en algunas ocasiones cabe entender que en lugar de ésta) se aprecia una dimensión objetiva o axiológica, de manera que los derechos, además de proteger a sujetos concretos en diversas posiciones jurídicas iusfundamentales, presentan una vertiente institucional, como elementos valiosos del ordenamiento. A partir de aquí puede hablarse de un "efecto irradiación",⁴² cuyas consecuencias se aprecian en los más variados ámbitos. Entre ellas cabe destacar la consideración de los derechos como mandatos de actuación, dirigidos a los poderes públicos, para hacer efectivo y real su contenido.

⁴² Se recomienda el análisis que lleva a cabo Böckenförde (1993, p. 110). Me he referido a esta cuestión con más detalle en *Valores superiores e interpretación constitucional* (2018, p. 408 y ss.).

En tercer lugar, y en cierto modo como consecuencia de ese mismo efecto irradiación, el sujeto pasivo de los derechos ya no solamente será el Estado, sino que también pueden serlo otros ciudadanos, que se ven así obligados a respetar y eventualmente hacer efectivo el derecho subjetivo, al menos en aquellos derechos cuya naturaleza permite ese ejercicio frente a terceros. Es la doctrina llamada de la *Drittwirkung der Grundrechte*.⁴³

Por último, y en lo que ahora más nos interesa, en la actualidad no siempre es posible hablar de una titularidad individual y universal de los derechos. Con la implantación de los principios del Estado social, encontramos derechos que no son predicables de todas las personas, sino de las que están en una situación determinada o pertenecen a colectivos específicos, marcados en muchos casos por una situación de preterición histórica. Pueden ser todavía derechos individuales, pero cuya titularidad requiere la pertenencia a un grupo o colectivo. Pero hay también derechos de grupos, derechos colectivos o difusos. De este modo, y aunque la doctrina no siempre coincide en la terminología utilizada (y en algunos casos no se habla de derechos sino de intereses), a los efectos que interesan podríamos distinguir las siguientes categorías:⁴⁴

- 1) Derechos individuales, que se predicán de toda persona (o de todo ciudadano, si se trata de derechos que requieren la nacionalidad o una condición política específica para su titularidad), y que cuentan por tanto con un titular individual. Si bien la cuestión de la titularidad es conceptualmente diferente a la de la accionabilidad o legitimidad procesal para la tutela,⁴⁵ en este caso es lógico que al titular se le otorgue la

⁴³ La doctrina sería abundantísima e inabarcable. En lengua castellana, se recomienda especialmente el trabajo de Bilbao Ubillos (1997).

⁴⁴ La clasificación que sigue, aunque se asume como propia, trata de utilizar las terminologías más usuales en la doctrina, y se basa o inspira en textos como Spagna Musso (1978, pp. 57 y ss.); Ovalle Favela (2003, pp. 587 y ss.); Benabentos y García (1993).

⁴⁵ Aquí no podemos profundizar en esta cuestión, ya que la legitimidad procesal para la tutela de los derechos fundamentales es compleja y realmente muy variada. Ya que este aspecto depende o se relaciona en cierta medida con la cuestión de la titularidad del derecho, pero también con el tipo de vía procesal utilizable para su tutela. Desde luego, la cuestión de la titularidad no se relaciona de forma necesaria y biunívoca con la de la legitimación procesal, pero su relación es indudable. Tanto que, como regla general, puede afirmarse que el titular del derecho ha de disponer de una acción procesal para su tutela. Sin embargo,

legitimación procesal para instar las acciones que procedan para su tutela (junto a otros sujetos a los que el ordenamiento decida otorgárselas). Por ejemplo, la vida o la libertad de expresión.

- 2) Derechos grupales o colectivos, que se predicán de un grupo de personas determinado o determinable en función de algunas características. Todavía dentro de este grupo, en realidad cabe distinguir:
 - a. Derechos colectivos de ejercicio individual, o incluso derechos individuales que sólo se predicán de las personas que pertenecen a un grupo o colectivo. Son derechos en los que tanto la titularidad como el ejercicio se pueden ejercer de manera individual. Por ejemplo, la mayoría de los derechos que se predicán específicamente de la tercera edad, la infancia y las personas con discapacidad. Incluso puede darse el caso de derechos de las personas que se predicán no por circunstancias que posean de forma permanente o estable, sino por la posición que ocupan en un momento determinado, como los derechos de los consumidores y usuarios.
 - b. Derechos colectivos que en alguna medida requieren el ejercicio colectivo, ya que en realidad no se predicán de cada persona del grupo, sino del colectivo en su conjunto, como pueden ser algunos de los derechos de los pueblos indígenas, como el derecho a su

conviene distinguir entre titularidad y ejercicio de un derecho fundamental, distinción que se relaciona en algún modo con la que existe entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y cuya consecuencia en el ámbito que ahora tratamos es que eventualmente pueden establecerse condiciones específicas para el ejercicio de un derecho, de tal manera que su titular puede verse privado, en ciertas condiciones y circunstancias y ante el incumplimiento de esas condiciones, de la posibilidad de ejercicio. Ello podría, a su vez, tener consecuencias desde la perspectiva de la legitimidad para el ejercicio de acciones procesales de tutela, de las que podría verse privado quien, a pesar de ser titular, no puede ejercer el derecho. Así puede suceder, en algunos casos, en el caso de los menores o personas declaradas incapaces. Pero además, el titular del derecho, aun cuando puede ejercerlo y tiene legitimidad para su tutela procesal, no es el único que puede instar esa acción, ya que la accionabilidad de la tutela de los derechos, entendida como posibilidad procesal de instar un procedimiento que permita prevenir o reparar la vulneración, ha de garantizarse incluso en aquellos casos en los que el titular no existe, no es determinado o determinable, o no puede actuar por sí mismo ante los tribunales. Ello es particularmente importante en el caso de los llamados derechos colectivos y derechos difusos, y desde luego imprescindible en los derechos con titular no humano, como serían los derechos de la naturaleza.

identidad o a la preservación de su sistema de justicia. Por ejemplo, los artículos 56 y siguientes de la Constitución de Ecuador de 2008 reconocen derechos a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y en el mismo sentido, los artículos 30-32 de la Constitución de Bolivia de 2009. También cabe apuntar aquí ciertas dimensiones colectivas de derechos individuales, de las que son titulares entidades grupales, como pueden ser asociaciones, sindicatos o congregaciones religiosas, respecto a posibles dimensiones colectivas de las libertades de asociación, sindicación o religiosa, respectivamente.

En ambos casos, las acciones procesales para su tutela suelen requerir una configuración más amplia, atribuyéndose no sólo a toda persona que pertenezca al colectivo, sino eventualmente a grupos, asociaciones, o incluso ONG que puedan actuar en representación del propio grupo.

- 3) Derechos difusos, cuya titularidad no se predica ya de un conjunto de personas determinada o determinable o de un colectivo al que se pertenezca por características permanentes o por una posición determinada, sino más bien de toda la sociedad, de todas las personas, o más ampliamente, de la humanidad en su conjunto, concebida como género o condición humana, que es más que la suma de todas las personas vivas, incluyendo de algún modo todo aquello que se vincula con lo humano, y en particular las futuras personas que aún no han nacido. Se ha hablado así de "derechos de las futuras generaciones".⁴⁶ La mayor parte de los derechos medioambientales podrían ubicarse en este grupo, aunque también puede mencionarse la protección de otros derechos, como la integridad genética o la identidad genética (o la protección del genoma humano como patrimonio de la humanidad).

En realidad, cabe plantearse si en términos jurídicos, la construcción más idónea para estos derechos es la de una titularidad difusa, o la de valores o preceptos

⁴⁶ Por ejemplo, Rojo Sanz (1992, pp. 193 y ss.).

con una dimensión propiamente objetiva, es decir, carentes de una vertiente propiamente subjetiva. Ello no implicaría en modo alguno una menor garantía, sino una diferente construcción jurídica, aunque la cuestión es desde luego debatida. En cualquier caso, desde el punto de vista de su tutela procesal, estos derechos son los candidatos idóneos para el establecimiento de acciones muy abiertas, como pueden ser acciones populares que toda persona podría emprender.

En cualquier caso, la anterior clasificación sirve para poner de relieve que el esquema de la titularidad de los derechos ubicada un una persona o ciudadano se ve ampliamente superado, y que incluso en ocasiones ni siquiera se puede predicar esa titularidad de un grupo o colectivo más o menos definido o delimitado en lo relativo a sus integrantes. Por tanto, existe una superación del diseño clásico de la idea de la titularidad de los derechos. Encontramos, en realidad, derechos sin un titular concreto, determinado, o incluso determinable. Pero en todos los supuestos enunciados se mantiene la idea de una referencia o vínculo humano en el sujeto de quien se predicen los derechos. Esta idea, sin embargo, también se ve superada en la última categoría de derechos, a la que nos vamos a referir a continuación con algo más de detalle.

4.2 Derechos de sujetos no humanos

En efecto, en algunos de los textos constitucionales (o legales) más recientes, así como en estudios doctrinales o en resoluciones judiciales, empezamos a encontrar derechos que se predicen, como tales, de sujetos diferentes al ser humano. Los casos más llamativos son los llamados "derechos de los animales" y los "derechos de la naturaleza".

4.2.1 Más allá del medio ambiente: derechos de los animales y derechos de la naturaleza, elementos comunes y diferenciadores

Hace décadas que la protección del medio ambiente viene siendo incorporada de forma expresa en distintos ordenamientos y, al menos desde la Constitución portuguesa de 1976 y la española de 1978, se ha integrado en los catálogos constitucionales de derechos. Sin duda, el "derecho al medio ambiente" plantea

no pocos problemas en su configuración como derecho constitucional (o derecho fundamental). Aquí no podemos entrar en ellos, pero sí cabe señalar que habitualmente se viene considerando un derecho de titularidad difusa, en el sentido antes explicado. Aunque la ausencia de un titular concreto o determinado también podría configurarse en realidad como un valor constitucionalmente protegido, lo que ahora interesa destacar es que el medio ambiente se entiende todavía como un derecho humano, cuyo titular, aunque sea más o menos difuso, mantiene la vinculación con el elemento humano o con la humanidad como amplio sujeto colectivo, en los términos antes apuntados. En este sentido, el medio ambiente puede entenderse fundamentado por el mismo valor de la dignidad que juega, como hemos visto, un papel relevante en la fundamentación de los derechos.⁴⁷

Sin embargo, también podemos encontrar algunas proclamaciones de derechos en las que parece ya perderse toda referencia a lo humano. Tal sería el caso de los "derechos de los animales" y de los "derechos de la naturaleza".

En cuanto a los primeros, se trata más bien de una idea de elaboración doctrinal y jurisprudencial, con origen en la filosofía.⁴⁸ Existe también, desde hace décadas, la Declaración Universal de Derechos del Animal, pero carece de todo reconocimiento oficial o carácter normativo.⁴⁹ En cualquier caso, la consideración de esta idea, como es obvio, supone la posibilidad de proclamar derechos cuyo titular no es un ser humano, lo que plantea a su vez la cuestión de la configuración jurídica de dichos derechos, su naturaleza y su posible mayor o menor similitud con los derechos humanos. Es verdad que los animales han sido considerados durante siglos meros objetos del derecho y no sujetos, siendo

⁴⁷ La bibliografía es abundantísima; de hecho, el derecho del medio ambiente suele considerarse ya una rama autónoma del ordenamiento. Me permito recomendar un trabajo que aborda su configuración como derecho y se centra en su dimensión subjetiva, si bien se centra en el sistema constitucional español: Alonso García (2015).

⁴⁸ Algunos trabajos relevantes: Cortina (2009); De Lora (2003); Lacadena (2002); Baltasar (2015).

⁴⁹ Un análisis sobre el valor de esta declaración, deshaciendo el extendido equívoco de su adopción por la UNESCO o la ONU, que nunca se ha producido, puede verse en Capacete González (2018, pp. 143 y ss.) (el texto, de 1978, puede encontrarse en «<http://www.filosofia.org/cod/c1977ani.htm>» [fecha de última consulta: 17 de septiembre de 2019], aunque el comentario citado refiere una segunda versión, de 1989, con solo 10 artículos).

equiparados a las cosas, aspecto que desde mi perspectiva resulta inadmisibile. Pero esa equiparación también puede romperse acudiendo a la figura de "seres vivos dotados de sensibilidad", que abriría la puerta a un *tertium genus* entre la condición de sujeto y objeto del derecho.⁵⁰

Por otro lado, y en este caso con rango constitucional, está el reconocimiento explícito de los derechos de la naturaleza. En efecto, el artículo 71 de la Constitución de Ecuador de 2008 dispone:

La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.

Además, los artículos 14 y 15 reconocen el derecho a un ambiente sano y el preámbulo enfatiza la trascendencia de la Pacha Mama en el sistema ecuatoriano.⁵¹

Estamos, por tanto, ante una proclamación radicalmente novedosa de un derecho cuyo sujeto no es un ser humano. Sin duda, la Pacha Mama es una idea muy presente en las culturas indígenas de ese y otros lugares, y por ello, en este contexto,⁵² cabe entender las referencias constitucionales de la norma

⁵⁰ En esta línea va, por ejemplo, la proposición de reforma de varias leyes presentada en España para superar la equiparación de los animales a los objetos o cosas; sin embargo, la tramitación caducó por el final de la legislatura. La tramitación y el texto de la iniciativa están disponibles en «[⁵¹ Pueden destacarse las siguientes referencias expresas: "CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia" y más adelante se afirma que el pueblo decide construir "Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*".](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IWA2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&QUERY=%28I%29.ACINI1.+%26+%28ANIMALES%29.OBJE.&DOCS=2-2» (fecha de última consulta: 17 de septiembre de 2019).</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁵² De nuevo estamos ante un tema, el de los derechos indígenas, que ha generado en los últimos años muy abundante producción bibliográfica. Como muestra de referencias de interés puede mencionarse Giraud (2008; 2007); Ruiz Molleda y Roel Alva (2011).

fundamental ecuatoriana. Con la proclamación de los derechos de la Pacha Mama y de la armonía con la naturaleza como medio para alcanzar el *sumak kawsay*, la Constitución reconoce e integra inequívocamente conceptos esenciales del patrimonio cultural indígena, aunque evidentemente esta afirmación constitucional tiene un alcance general y trasciende por ello el ámbito de los derechos colectivos de los indígenas. En esta línea, es habitual señalar que este concepto refleja o se enmarca en la sustitución del antropocentrismo por un biocentrismo o ecocentrismo,⁵³ más próximos a las ideas indígenas, principalmente –aunque no únicamente– en todo el hemisferio occidental.⁵⁴ La incuestionable novedad del concepto en el constitucionalismo ha generado en pocos años una producción doctrinal de cierta relevancia;⁵⁵ sin embargo, la proclamación de los "derechos de la naturaleza" es necesariamente híbrida, toda vez que el concepto de derecho, en el sentido de derecho humano o fundamental, es también inequívocamente una elaboración cultural de occidente.

⁵³ En este texto voy a utilizar ambos términos, que son de uso frecuente en la doctrina, aun siendo consciente de los matices diferenciadores. *Biocentrismo* nos remite al término griego βίος(*bíos*), 'vida', y por tanto a los seres vivos. Mientras que *ecocentrismo* deriva de οἶκος (*oikos*), que significa 'casa' o 'vivienda', y que hace referencia en este contexto al hábitat. Puede pensarse que el primero resulta más idóneo en el contexto de las reflexiones sobre los derechos de los animales (aunque también incluiría la preocupación por seres vivos vegetales) y el segundo nos aproxima al concepto más amplio de naturaleza. Considero que, en realidad, la idea de Pacha Mama, aunque se aproxima, no se corresponde exactamente con ninguno de los dos términos, en la medida en que ciertamente se trata de un ente vivo, y también del hábitat del ser humano y otros seres vivos. Pero la Pacha Mama es también la madre y, en ese sentido, el origen del que procedemos y volveremos. Y esta idea no queda certeramente reflejada, al menos en el sentido etimológico, por ninguno de ambos términos. No obstante, los utilizaré por resultar los más aproximados y comunes en la doctrina.

⁵⁴ Aunque existan varias versiones y no se pueda afirmar con certeza que su texto refleje con propiedad las palabras del jefe indio, es casi ineludible referirse a la carta del jefe indio Seattle al presidente de Estados Unidos, considerada por muchos el primer documento ecologista de la historia, y que pone de relieve de forma manifiesta el contraste entre la cultura occidental, en la que el ser humano puede apropiarse de todo, y la cultura indígena, según la cual la naturaleza no nos pertenece, sino que, a la inversa, nosotros formamos parte de ella. Su texto puede encontrarse en numerosas fuentes, no siempre coincidentes. Por ejemplo, en «<http://herzog.economia.unam.mx/profesores/blopez/valoracion-swamish.pdf>» (última fecha de consulta: 17 de septiembre de 2019). Sobre el origen y las distintas adaptaciones y versiones del texto: «https://es.wikipedia.org/wiki/Jefe_Seattle» o «<http://misteriosuelto.com/index.php/2017/05/08/la-carta-nunca-escrita-por-el-jefe-indio-seattle/>» (última fecha de consulta: 17 de septiembre de 2019).

⁵⁵ Como muestra, Prieto Méndez (2013); desde una perspectiva más amplia o abierta, Ávila Santamaría (2019); Bedón Garzón (2016, pp. 133 y ss.); De Prada (2013, pp. 81 y ss.); Pinto Calaça, Cerneiro de Freitas, Da Silva y Maluf (2018, pp. 155 y ss.); Suárez (2012); Viciano (2019).

En todo caso, aquí interesa destacar que tanto el derecho al medio ambiente, como los derechos de los animales y los derechos de la naturaleza tienen en común su relación con la protección de la vida más allá del ser humano, sirviendo como exigencia de preservación de todo nuestro planeta y la vida sobre él, y rompiendo de algún modo con el antropocentrismo tradicional, y en mayor o menor medida con el elemento humano y la dignidad como valor central.

Sin embargo, más allá de este denominador común, cada uno de estos tres derechos tiene claras características diferenciadoras. En primer lugar, el derecho al medio ambiente sigue proclamándose como un derecho humano, aunque su titular no pueda circunscribirse a una persona o grupo y por tanto tienda a considerarse un derecho de titularidad difusa (y aunque en algunos casos tenga otras dimensiones, como la de deber). Por el contrario, los derechos de los animales y los derechos de la naturaleza rompen con esa titularidad humana. Pero tampoco pueden equiparse, ya que los derechos de los animales –cuya eficacia y garantía jurídica están lejos de haberse consolidado, manteniéndose todavía más en el plano teórico– tendrían como titulares a seres vivos que pueden individualizarse, hasta el punto de que la declaración antes mencionada se refiere a derechos del animal. Por el contrario, los derechos de la naturaleza tienen un sujeto más abstracto, vinculado, como se ha dicho, a una cosmovisión indígena, en la cual la naturaleza, como conjunto o idea general, posee vida. Por ello, la Pacha Mama no es –o no es sólo– un conjunto de seres vivos, sino la globalidad de la tierra que es, para el ser humano, madre que nos acoge, y tiene un carácter sagrado. Hay, desde luego, una vinculación también con la vida, y por eso esta proclamación se puede enmarcar en el ámbito del biocentrismo; pero esta vinculación no se refiere sólo a los seres vivos que habitan en la naturaleza (lo cual, por cierto, ya iría más allá de los derechos de los animales, al incluir seres del reino vegetal), sino que se refiere a la personificación de un sujeto que, como tal, se asume como vivo. Por ello pueden proclamarse derechos de ríos o montes, por ejemplo, como sujetos personificados y como entes que acogen la vida, y cabe referirse también con propiedad, como antes se ha apuntado, a un paradigma ecocéntrico. En suma, la Pacha Mama tiene vida y es el hábitat como tierra que nos acoge, pero en la cultura indígena es más que todo eso, por su propio carácter sagrado.

En todo caso, cabe plantearse si es posible encontrar un fundamento común, o fundamentos compatibles en los derechos de la naturaleza (y, en su caso, en los derechos de los animales) y los derechos humanos.

4.2.2 Problemas de fundamentación y titularidad de estos derechos

Como se acaba de ver, si los derechos humanos suelen encontrar su fundamento (con todos los debates que se quieran apuntar y a los que ya aludimos) en la dignidad humana, los derechos de la naturaleza tienen como fundamento una concepción indígena de la Pacha Mama como sujeto vivo. Por tanto, parece que estamos partiendo de fundamentos diferentes.

Podría pensarse que, por tanto, los derechos de la naturaleza quedarían ya excluidos de su configuración como derechos humanos o derechos fundamentales. Pero ello implicaría asumir que la dignidad es el único fundamento posible de todos los derechos, y que por ende la persona es el único posible titular de los derechos.

Sin embargo, esta idea no se puede afirmar categóricamente, al menos desde que se reconocen derechos a personas jurídicas. En efecto, parece indudable que la admisión de estos sujetos como titulares de derechos fundamentales pugna con la idea de dignidad humana como fundamento de estos derechos. Una entidad creada por el derecho y en cierto modo ficticia no podría ser titular de aquellos derechos que están profundamente enraizados en la esencia de la condición humana y que en principio se poseen precisamente como consecuencia de esa condición, que sólo las personas físicas poseen. En todo caso, la realidad es que esa titularidad se ha ido abriendo camino en casi todos los ordenamientos. Para justificarla cabe esbozar los siguientes argumentos: 1) las personas jurídicas suelen ser entidades colectivas, detrás de las cuales hay personas físicas, pero no siempre resulta suficiente el reconocimiento de los derechos a cada una de estas personas físicas; 2) en algunos casos cabe una interpretación analógica de las situaciones propias de las personas físicas, de tal manera que puede predicarse en las mismas situaciones la titularidad del derecho por una persona jurídica; 3) razones de índole práctico recomiendan que, quien puede operar en el mundo del derecho, contratar, ser propietario, tener incluso un domicilio

y comparecer en juicio, sea titular al menos de los derechos fundamentales que vienen aparejados a estas situaciones (y a otras similares en las que la diferencia entre persona física y jurídica no es relevante), como la propiedad, la inviolabilidad del domicilio o la tutela judicial efectiva, por poner sólo algún ejemplo. Con esta base, al menos algunos derechos se han ido reconociendo legal o jurisprudencialmente a las personas jurídicas.⁵⁶

Es evidente que existen diferencias muy notorias entre los derechos de las personas jurídicas y la naturaleza, ya que detrás de aquéllas hay personas físicas que pueden actuar en su nombre,⁵⁷ lo que no se produce en el caso de la naturaleza. Quizá consciente de ello, la Constitución de Ecuador señala en su artículo 71 que "Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza". Pero en todo caso, esta referencia al elemento humano no afecta a la titularidad del derecho, sino al ejercicio de posibles acciones en su tutela. Ello no excluye, como vamos a ver enseguida, determinados vínculos con ese elemento humano en la configuración de los derechos de la naturaleza, incluso de los animales.

⁵⁶ Aunque es difícil realizar consideraciones generales que puedan aplicarse a todos los ordenamientos, podría afirmarse que la tendencia de la jurisprudencia ha ido en la línea de establecer un núcleo de derechos de los cuales no cabe predicar la titularidad de personas jurídicas (por ejemplo, la vida, la integridad física o la libertad personal), otros que están necesariamente unidos a su personalidad jurídica (como la tutela judicial efectiva, que es, hasta el momento, el único derecho que puede incluso reconocerse a personas jurídico-públicas), y otros que les van siendo reconocidos por analogía con las situaciones que protegen respecto a personas físicas, aunque el fundamento no siempre coincida (por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones, a pesar de que la privacidad que estos protegen parece más propia de personas físicas, y de que incluso técnicamente no queda imaginar una persona jurídica que se comunique sin el auxilio o intervención de personas físicas). Un supuesto especial podría ser el del derecho al honor, cuyo reconocimiento a personas jurídicas parece ir abriéndose camino, a pesar de ser un derecho íntimamente vinculado a la dignidad. En realidad, desde una consideración objetiva o "figurada", este reconocimiento parece posible, pero en tal caso, entendido como "prestigio", fama o consideración social, también sería extrapolable a personas jurídico-públicas (una corporación u otra entidad pública, un ayuntamiento o municipalidad), con lo que estaríamos invirtiendo ya por completo la relación originaria propia del derecho fundamental, que pasaría de ser un derecho del ciudadano frente al Estado a ser un derecho del Estado frente a los ciudadanos, ya que son éstos, mediante el ejercicio de la libertad de expresión, quienes más comúnmente pueden lesionar el honor de terceros.

⁵⁷ En este sentido, Viciano Pastor (2019) afirma: "De ahí que los intentos de justificar la existencia del nuevo sujeto de derechos (la Pacha Mama) trazando un paralelismo con las personas jurídicas no tenga, creemos, la virtualidad que algunos le presuponen y que querrían porque, guste o no, la naturaleza entendida como el entorno natural que envuelve la vida del ser humano está fuera de las características, autónomas y racionales, que definen a éste. Con todo, se ha de reconocer que precisamente es el Derecho el que posee la capacidad de proyección ficticia para convertir en realidad jurídica cosas que no son, per se, reales".

Dicho lo anterior, hay que reconocer que el caso de estos derechos de sujetos "no humanos" comparte con el de las personas jurídicas la idea de que difícilmente la dignidad humana puede actuar como fundamento de estos derechos, al menos de una manera directa.

Por lo demás, y en coherencia con este fundamento, la titularidad, como ya hemos apuntado, va a resultar también diferente en cada uno de los casos. Todo ello, como trataremos de señalar, no implica incompatibilidad entre estas diferentes categorías, pero sí puede conllevar diferencias relevantes en la configuración de los diferentes derechos. En todo caso, y como algún autor ha destacado, quizá la búsqueda permanente de un "sujeto" como un elemento necesario en toda construcción jurídica sea precisamente un factor que con vendría superar o relativizar en estas construcciones jurídicas cuyos parámetros se alejan, al menos en parte, del constitucionalismo occidental, y desde luego en construcciones que se refieren a realidades o problemas que no pueden ser apprehendidos con los parámetros o paradigmas clásicos.⁵⁸

4.2.3 El elemento humano en los derechos de la naturaleza y los derechos de los animales

Aun siendo claro que los derechos de la naturaleza (y los llamados derechos de los animales) no tienen como titular un ser humano, sino ese sujeto complejo, vivo y omnipresente que en la cosmovisión indígena es llamado Pacha Mama, ello no significa que en su configuración desaparezca todo vínculo o relación con el elemento humano. Esta relación existe necesariamente, por las razones que voy a exponer de forma sintética:

1. Más allá del problema filosófico y epistemológico del dilema entre objetividad y subjetividad, y de si es posible una realidad externa sin el elemento de la percepción o conocimiento subjetivo que de algún modo va a formar parte de ese ser o de esa realidad, lo cierto es que toda construcción jurídica es una obra

⁵⁸ Véase en esta línea Viciano Pastor (2019).

humana y no puede entenderse sin esa característica. Ello es predicable de igual modo de los derechos humanos, de los derechos de la naturaleza y los derechos de los animales, todos los cuales son una obra humana y reflejan una percepción humana y subjetiva de una realidad, en cierto sentido transformada en una construcción (y a veces en una ficción) jurídica.

2. Acudir a las concepciones indígenas como forma de entender y fundamentar los derechos de la naturaleza implica una fundamentación evidentemente vinculada a sujetos humanos, como son los pueblos indígenas, cuya cosmovisión está presente, aunque en clara hibridación con concepciones occidentales, en la propia configuración de estos derechos. No es que los derechos de la naturaleza sean derechos de los pueblos indígenas, pero sí son derechos que sólo se entienden en el marco y con el fundamento de la cosmovisión indígena, que es inequívocamente humana.

3. Como todo derecho, los derechos de la naturaleza (e igualmente los de los animales) sólo pueden ser tutelados a instancias de una acción humana. Desde luego, no debemos caer en la confusión entre derecho y acción procesal, ni entre titularidad y legitimación, pero es cierto que en estos casos la intervención humana se hace de algún modo en nombre o representación de un sujeto que no puede actuar. En esto la situación puede aproximarse a la actuación de las personas jurídicas, pero con la diferencia de que en éstas, la persona física que actúa en su nombre forma parte, se vincula o está "detrás de" la propia persona jurídica. En el caso de los derechos de la naturaleza, es posible que cualquier persona o colectivo pueda actuar en su defensa, aunque es innegable que tendrá una relevancia e implicación especial en caso de que haya padecido también las consecuencias del daño a la naturaleza. Consciente de esta circunstancia, la Constitución de Ecuador señala, en su artículo 71, que "Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza". Aunque el artículo 72, dedicado a la restauración del daño, trata de separar el deber de restaurar el daño causado a la naturaleza y la posible indemnización a personas y colectivos afectados: "La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los

individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados". Con todo, como ha señalado Viciano Pastor,

[la] paradoja aquí nos resulta llamativa: si lo que se pretende al intentar dotar de autonomía a los derechos de la naturaleza, incluido el derecho a la restauración, es que aquella sea verdadero sujeto de derechos y sus intereses se vean así protegidos objetivamente, lo que ahora se consigue es vincular tal realidad a las personas jurídicas o físicas envueltas en los negocios particulares, o en el disfrute de sus libertades individuales, que rodean al medio. Ello puede permitir que se den situaciones de relativa confusión entre la defensa de los derechos de la naturaleza por los sujetos habilitados constitucionalmente y los intereses particulares de dichos sujetos, quienes blandiendo tan altos objetivos constitucionales, no dejarían de velar por los suyos individuales [Viciano Pastor, 2019].

4. La idea de preservación del planeta para las futuras generaciones está presente de algún modo tanto en el derecho al medio ambiente como en los propios derechos de la naturaleza. Se trata de conservar algo que constituye actualmente nuestro hábitat, y que nos va a sobrevivir. Esta idea, vinculada al concepto ya mencionado de los "derechos de las futuras generaciones", quizá se muestre con menos intensidad en los derechos de la naturaleza, que conceptualmente preservan a ésta como sujeto, pero de todos modos existe y está presente, porque de esa preservación depende su existencia futura y su convivencia o armonía con los seres humanos que habitarán el planeta en el futuro. Y esta idea no queda lejos del concepto de humanidad antes expresado, que va mucho más allá de la suma de seres humanos vivos, y que permite relacionar de algún modo todos estos derechos con la dignidad humana.

5. En relación con lo anterior, si la naturaleza no nos pertenece, sino que nosotros pertenecemos a ella, el ser humano, después de todo una más entre los millones de especies de seres vivos, forma parte de esa naturaleza. Preservar los derechos de la naturaleza es preservar también los derechos humanos. De manera que los derechos humanos formarían parte de los derechos de la naturaleza en el sentido más amplio, encontrándose aquí la visión antropocéntrica, la biocéntrica y la ecocéntrica, que de algún modo se configurarían como círculos concéntricos.

6. Por lo demás, cuando se habla de derechos de otros seres vivos, y en especial de los derechos de los animales, en la práctica nunca se piensa en que la consecuencia sea una idéntica protección de todos los derechos de todos los seres vivos de idéntico modo. La protección jurídica de las especies en vías de extinción, de los animales domésticos o de los animales de compañía, es especial y mucho más intensa que las de otros seres vivos, por ejemplo los virus, los mosquitos u otros animales potencialmente peligrosos para el ser humano. También parece que los derechos de los animales... no incluirían a los vegetales. Se puede pensar, así, si no en una jerarquía, en una especie de gradación en la intensidad de la protección. Y lo que marca esa mayor o menor intensidad es, en muchos casos, el mayor o menor vínculo con el ser humano. Las normas o propuestas que, en muchos países, tratan de dispensar a los animales una especial consideración para superar su configuración como meros objetos, se centran sobre todo en la protección de ciertos animales con los cuales el ser humano se vincula de forma especialmente afectiva: por ejemplo, la inembargabilidad de los animales de compañía o incluso la fijación de un régimen de visitas en caso de ruptura matrimonial van precisamente en esa línea. Después de todo, muchas veces nuestra protección a los animales o a los seres vivos, o en el sentido más amplio, a la naturaleza, no deja de ser, en el fondo, la protección de nuestros sentimientos de afecto hacia ellos.

4.2.4 Los derechos de la naturaleza, ¿son de otra naturaleza?

Un apunte para su configuración jurídica

Hasta ahora me he venido refiriendo sobre todo a la fundamentación y a la titularidad de los derechos de la naturaleza (o, por extensión, de otros derechos "no humanos"), como aspectos más problemáticos al valorar el papel de la dignidad como fundamento o sustento de los derechos humanos. Creo que de todo lo anterior se puede deducir que los derechos de la naturaleza parecen responder más bien a otro tipo de fundamento. Por ello resultaría absurdo, e incluso una contradicción en los propios términos, hablar de los derechos de la naturaleza o de los derechos de los animales como derechos "humanos". Pero lo anterior no es óbice para señalar lo siguiente:

- a) Ello no sería obstáculo para su configuración como derechos, e incluso como derechos fundamentales, siempre que se revise el concepto tradicional de titularidad o de "sujeto" de los derechos. Bien es cierto que, en estos casos, más que de revisión podríamos pensar en una superación de ese concepto. Pero si pensamos en un derecho sin titular (y esto, aunque de forma menos concluyente, valdría también para los llamados derechos de titularidad difusa), quizá estamos más bien defendiendo un valor. En definitiva, se trataría de la culminación de un largo trayecto desde la configuración de los derechos como "derechos públicos subjetivos" con un titular determinado que los ejerce frente al Estado, a los derechos sin un sujeto humano, en los que en definitiva la dimensión axiológica predomina hasta prácticamente convertirse en única. En la mitad del camino estarían los derechos (hoy prácticamente todos) de los que se predica una dimensión subjetiva y otra objetiva, de la que deriva el aludido efecto irradiación.
- b) Estos derechos predicados de sujetos no humanos van a encontrar diversos fundamentos, de manera que no pueden entenderse como consecuencia directa de la dignidad.
- c) Con todo, estos derechos no se desvinculan por completo del elemento humano, por las razones ya expresadas, y en esta medida la dignidad juega también un papel en su entendimiento y configuración.

Por consiguiente, se puede decir, que los derechos de la naturaleza son, en cierta medida en un juego de palabras, "de otra naturaleza". Ello en modo alguno no puede ni debe entenderse como una suerte de minusvaloración o de posicionamiento en un nivel o rango inferior, sino simplemente en el sentido de que se trata de derechos cuyos elementos estructurales básicos (fundamento, titularidad, contenido) responden a parámetros diferentes.

Dicho lo anterior, creo que sí es importante que se extraigan las consecuencias jurídicas de su proclamación y garantía. Con las peculiaridades apuntadas, es

posible reconocer un derecho de inmunidad o de preservación de una posición jurídica determinada. El hecho de que no puedan determinarse facultades concretas de actuación no supone un problema, ya que también hay derechos humanos (como el honor o la integridad física) que no protegen una posición activa de la persona, sino que preservan simplemente una situación o posición determinada.

Ahora bien, ningún derecho es absoluto, lo que es desde luego predicable de los derechos de la naturaleza. Esto conlleva a plantearse la cuestión de sus límites y los posibles conflictos con otros derechos, principios o valores que también pueden estar protegidos por la Constitución y los tratados internacionales.

Y a partir de ahí, aparece también la cuestión de su garantía, siendo aplicables, aparte de otros posibles instrumentos, las garantías jurisdiccionales establecidas para la preservación de los derechos o valores constitucionales. De hecho, ya varios tribunales han venido aplicando estos derechos en la práctica, incluso en países que no tienen una proclamación expresa en la Constitución.⁵⁹ Si bien, a efectos prácticos, los instrumentos y mecanismos de garantía no difieren en esencia de lo que se utilizan en los ordenamientos basados en la protección de derechos medioambientales⁶⁰ (acciones populares, procedimientos administrativos, medidas cautelares, paralización de actividades lesivas de los derechos, fijación de responsabilidades patrimoniales, que pueden conllevar reparaciones o indemnizaciones), es cierto que esta nueva configuración ha supuesto un revulsivo para la tutela y preservación de estos valores, que probablemente, en el contexto de los Estados en los que nacen estos derechos, no se habría producido del mismo modo, o con la misma intensidad, de no mediar estas proclamaciones y garantías constitucionales. Pienso que es innegable un doble deseo de los constituyentes que proclamaron los derechos de la naturaleza: por un lado,

⁵⁹ Véanse, por ejemplo, para el caso de Ecuador, los asuntos analizados por Bedón Garzón (2016, p. 140) o por Suárez (2012, p. 3); por su parte, Viciano Pastor (2019) menciona también algún caso de Colombia y Bolivia.

⁶⁰ En la misma línea, Viciano Pastor (2019).

rendir tributo u homenaje a la cultura indígena; por otro, tratar de maximizar la garantía de la preservación de la propia naturaleza. Probablemente a ambos fines tendía la idea deliberada de utilizar la expresión "derechos de la naturaleza", descartando la configuración como valor o el reconocimiento de una dimensión solamente objetiva en la preservación de la naturaleza. Sinceramente, no creo que esta proclamación como derecho implique, desde una perspectiva jurídico-constitucional, una garantía mayor en el objetivo de preservar la naturaleza, ya que hablamos, como se ha visto, de derechos cuyo sujeto titular no puede actuar por sí mismo. Pero no se puede negar su importante valor simbólico, su incuestionable alcance "revolucionario" desde la perspectiva de la dogmática de los derechos fundamentales, e incluso parece que en la práctica, la proclamación ha generado un despliegue de mayores consecuencias en términos de garantía, en el contexto de los países andinos que han aportado al constitucionalismo esta nueva construcción.

En todo caso, la tarea de delimitar jurídicamente los derechos de la naturaleza y precisar sus elementos antes mencionados, así como de establecer las garantías más idóneas, está en buena medida pendiente y es uno de los restos más acuciantes de la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

5. ¿Tiene la dignidad los "pies de barro"? **Principales objeciones (y posibles respuestas)** **al posicionamiento de la dignidad como** **fundamento de los derechos**

A pesar de los diversos debates y cuestionamientos de la idea, aquí se ha defendido que la dignidad cumple un papel importante en la fundamentación de los derechos humanos, de los que conceptualmente es el presupuesto o base. Pero del análisis de lo que hemos denominado "derechos de seres no humanos" se puede deducir que, en términos conceptuales, la dignidad no puede operar como fundamento único de todos los derechos. En realidad, la idea de la dignidad humana como valor (y en su caso, como derecho) intangible que sirve de fundamento a todos los derechos tiene no pocos puntos débiles, en los que aquí no cabe profundizar, pero que sí podemos sintetizar:

1. Como ya se ha dicho, no puede pretender actuar como fundamento universal en el momento en que se reconocen derechos cuyo titular no es humano. Creo que he justificado suficientemente esta idea en páginas anteriores.

2. Más allá de esa cuestión, la dignidad presupone un concepto de persona perfectamente delimitado, lo que en realidad no es tan fácil de precisar. Desde luego, hay intentos muy sólidos de hacerlo, como el concepto doble triádico de Robert Alexy (2007a, pp. 94 y ss.) (en síntesis, para ser persona es necesario ser inteligente, tener sentimientos, y autoconsciencia o reflexividad, y este último elemento incluye otra tríada de características: reflexividad cognitiva, volitiva y normativa), o Cortina (2009), quien se refiere al reconocimiento mutuo o la autoconsciencia como base de la autoestima y elemento distintivo de la condición humana. En general, la idea de la autoconsciencia encabeza los criterios que suelen establecerse para esa delimitación. Pero creo que, aun así, la misma no es tan fácil. El avance de la biotecnología, la inteligencia artificial (cuyo desarrollo está muy próximo a la creación de entes sintientes, empáticos y, tal vez, conscientes de sí mismos), o incluso la posible existencia de seres procedentes de otros planetas cuyas características y condiciones no conocemos... son factores que pueden desdibujar las fronteras de lo humano. Pero aun dejando de lado estas situaciones, que se detectan ya claramente en el presente, pero que probablemente plantearán este reto en un futuro bastante próximo, hay que considerar que suele admitirse que la condición humana es una característica exclusiva de nuestra especie, cuando los datos científicamente contrastados demuestran que no, ya que, además del *Homo sapiens sapiens*, parecen inequívocamente humanas otras especies ya extintas, como los neandertales o los denisovanos...⁶¹

3. En tercer lugar, cabe apreciar con frecuencia, y más en los últimos tiempos, un empleo abusivo de la dignidad por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Es cierto que si la dignidad se relaciona con la condición humana y el trato acorde con ella, partiendo de la aludida idea de no instrumentalización, las

⁶¹ Véase, por ejemplo, <https://www.nationalgeographic.es/ciencia/2019/04/los-misteriosos-denisovanos-se-cruzaron-con-los-humanos-modernos> (última fecha de consulta: 17 de septiembre de 2019).

condiciones del trato "digno" irán evolucionando con el tiempo, en función de nuevas exigencias sociales y de cambiantes parámetros culturales, que van considerando condiciones "dignas" aquello que hace un tiempo se entendía como algo accesorio, superfluo, o en todo caso no imprescindible como exigencia directamente derivada de la condición humana. Basta proponer, como ejemplo, el derecho de acceso a internet o a las nuevas tecnologías, que poco a poco se va abriendo camino como nuevo derecho fundamental, al considerarse consecuencia del acceso a la cultura, lo que a su vez se entiende, con fundamento, como una exigencia de la condición humana. Es verdad que, desde luego, en cierto sentido todo derecho deriva de la dignidad, pero también cabe entender, como ha sugerido el Tribunal Constitucional español,⁶² que unos tienen un vínculo más intenso que otros con ese valor fundamental.

En todo caso, la tendencia a vincular todo con la dignidad ha generado probablemente una "hipertrofia" de este valor, que finalmente se trata de equiparar a todo aquello que tenga que ver, aun de la forma más remota, con la condición humana, cuando en realidad muchas veces se trata de condiciones de un especial "confort", o una suerte de inmunidad frente a cualquier tipo de injerencias, ofensas o molestias, por livianas que sean. Esto, sin duda, implica notorios riesgos, empezando por una evidente trivialización del que debería ser el valor más fundamental. Y siguiendo porque si la dignidad se expande hasta ocupar la totalidad del espacio de los derechos (escritos o no escritos), o bien pierde las cualidades que habitualmente se predicán de ella, comenzando por el carácter intangible, o se produciría una petrificación de todo el catálogo de derechos, impidiendo la posibilidad de la ponderación para resolver posibles conflictos entre ellos.

⁶² Véase STC 236/2007, de 7 de noviembre, f. j. 3. El TC señala expresamente que "la dignidad de la persona, que encabeza el título I de la Constitución (art. 10.1 CE), constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex art. 13 CE los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE". A continuación, va analizando la regulación de cada derecho de los extranjeros impugnada, usando como pauta central de la posible inconstitucionalidad de las restricciones a la titularidad o ejercicio por los extranjeros, la mayor o menor proximidad del derecho con la dignidad de la persona.

4. Para solventar este último problema, como ya he comentado con anterioridad, cabe acudir a la idea del "núcleo" o contenido mínimo de la dignidad, para predicar sólo de él esa intangibilidad, y la posibilidad de invocación directa exclusivamente frente a las lesiones notorias y frontales del mismo. Pero esta idea, que aquí he defendido, tiene también sus riesgos, comenzando por la difícil definición de qué parte de la dignidad conforma ese núcleo. Sigo creyendo que a pesar de estas dificultades, hay que intentar trazar esa línea delimitadora, basándose sobre todo en los parámetros de lo que manifiestamente supone un trato considerado de forma generalizada como "inhumano" o degradante. De este modo, por ejemplo, el derecho a no sufrir torturas no me parece susceptible de una ponderación que permitiera, aunque sea sólo en situaciones excepcionales, someter a alguien a esa tortura. Pero reconozco que, aun así, serán necesarios parámetros o estándares más específicos, que puede ir estableciendo –y en parte ya lo ha hecho– la jurisprudencia, dotando de mayor seguridad jurídica a los perfiles de ese núcleo, en una labor compleja y siempre susceptible de crítica. Pero me parece que esta salida es la mejor solución entre dos alternativas rechazables, como serían *a)* la totalización y absolutización de la dignidad y *b)* prescindir por completo de la idea de dignidad en la fundamentación e interpretación de los derechos humanos, cuando éstos son tales precisamente por su vínculo con lo que es propiamente humano.

6. Hacia una posición conciliadora

A partir de esta última idea, y para concluir este trabajo, creo que podemos y debemos "salvar de la quema" a la dignidad, pero también "repensar" este valor, revisando la actual tendencia que, con base en el pensamiento doctrinal y en cierta jurisprudencia alemana posterior a la Ley Fundamental de Bonn, ha conducido a su aludida "hipertrofia".

Desde esta perspectiva, creo que se debe mantener a la dignidad como valor universal del constitucionalismo, aunque con un contenido y significado reducido, que impida los casos palmarios de instrumentalización de unos seres humanos por otros, o la subordinación entre ellos, y que sirva como fundamento a la igual condición de todo ser humano, pero también a la condición única, y por tanto autónoma e irrepetible. Después de todo, este es el fundamento último

—cada vez más explícito— de las declaraciones de derechos, universalmente admitidas y creo que no cuestionadas en este significado, ni siquiera por quienes destacan su origen en la cultura occidental, o exigen (con total acierto) el reconocimiento de otros valores y fundamentos, en un mundo tan globalizado como plural y multicultural.

Así entendida, la dignidad actúa como límite al relativismo, y también al positivismo más radical, aun cuando se reconozca que parte del contenido de este valor también va evolucionando, y puede ser objeto de desarrollo e interpretación por lo sujetos competentes para ello.

Me manifiesto partidario, por tanto, de la dignidad como elemento fundamentador de los derechos, aunque no como único elemento, ya que, como expresé en su día (Díaz Revorio, 2018, pp. 47 y ss), el elemento consensual, y también el factor evolutivo, han de estar presentes en esa labor.

Ahora me interesa, además, destacar que la dignidad no será tampoco el *único* valor fundamentador de los derechos, sobre todo en aquellos sistemas que han ido incorporando derechos desprovistos de un sujeto humano, y además desvinculados de la condición humana (al menos de forma directa, pues como hemos visto finalmente sí hay algunas relaciones). Entre estos derechos destacan los de los animales, o los derechos de la naturaleza. Estos últimos parten de ideas que conforman la cosmovisión indígena, y suponen la transición del antropocentrismo al biocentrismo o ecocentrismo.

Pero, en realidad, la expresión "derechos de la naturaleza" es profundamente mixta o híbrida, en la medida en que en ella confluyen elementos originados en la cultura occidental (el concepto de derechos, que tiene como base la idea de dignidad humana) con otros de la cultura indígena (la idea de Pacha Mama, como identificación de un ente vivo y sagrado del que todos formamos parte, y que es a la vez madre y hábitat).

El reconocimiento de estos derechos, en el contexto de una norma constitucional que invoca expresamente la dignidad de las personas y las colectividades

(preámbulo de la constitución de Ecuador), y en una declaración original, pero que incluye también los que podríamos denominar "derechos clásicos", obliga no sólo a buscar una armonía entre el ser humano y la naturaleza, sino también entre los distintos valores que sirvan de fundamento y fundamentales.

La dignidad humana puede, así, en mi opinión, seguir entendiéndose como fundamento de los derechos que tiene como sujeto a la persona o colectivos unidos por la referencia humana. Pero debe enmarcarse en una idea más amplia, y es la consideración del ser humano como parte de la Pacha Mama, obligado por tanto a respetarla en la medida en que la naturaleza no nos pertenece, sino que nosotros pertenecemos a ella.

De este modo, el imperativo de no instrumentalización, derivado de la dignidad humana, debe verse complementado con otro más amplio de respeto a la vida y a la tierra que nos acoge. Es verdad que, respecto a otros seres vivos, el imperativo de respeto no puede ser, en los mismos términos, la no instrumentalización, ya que el ser humano, como cualquier otro ser vivo, necesita de esos recursos naturales, incluyendo otros seres vivos, para su subsistencia. De hecho, como es evidente, los pueblos indígenas en cuyas culturas se genera la idea de Pacha Mama tampoco renuncian, ni podrían hacerlo, a servirse de los recursos naturales dentro de un equilibrio habitualmente –o al menos tradicionalmente– armónico.

Ello no impide, desde luego, la necesidad de establecer un imperativo derivado también del respeto a la vida y a la naturaleza. Pero en este caso el imperativo ha de ser, a mi juicio, la prohibición del daño o la lesión gratuitos o innecesarios, dentro de un criterio de proporcionalidad en una ponderación en la cual la protección de la naturaleza y otros seres vivos debe tener un valor fundamental o, en términos de Alexy, el mayor peso específico. Es verdad que, en el sentido explicado, sólo la persona tiene dignidad, pero todos los seres vivos (y así debe considerarse la naturaleza en ese sentido amplio ya aludido) tienen también un valor intrínseco.⁶³ No olvidemos que fuera del estrecho núcleo más intangible

⁶³ En esta línea, Cortina (2009, pp. 224 y ss.), aunque se centra sólo en la cuestión de los animales, sostiene que éstos tienen un valor interno, pero sólo los humanos tienen un valor absoluto. Es verdad que,

la dignidad también se pondera.⁶⁴ Incluso sería posible imaginar también un núcleo intangible de la naturaleza que impida, sin lugar a la ponderación, determinados atentados de gravedad.

Lo importante es que si el ser humano ha de saberse parte y no dueño de la naturaleza, pero también consciente de su especial condición en cuanto poseedor de determinadas cualidades que antes hemos apuntado, los valores propios de esa condición humana y los de la naturaleza no sólo no pueden ser incompatibles, sino que están destinados a convivir armónicamente.

Fuentes

Alegre Martínez, M. Á. (1996), *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León.

Aleinikoff, T. A. (2010), *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*, Aliaga Gamarra, J. (trad.), Lima, Palestra.

Alexy, R. (2007a), "Data y los derechos humanos. Mente positrónica y concepto dobletriádico de persona", en Alexy, R. y García Figueroa, A., *Star Trek y los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch.

_____ (2007b), *Teoría de los derechos fundamentales*, Bernal Pulido, C. (trad.) 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

en mi opinión y como hemos visto, este adjetivo puede resultar cuestionable por su tendencia a generar jerarquías entre valores, pero parece que la razón impone mantener la idea de un valor "especial y diferente" predicado de los humanos. Por esta razón, sí comparto la reflexión de la autora: "No cabe hablar entonces de dignidad sino en el caso de los seres humanos, ni cabe hablar de 'personas limítrofes' o de 'personas en sentido amplio'. Son personas los seres dotados de competencia comunicativa, que se reconocen mutuamente [...] razón humana; y, por lo mismo, capacidad de estimar los valores, capacidad de sentir y de formarse un juicio justo a través de la adquisición de las virtudes" (p. 225).

⁶⁴ En consecuencia, y por poner un ejemplo, prácticas que podrían considerarse contrarias a ella, por ejemplo, la antropofagia, pueden resultar admisibles en determinadas circunstancias que la hagan necesaria y proporcionada para otro fin, como puede ser la supervivencia.

_____ (2008), "La fórmula del peso", en Carbonell, M. (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

_____ (2014), "La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad", *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 16.

Alonso García, M. C. (2015), *La protección de la dimensión subjetiva del medio ambiente*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi.

Atienza, M. y García Amado, J. A. (2018), *Un debate sobre la ponderación*, Ciudad de México, Centro de Estudios Carbonell.

Ávila Santamaría, R. (2019), *La utopía del oprimido. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*, México, Akal.

Bachof, O. (2010), *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Álvarez Álvarez, I (trad.), 2a. ed. Lima, Palestra.

Bedón Garzón, R. (2016), "Contenido y aplicación de los derechos de la naturaleza", *Ius Humani. Revista de Derecho*, vol. 5.

Baltasar, B. (coord.) (2015), *El derecho de los animales*, Madrid, Marcial Pons.

Bastida Freijedo, F. J., Villaverde Menéndez, I., Requejo Rodríguez, P., et al. (2004), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos.

Benabentos, O. A. y García, M. Á. (1993), "La tutela de los derechos colectivos o difusos", en *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, disponible en «<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9560>» [última fecha de consulta: 16 de septiembre de 2019].

Benda, E. *et al.* (1996), "Dignidad humana y derechos de la personalidad", en López Pina, A. (trad.), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, IVAP-Marcial Pons.

Bilbao Ubillos, J. M. (1997), *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Böckenförde, E. W. (1993), *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

_____ (2003a), "Die Würde des Menschen war unantastbar", en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3 de septiembre.

_____ (2003b), "Menschenwürde als normatives Prinzip. Die Grundrechte in der bioethischen Debatte", en *Juristen Zeitung*.

Capacete González, F. J. (2018), "La Declaración Universal de los Derechos del Animal", *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 9/3, disponible en «<http://www.filosofia.org/cod/img/2018capa.pdf>» [última fecha de consulta: 17 de septiembre de 2019].

Cortina, A. (2009), *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*, Madrid, Taurus.

De Lora, P. (2003), *Justicia para los animales. La ética más allá de la humanidad*, Madrid, Alianza Editorial.

De Prada García, A. (2013), "Derechos humanos y derechos de la naturaleza: el individuo y la Pachamama", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 27.

Díaz Revorio, F. J. (2009), *Los derechos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos*, Valencia/México, Tirant lo Blanch/Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

_____ (2018), *Valores superiores e interpretación constitucional*, 3a. ed., Ciudad de México, Tirant lo Blanch.

Díez-Picazo Giménez, L. M. (2013), *Sistema de derechos fundamentales*, 4a. ed., Madrid, Civitas-Thomson Reuters.

Dürig, G. (1958), "Artikel 1", en Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, München, C. H. Beck.

Giraudó, L. (ed.) (2007), *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

_____ (ed.) (2008), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Fernández, E. (1981), "El problema del fundamento de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1.

_____ (1996), "Estado, sociedad civil y democracia", en *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Madrid, Universidad Carlos III/Dykinson.

González Pérez, J. (1986), *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas.

Gutiérrez Gutiérrez, I. (2005), *Dignidad humana y derechos fundamentales*, Madrid Marcial Pons.

Herdegen, M. (2003), "Art. 1. Abs. I", en Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, München, C. H. Beck.

Martín de Velasco, L. (ed.) (1990), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 9a. ed., Madrid, Austral.

Kant, I. (1990), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 9a. ed., Martín de Velasco, L. (ed.), Madrid, Austral.

Lacadena Calero, J. R. (2002), *Los derechos de los animales*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas.

Oehling de los Reyes, A. (2007), "Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción de dignidad humana", *Pensamiento Constitucional*, núm. 12.

_____ (2010), *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson.

Ovalle Favela, J. (2003), "Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 107, mayo-agosto.

Pele, A. (2010), *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Madrid, Dykinson.

Peces-Barba, G. (1991), *Curso de derechos fundamentales (I). Teoría general*, Madrid, Eudema.

Pérez Luño, A. E. (2010), *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10a. ed., Madrid, Tecnos.

Pinto Calaça, I. Z., Cerneiro de Freitas, P. J., Da Silva, S. A. y Maluf, F. (2018), "La naturaleza como sujeto de derechos: análisis bioético de las Constituciones de Ecuador y Bolivia", *Revista Latinoamericana de Bioética*, 18(1).

Prieto Méndez, J. M. (2013), *Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador.

Prieto Sanchís, L. (1990), "Algunos problemas sobre la fundamentación de los derechos humanos", en *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate.

Real Academia Española (RAE) (2014), *Diccionario de la lengua española*, 24a. edición, Espasa, disponible en «www.rae.es.»

Revenga Sánchez, M. (2010), "Gramática de valores y genealogía de derechos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 88, abril, pp. 393 y ss.

Royo Sanz, J. M. (1992), "Derechos de las futuras generaciones", en Ballesteros, J. (ed.), *Derechos humanos*, Madrid, Tecnos.

Ruiz-Giménez Cortés, J. (1996), "Comentario al artículo 10", en O. Alzaga (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid EDERSA-Cortes Generales.

Ruiz Molleda, J. C. y Roel Alva, L. A. (2011), *Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*, Lima, Instituto de Defensa Legal/Justicia Viva/Fundación Hans Seidel y otros.

Sagrada Biblia (2017), Nácar Fuster, E. y Colunga Cueto, A. (eds.), Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos.

Spagna Musso, E. (1978), "La tutela constitucional de los intereses colectivos en el Estado de democracia pluralista", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 4.

Serna, P. (1995), "La dignidad de la persona como principio del Derecho público", *Derechos y libertades*, núm. 4.

Starck, C. (2005), "Introducción a la dignidad humana en el Derecho alemán", Oehling de los Reyes, A. (trad.), en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 9.

Suárez, S. (2012), "Efectivización de los derechos de la naturaleza: evolución jurisprudencial", *Temas de análisis. Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental*, núm. 27.

Viciano Pastor, R. (2019), "La problemática constitucional del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución del Ecuador", *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 20.

Von Münch, I. (1982), "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, p. 19.

Zagrebelsky, G. (1995), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Gascón, M. (trad.), Madrid, Trotta-Comunidad de Madrid.

TRAYECTORIAS CONSTITUCIONALES

Propuestas para mejorar el sistema de selección y evaluación de desempeño de los jueces federales en México

*Proposals to improve the selection and
performance evaluation system
of federal judges in Mexico*

ROSA MARÍA ROJAS VÉRTIZ C.*

Resumen

Este artículo se concentrará en dos de las cualidades que son deseables en los jueces, poniendo énfasis en la necesidad de especialización, y analizará por qué el sistema vigente de selección y designación de jueces federales en México dificulta una evaluación de fondo de su desempeño y no contribuye a ganarse la confianza de los gobernados, lo cual resulta fundamental para que el sistema de administración de justicia pueda ser más eficiente.

Palabras clave: jueces federales, especialización, designación de jueces, sistema de selección, Consejo de la Judicatura Federal.

Abstract

This article will focus on two of the qualities that are desirable in judges emphasizing expertise and will analyze why the current system of selection and appointment of

* Abogada por la Escuela Libre de Derecho; doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Se desempeña como profesora en el departamento de derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México, en el que imparte las materias de Bienes y Derechos Reales y Títulos y Operaciones de Crédito.

federal judges in Mexico makes it difficult to evaluate their performance in depth and does not contribute to gain the people's trust, which is essential for the justice administration system to be more efficient.

Keywords: federal judges, expertise, appointment of judges, selection system, Consejo de la Judicatura Federal.

1. Introducción

Es mucho lo que se ha escrito acerca de la función jurisdiccional y las características de quienes la desempeñan. El presente artículo se concentrará en dos de las cualidades que son deseables en los jueces y analizará por qué el sistema vigente de selección y designación de jueces federales en México dificulta una evaluación de fondo de su desempeño y no contribuye a ganarse la confianza de los gobernados, lo cual resulta fundamental para que el sistema de administración de justicia pueda ser más eficiente.

Antes de pasar al análisis del sistema de selección vigente se hará una breve referencia al sistema anterior, con la finalidad de comparar las bondades que representa el sistema actual desde la perspectiva del control público; después, el trabajo se centrará en analizar las deficiencias que presenta para cumplir con la que debería ser su finalidad: la selección de los mejores elementos para el desempeño de la labor jurisdiccional.

Se estima que el sistema está enfocado en calificar los conocimientos académicos, los formalismos procesales y la rapidez en la elaboración de un proyecto de sentencia, pero deja de analizar algunas otras cualidades que son esenciales en los juzgadores para administrar mejor justicia y generar una mejor percepción en la ciudadanía.

A partir de lo anterior, se harán algunas propuestas para mejorar el proceso de selección, así como la evaluación del desempeño de quienes realizan una labor jurisdiccional, y se hará un énfasis especial en la necesidad de que los juzgadores se

especialicen, un aspecto que es necesario para hacer más eficiente el sistema, sensibilizar a los jueces y producir expertos que puedan ganarse la confianza de la sociedad.

2. El sistema de selección vigente

Hasta antes de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1994, los jueces de distrito y los magistrados de circuito eran designados de manera directa por los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN); el artículo 97 constitucional¹ establecía que serían nombrados por la SCJN, de ahí que resultara común que el nombramiento recayera en algunos secretarios, al tener éstos un conocimiento directo de su desempeño y capacidad.

No hay que dejar de lado que la designación directa podía resultar en la selección de muy buenos jueces, puesto que quien estaba encargado de hacer la selección tenía la posibilidad de hacerla a partir de una evaluación constante durante un largo periodo, lo que permitía una evaluación integral, que podía abarcar el nivel de conocimientos del posible candidato, su disposición para el estudio y para buscar las mejores soluciones a los asuntos, su sensibilidad respecto de los problemas derivados de los expedientes y su capacidad para administrar la carga de trabajo y dirigir al personal que le estaba subordinado, entre otras cuestiones.

Sin embargo, el sistema de designación resultaba sumamente subjetivo, puesto que dependía por completo de la opinión de quien hacía la designación, no estaba establecido un parámetro claro y objetivo al que pudieran atenerse los aspirantes y no habría podido ser objeto de escrutinio por parte de la sociedad,

¹ "Art. 97.- Los magistrados de circuito y los jueces de distrito serán nombrados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deberán satisfacer los requisitos que exija la ley y durarán seis años en el ejercicio de su encargo, al término de los cuales, si fueren reelectos o promovidos a cargos superiores, sólo podrán ser privados de sus puestos en los términos del Título Cuarto de esta Constitución [...]".

pues no era un procedimiento público y carecía de transparencia. Además de que, en realidad, en la designación directa de algún juez pueden incidir otros factores, y no siempre se realiza con base en una ponderación objetiva de todas y cada una de las cualidades de los candidatos.

Asimismo, el rango de selección en esas circunstancias resultaba muy limitado, pues la base era por lo general el número de secretarios que trabajaban en forma directa con quienes harían la designación. Lo que excluía a un amplio número de posibles buenos candidatos que no habían tenido esa oportunidad y que, por lo tanto, quedarían fuera de la posibilidad de aspirar a ser jueces.

Con esos antecedentes, se reformó el artículo 94 de la Constitución federal para crear al Consejo de la Judicatura Federal y atribuirle la facultad de administrar y vigilar a los órganos jurisdiccionales federales, con excepción de la SCJN.

Además, en el artículo 97 constitucional² se estableció que el Consejo de la Judicatura Federal sería el órgano encargado de seleccionar, designar y adscribir a los jueces de distrito y magistrados de circuito con base en criterios objetivos, delegando en la legislación secundaria los requisitos para su selección, así como el procedimiento respectivo.

El 26 de mayo de 1995 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, cuyo objetivo fue establecer un marco normativo que regulara los aspectos principales de la reforma integral al sistema de justicia llevada a cabo en diciembre de 1994,³ incluidas las bases

² "Artículo 97.- Los Magistrados de Circuito y los Jueces de Distrito serán nombrados y adscritos por el Consejo de la Judicatura Federal con base en criterios objetivos y de acuerdo a los requisitos y procedimientos que establezca la ley. Durarán seis años en el ejercicio de su encargo, al término de los cuales si fueran ratificados o promovidos a cargos superiores sólo podrán ser privados de sus puestos en los casos y conforme a los procedimientos que establezca la ley".

³ Dicha reforma redujo el número de ministros de la Suprema Corte de Justicia de 26 a 11, introdujo el estudio de las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, le quitó a la Suprema Corte la administración y vigilancia de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial de la Federación e instituyó la carrera judicial.

de la carrera judicial y de los concursos para la designación de jueces de distrito y magistrados de circuito.

Tanto en la exposición de motivos como en el texto de la ley se señala que la carrera judicial debe regirse por los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia, y que la designación de los miembros del Poder Judicial de la Federación debe hacerse atendiendo a los méritos de los candidatos mediante concursos de oposición.

Sin duda fue un acierto establecer un sistema objetivo y abierto para la designación de jueces de distrito y magistrados de circuito que diera la oportunidad de participar a todos los candidatos que reunieran los requisitos fijados por la convocatoria, con la finalidad de elegir a los mejores. Tal como lo señala Eugenio Zaffaroni (2013, p. 1249), "el concurso público de antecedentes y oposición es el único procedimiento democrático que garantiza un control público".

El artículo 114 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación sienta las bases para los concursos de oposición. De dicha norma y de las convocatorias que aparecen publicadas en la página de internet del Instituto de la Judicatura Federal⁴ se puede apreciar que los concursos para jueces de distrito y magistrados de circuito están conformados por dos etapas.

La primera etapa es un examen escrito, por lo general, de opción múltiple, con cerca de 100 reactivos, principalmente sobre los criterios y jurisprudencia emitidos en torno al juicio de amparo, derecho penal, administrativo, civil y laboral, en sus aspectos sustantivo y procesal, así como en relación con los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por lo general la convocatoria requiere una calificación alta para aprobar la primera etapa del concurso: 80 o 85 puntos (de 100) como mínimo. Esto es,

⁴ Disponible en «www.ijf.cjf.gob.mx».

sólo quienes obtengan 80 u 85% de las respuestas correctas pasarán a la segunda etapa.

La segunda etapa del examen se divide en dos fases, la primera consiste en un caso práctico, que requiere que los candidatos elaboren una sentencia. Los candidatos reciben un expediente, que deben revisar en su integridad para elaborar la sentencia que resuelva el asunto. Por regla general, no saben de qué materia les tocará hacer la sentencia.

La segunda fase de la segunda etapa es un examen oral, que se hace con base en tarjetas que tienen los temas y subtemas jurídicos materia del examen, las cuales están depositadas en una urna transparente. El examen oral, por regla general, es grabado y en éste se le pide a cada uno de los candidatos que desarrolle los temas establecidos en las tarjetas que se sacan de la urna. El candidato también debe contestar todas las preguntas y repreguntas que le formule el jurado.

La calificación final del candidato se obtiene de la segunda fase del concurso, es decir, no se toma en cuenta la calificación obtenida en la primera fase, ésta sólo constituye una especie de filtro para hacer una preselección entre los participantes.

La convocatoria, por lo regular, precisa los porcentajes atribuidos a cada una de las fases de la segunda etapa del concurso, los cuales se complementan con "los factores de evaluación judicial", que son precisados en la fracción III del artículo 114 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación: los cursos que haya realizado el sustentante en el Instituto de la Judicatura, la antigüedad en el Poder Judicial de la Federación, el grado académico y los cursos de actualización y especialización que haya acreditado.

Por regla general, el 100% de la calificación se obtiene de asignar 45% al caso práctico, 45 al examen oral y 10% a los factores de evaluación judicial. Las convocatorias normalmente precisan cómo se integra el 10% asignado a los factores de evaluación judicial e indican qué número de puntos debe atribuirse a cada curso acreditado. Los cursos impartidos por el Instituto de la Judicatura Federal

tienen mayor puntuación que los cursos, posgrados y especialidades tomados en otras instituciones.

Como se puede ver, la regulación de los concursos de oposición para jueces de distrito y magistrados de circuito, en términos generales, persigue la objetividad y la transparencia, consta de diversas fases encaminadas a evaluar los conocimientos del candidato, su preparación académica, su experiencia y eficiencia en el estudio de los asuntos y en la elaboración de sus resoluciones, así como su antigüedad en el Poder Judicial de la Federación, lo cual resulta relevante en un sistema que incentiva la carrera judicial.

Además, en atención a las mejores prácticas en la materia, asigna un folio a cada participante, el cual se utiliza en la primera etapa (cuestionario escrito) y en la primera fase de la segunda etapa del concurso (resolución de caso práctico) para preservar su anonimato, de manera que se identifica al candidato hasta después de revisado el examen, con la finalidad de lograr una calificación más objetiva.

Incluso, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación señala que en los factores de evaluación judicial debe considerarse el desempeño del candidato; sin embargo, no precisa de qué manera, y en la práctica la evaluación se limita al desempeño del candidato durante el examen y a verificar si ha sido objeto de sanciones.

Los concursos de oposición son más deficientes precisamente en la evaluación del desempeño de los candidatos. Esta evaluación no se refiere al resultado del examen que le fue aplicado, sino a una valoración de sus antecedentes y de su trayectoria profesional. En otras palabras, de su trabajo cotidiano.

De manera que la forma en que el candidato se ha desempeñado durante su trayectoria profesional, incluso en los años previos al concurso, no es evaluada. El proceso se concentra esencialmente en los conocimientos académicos. La primera etapa del concurso requiere que los candidatos memoricen todas las tesis y jurisprudencias acerca de derecho civil, administrativo, laboral, penal, amparo, así como los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Naturalmente, también deben conocer la legislación de dichas materias y los tratados internacionales de derechos humanos.

Lo anterior lleva a cuestionar ¿qué sentido tiene memorizar la información si la jurisprudencia y la legislación estará al alcance del juzgador en todo momento en el ejercicio de sus labores jurisdiccionales? ¿Es la memorización de todos los criterios un requisito *sine qua non* para los jueces? o, en otras palabras, ¿es una cualidad deseable?

Se estima que no. La información que se memoriza para un examen por lo general se olvida en un par de días. No obstante, la memorización es el criterio principal para descartar a los candidatos, puesto que aquellos que no lograron fijar en la memoria 80 u 85% de los criterios no pasan a la siguiente etapa.

Se entiende la conveniencia de que la primera etapa sea un examen de opción múltiple que puede ser revisado por una máquina, pues ayuda a depurar el número de candidatos y ahorra tiempo al jurado, al evitar que éste tenga que revisar proyectos de resolución respecto de cada uno de los participantes en esa etapa; sin embargo, ese sistema corre el riesgo de descartar a candidatos que podrían cumplir a cabalidad con las características deseables en los jueces, por una cuestión accidental, como puede ser no haber memorizado todos los criterios para el examen.

Entonces, si la memorización no resulta un criterio idóneo de selección, ¿qué alternativas existen? Para responder quizá sea necesario definir primero qué cualidades o características son deseables en un juez.

3. Las cualidades judiciales que no evalúa el sistema de selección vigente

Son muchas las cualidades deseables en los juzgadores. Asumen una enorme responsabilidad, pues queda en sus manos la decisión final respecto de los derechos y obligaciones de los gobernados, así como la imposición de sanciones o su liberación. Por ello, la enumeración de las cualidades con que debe contar un juzgador se ha hecho cada vez más larga.

El Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, de acuerdo con la Constitución federal, menciona como virtudes judiciales la independencia, la imparcialidad, la objetividad, el profesionalismo y la excelencia. Entre la excelencia se consideran el humanismo, la justicia, la prudencia, la responsabilidad, la fortaleza, el patriotismo, el compromiso social, la lealtad, el orden, el respeto, el decoro, la laboriosidad, la perseverancia, la humildad, la sencillez, la sobriedad y la honestidad.

Por otra parte, Nicolás Ceballos (2013, p. 685)⁵ señala algunas otras virtudes que se estima que los jueces deben tener: ser acucioso, activo, dinámico, apasionado, cuidadoso, tener disposición para tomar decisiones y capacidad para trabajar bajo presión, poder de síntesis, potencial de análisis y abstracción, resistencia y manejo de la frustración y de la tensión, sentido práctico y liderazgo.

Se podrían seguir enumerando cualidades que son deseables en los juzgadores, sin embargo, este trabajo no pretende ser exhaustivo en ese tema. Basta señalar que se enumerarán a continuación algunas de las virtudes que se estiman indispensables en un buen juzgador:

Vocación. Una inquietud permanente por estudiar y desenmarañar la problemática que presenta el asunto sometido a su jurisdicción y proporcionar la mejor solución, procurando un balance entre el ordenamiento jurídico y la justicia.

Esta característica se estima esencial, porque sólo poseyéndola puede un juez superar todos los obstáculos que se le presenten en el camino y concluir con una resolución buena y justa, para lo que se requiere paciencia, tolerancia y fuerza de voluntad; sin embargo, no es posible evaluarla en un examen sólo enfocado en los conocimientos jurídicos adquiridos, que se complementa con la resolución de un caso práctico que debe resolverse en un máximo de cinco horas.

⁵ Cita a la doctora Elena Highton de Nolasco, Ministra de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

Excelencia académica. Contar con los conocimientos académicos suficientes para desenvolverse en la rama del derecho que tenga que aplicar. La excelencia académica incluye la actualización constante y permanente.

Esta cualidad sí es más susceptible de ser evaluada en un concurso enfocado en los conocimientos jurídicos adquiridos; sin embargo, como se analizará, se estima que el marco de la evaluación debería diferir según el perfil que deba llenar cada juzgador, en atención a la materia y labores jurisdiccionales para las que vaya a ser seleccionado.

Experiencia. Acreditar no sólo que se han adquirido los conocimientos desde años atrás, sino que también se han puesto en práctica por un periodo suficiente, como para poder identificar errores y aciertos en la aplicación práctica de la materia en la que impartirá justicia.

El sistema está enfocado en evaluar los conocimientos y la práctica en procesal constitucional; así como un conocimiento general en las diversas disciplinas (civil, penal, laboral, administrativo) que los jueces tendrán que aplicar, sin embargo, se abstiene de evaluar la experiencia que el candidato pueda tener en disciplinas diversas al procesal constitucional.

Especialización. Implica que se aplique el derecho en forma adecuada y se resuelva el problema planteado sin afectar de forma directa o indirecta otros intereses. Es muy importante que el juez no sólo tenga excelencia académica, sino que además tenga vasta experiencia en el campo del conocimiento en el que va a administrar justicia.

La única especialización que, en principio, evalúa el sistema son los conocimientos y experiencia en procesal constitucional. La mayoría de los jueces son cortados con la misma tijera, sin que obste la materia en la que se vayan a desenvolver. Por lo tanto, por regla general, no se toma en cuenta la experiencia que el candidato pueda tener en áreas distintas a sus labores en el Poder Judicial de la Federación. Esto es, se limita a evaluar la antigüedad en el sistema, los

cursos tomados en el Instituto de la Judicatura Federal –como se mencionó, a los cursos externos se les conceden menos puntos–, la rapidez y la estructura en la elaboración de sentencias y el conocimiento de los criterios emitidos por el mismo sistema.⁶

Honorabilidad. El juez debe tener una buena reputación. Debe haber generado respeto de sus colegas durante su trayectoria profesional.

Este aspecto se revisa desde el punto de vista disciplinario; es requisito para ser juez de distrito no haber sido condenado por delito intencional con sanción privativa de libertad mayor de un año.⁷ Además, se bajan puntos en el concurso si se advierte la existencia de procedimientos disciplinarios resueltos de modo desfavorable, o si ha tenido resultados no satisfactorios en las visitas de inspección –en el caso de los jueces de distrito que concursan para magistrados de circuito–.⁸ Se toma en cuenta para su ratificación que no haya sido sancionado por faltas graves.⁹

Eficiencia. El juez debe buscar un balance adecuado entre el estudio y la dedicación a los asuntos y la administración eficiente de la carga de trabajo.

Sin duda se evalúa la rapidez en la elaboración de las resoluciones y que éstas tengan la estructura de una sentencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; sin embargo, el concurso no se presta para evaluar el fondo del asunto, o si existe un balance entre el estudio del asunto y la administración de la carga de trabajo, porque se analiza una sola sentencia que se tiene que resolver en un periodo aproximado de cinco horas, en la que no necesariamente se tiene que entrar al estudio de fondo, bien puede resultar que la demanda sea improcedente.

⁶ Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reglamenta la carrera judicial y las condiciones de los funcionarios judiciales.

⁷ Artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

⁸ Artículo 35 del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reglamenta la carrera judicial y las condiciones de los funcionarios judiciales.

⁹ Artículo 121 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Honestidad. Rectitud en su actuar, conducta ética, debe predicar con el ejemplo en su vida diaria. No ser renuente a transparentar sus acciones y decisiones.

Este aspecto está vinculado de forma íntima con la valoración de la honorabilidad. Se sigue el mismo procedimiento mencionado respecto de ésta.

Independencia. Resolver conforme a derecho, sin ser influenciado por personas, cuestiones u opiniones ajenas al estudio del asunto.

Esta cualidad no es susceptible de ser evaluada en los concursos de oposición para la selección de jueces de distrito y magistrados de circuito que organiza el Consejo de la Judicatura Federal, ya que, como se anticipó, el concurso se limita a un examen de conocimientos y la emisión de una sola resolución en un periodo aproximado de cinco horas.

Imparcialidad. Abstenerse de inclinar la balanza hacia alguna de las partes, o de concederles ventajas o privilegios injustificados.

Esta cualidad tampoco es susceptible de ser evaluada en los concursos de oposición para la selección de jueces de distrito y magistrados de circuito que organiza el Consejo de la Judicatura Federal, ya que el concurso se limita a un examen de conocimientos y la emisión de una sola resolución en un periodo aproximado de cinco horas.

Objetividad. Estudiar y resolver con base en parámetros objetivos, en las pruebas aportadas, sin dejar influenciarse por deseos, ideas o presunciones personales.

Esta cualidad tampoco es susceptible de ser evaluada en los concursos de oposición para la selección de jueces de distrito y magistrados de circuito que organiza el Consejo de la Judicatura Federal, ya que el concurso se limita a un examen de conocimientos y la emisión de una sola resolución en un periodo aproximado de cinco horas.

Sensibilidad. El juez debe tener un fuerte compromiso social. Debe ser consciente de que sus decisiones impactarán en las vidas y patrimonio de los justiciables, así como en la sociedad, que también puede verse afectada de forma indirecta.

Esta cualidad tampoco es susceptible de ser evaluada en los concursos de oposición para la selección de jueces de distrito y magistrados de circuito que organiza el Consejo de la Judicatura Federal, ya que el concurso se limita a un examen de conocimientos y la emisión de una sola resolución en un periodo aproximado de cinco horas.

Autocrítica. Debe ser capaz de escuchar y ponderar diversas opiniones y alternativas a la solución de los problemas, de reconocer sus errores y de rectificar.

Esta cualidad tampoco es susceptible de ser evaluada en los concursos de oposición para la selección de jueces de distrito y magistrados de circuito que organiza el Consejo de la Judicatura Federal, ya que el concurso se limita a un examen de conocimientos y la emisión de una sola resolución en un periodo aproximado de cinco horas.

Responsabilidad. Debe asumir plenamente y, por tanto, responder frente a terceros de las consecuencias de sus actos.

Esta cualidad puede ser revisada desde el aspecto disciplinario, ya que, como se comentó, durante el procedimiento se verifica si existen procedimientos resueltos de modo desfavorable para el candidato, si ha tenido resultados no satisfactorios en las visitas de inspección –en el caso de los jueces de distrito que concursan para magistrados de circuito– o si ha sido condenado por algún delito intencional.

Prudencia. Evitar las salidas precipitadas. Estudiar, consultar e investigar el tiempo requerido cada caso y ponderar las posibles soluciones, así como las consecuencias favorables y desfavorables que la decisión pueda ocasionar.

Esta cualidad tampoco es susceptible de ser evaluada en los concursos de oposición para la selección de jueces de distrito y magistrados de circuito que organiza el Consejo de la Judicatura Federal.

Las virtudes descritas se estiman indispensables en los juzgadores, porque les permiten emitir resoluciones técnicas y a la vez justas, lo que tiende a crear un puente entre el juzgador y la sociedad. Por ello es tarea de los sistemas judiciales crear las condiciones y diseñar la metodología que sea más apropiada para encontrar a las personas con las características deseadas y para inculcar y desarrollar dichas virtudes en los juzgadores.

Los juzgadores realizan una tarea muy importante y sumamente delicada. Son los encargados de redimir las controversias entre los miembros de la sociedad. Si los gobernados no logran ponerse de acuerdo y resolver entre ellos sus desavenencias, no tienen más remedio que acudir a los jueces. La Carta Magna prohíbe hacerse justicia por propia mano, de manera que dicha facultad se delega en los juzgadores.

En la tarea que les ha sido encomendada, los jueces han dejado de ser la "boca de la ley", como sostenía Montesquieu. Ahora la propia Constitución les concede la última palabra. Tienen a su cargo la obligación de decidir quién tiene la razón, y de dar a cada quien lo que le corresponde, y ni la omisión, ambigüedad o deficiencia de la ley pueden impedirlo.

El juez tiene herramientas para superar una laguna legal, para realizar una interpretación de la ley que sea acorde con los principios constitucionales y que permita resolver los problemas que se le presenten, puede incluso declararla inconstitucional o dejar de aplicarla si no pasa un test de regularidad constitucional, lo que se traduce en una función social de gran trascendencia, que permea más en la sociedad si ésta deposita su confianza en los jueces, para lo cual es necesario que éstos cumplan con las expectativas de la sociedad en una medida razonable, y por eso es tan importante que su selección, y la evaluación de su desempeño, sea consistente con las cualidades que se esperan de ellos.

Sólo un juez con verdadera vocación, empeñado en ganarse la confianza ciudadana, buscará la mejor manera de justificar sus decisiones, y expondrá diversos razonamientos dirigidos a persuadir no sólo a las partes, sino a la sociedad en general, a todo el que lea esa sentencia, de que la decisión tomada fue la mejor.

Como señala Julio Cueto Rúa, "Un buen juez con malas normas hará buen derecho, un mal juez con buenas normas hará mal derecho" (2013, p. 684). No se debe olvidar que la función judicial conlleva una gran responsabilidad no sólo de tipo jurídico, sino también social.

Entonces, si un concurso que está diseñado de modo esencial para evaluar conocimientos jurídicos y que pide la misma preparación para quienes desempeñarán labores jurisdiccionales en diferentes campos del conocimiento y de la experiencia práctica deja de evaluar varias cualidades que se estiman indispensables en los juzgadores, ¿qué metodología resulta más conveniente para elegir a los mejores jueces?

La respuesta no es sencilla y no existe una sola. Requiere de creatividad y de poner en práctica diversas ideas. Reconocer que el sistema es deficiente y requiere de adecuaciones es un buen comienzo, pero no debemos quedarnos ahí. Aportemos ideas, hagamos propuestas, pongamos sugerencias sobre la mesa. Iniciemos el debate, escuchemos los inconvenientes de las ideas planteadas y busquemos mejores soluciones. Si no iniciamos ese ejercicio, no podremos alcanzar la meta.

Con esa perspectiva, a continuación se proponen algunos razonamientos encaminados a brindar soluciones.

4. La evaluación del desempeño de candidatos mediante la revisión de su trayectoria y de su trabajo cotidiano

El apartado anterior permitió observar que la selección de jueces federales en México se hace esencialmente a partir de los conocimientos jurídicos que se

adquieren en el Poder Judicial de la Federación, lo cual no debe resultar extraño en un sistema que está basado en la carrera judicial; sin embargo, lo que este trabajo pretende cuestionar es si ese sistema selecciona a los mejores jueces y si las cualidades que el propio sistema reconoce como necesarias en un juez son susceptibles de evaluación con el sistema vigente.

Como se ha ido anticipando, la respuesta es negativa. No deja de reiterarse que el sistema actual constituye un avance respecto del sistema de selección anterior, en lo que se refiere a la objetividad, publicidad y transparencia; a 26 años de la reforma constitucional es necesario reflexionar acerca de las deficiencias que presenta y proponer soluciones.

Una primera solución es la revisión del desempeño cotidiano. Calificar a un candidato sólo por la forma como se desarrolló en un examen oral o por el proyecto que realizó en un plazo de cinco horas durante la solución del caso práctico, si bien puede ser útil para conocer su preparación académica, su expresión oral, su estructura de pensamiento y su capacidad para trabajar bajo presión, no es suficiente para concluir que tiene vocación de juez y cumple con el perfil requerido. Diversos factores pueden jugar a favor o en contra del candidato.

Si lo que se persigue es la selección de una persona idónea, con una auténtica vocación de juzgador, con sensibilidad y compromiso social, que persevere en buscar y encontrar las mejores soluciones a los problemas jurídicos que se le presenten, no va a ser posible evaluar esas cualidades en un examen de opción múltiple, en un examen oral o en la resolución de un solo caso práctico para el que se da un periodo muy limitado de tiempo.

Una mejor forma de realizar esa evaluación podría ser mediante el análisis periódico y constante de su trabajo. Análisis que no se realiza a la fecha.

En efecto, el desempeño de los funcionarios que realizan actividades jurisdiccionales en el Poder Judicial de la Federación se mide esencialmente mediante

la estadística judicial, esto es, atendiendo al número de asuntos que son proyectados, fallados o aprobados.

En la página de internet de la Dirección General de Estadística Judicial¹⁰ se pueden apreciar diversas gráficas, mapas y estudios comparativos entre los diferentes circuitos judiciales, que refieren el número de asuntos que ingresan y egresan de los tribunales durante cada año judicial, que se mide de noviembre a noviembre. Las estadísticas muestran los movimientos entre los ingresos y egresos, y la productividad de cada tribunal, e informan el número de días que transcurren en promedio entre el registro de un asunto al tribunal y su resolución.

No cabe duda de que dicha medición es necesaria porque, además de que permite medir el rezago en la resolución de asuntos en los tribunales, evalúa el grado de saturación del sistema, lo que conduce a la toma de las medidas pertinentes para que el Poder Judicial pueda seguir cumpliendo con su función.

Sin embargo, el desempeño de la función judicial no debe evaluarse sólo mediante números, pues se corre el riesgo de relajar el estudio y la atención que debe prestarse a cada asunto, se incentiva a sacar un mayor número de asuntos sin tener en cuenta el fondo; los números se convierten en una prioridad y el objetivo es buscar la forma de desestimar el asunto de la manera más rápida o sencilla posible.

En ese escenario, la labor jurisdiccional se concentra en buscar y justificar causas de improcedencia, desechamientos y a confirmar sentencias de tribunales inferiores con fundamentos, razonamientos y motivaciones erróneas o deficientes, porque ello requiere menor esfuerzo y tiempo que hacer un estudio apropiado del asunto y proporcionar una salida que pueda ser a la vez técnica y justa.

¹⁰ Disponible en «http://www.dgepj.cjf.gob.mx/Indicadores/IndicadoresPorOrgano/mapas/ind_mapas.asp».

La consecuencia es que se demerita la calidad en la administración de justicia, lo que redundará en forma inevitable en los gobernados y en el Poder Judicial, porque lo aparta de la confianza de los ciudadanos.

No se minimiza el problema de saturación que invade al Poder Judicial de la Federación. En las consideraciones finales de un estudio comparativo entre los poderes judiciales de México y Europa¹¹ se señaló que el sistema mexicano estaba al borde del congestionamiento en 2008 y que dos años después estaría sobresaturado, y se puso como ejemplo de la saturación que en el mismo año el promedio ponderado de egresos por juzgado de distrito fue de 1,407 asuntos, que distribuidos de manera uniforme a lo largo de un año ocasionaba que cada juez tuviera que resolver cuatro asuntos por día, incluidos los sábados y domingos, y aún así tener pendientes, por lo que se concluyó que la demanda por servicios judiciales estaba por arriba de la capacidad del sistema federal instalada.

Sin embargo, la solución no puede ser sólo prestar atención a los números. Quizá tengan que hacerse ajustes presupuestales, recortar personal o gastos que pudieran resultar innecesarios, hacer un mejor uso de la tecnología –lo que podría permitir la eliminación de ciertos trámites– y ajustar sueldos o prestaciones con la finalidad de contar con mayores recursos para tener más jueces y magistrados. También es indispensable hacer modificaciones en el sistema judicial para eficientarlo: las sentencias son demasiado largas, hay demasiados formalismos, se pierde mucho tiempo y esfuerzo en motivar resoluciones que son claramente improcedentes.

Podría hacerse una larga lista de cuestiones que contribuirían a eficientar el sistema, sin embargo, ello tendrá que ser objeto de otro estudio, debido a que excede al propósito del presente trabajo.

¹¹ Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Dirección General de Estadística y Planeación Judicial, *Comparativo de los Poderes Judiciales de México y Europa 2006*, pp. 28 y 50, disponible en «<http://www.dgepj.cjf.gob.mx/Indicadores/CDLPJME.pdf>».

No pasa inadvertido que el Consejo de la Judicatura Federal ha implementado también un sistema de visitas de inspección que realiza un órgano auxiliar denominado Visitaduría Judicial, el cual tiene por objeto inspeccionar el funcionamiento de los tribunales federales y supervisar la conducta de los servidores públicos que desempeñan ahí sus labores. Sus efectos son de control, preventivos y correctivos. Pueden llevarse a cabo visitas extraordinarias cuando haya elementos que hagan presumir irregularidades.¹²

Sin embargo, como puede advertirse de la lectura del acuerdo que regula dichas visitas, el sistema está enfocado en hacer efectiva la supervisión y el control de los tribunales que están a cargo del Consejo de la Judicatura Federal, así como en prevenir y sancionar conductas irregulares o ilegales de los servidores públicos. No está dirigido a evaluar la calidad de las resoluciones que emiten los juzgadores.

Volviendo al tema que nos ocupa, las consecuencias que genera el que la evaluación del desempeño esencialmente recaiga en la productividad de los tribunales y de sus integrantes crea un círculo vicioso, porque dedicar menos tiempo del necesario al análisis de los asuntos incrementa el margen de error e induce a buscar las salidas más fáciles con la finalidad de subir el asunto a la estadística, lo que sin duda disminuye la calidad de la administración de justicia y refuerza la percepción que existe en la sociedad de que la administración de justicia es mala y los jueces son ineptos o corruptos.

Esa percepción dificulta la implementación de cambios en el sistema dirigidos a simplificar la labor jurisdiccional—lo que resulta necesario para tener mejores números—, como podría ser sustituir sentencias que no entran al estudio de fondo de los asuntos—como desechamientos y sobreseimientos— por dictámenes que no requieran de una extensa motivación. Incluso, las sentencias, en general,

¹² Artículo 220 y siguientes del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece las disposiciones en materia de responsabilidades administrativas, situación patrimonial, control y rendición de cuentas.

podrían simplificarse, considerándose innecesario tener que fundar y motivar la respuesta que se da a cada uno de los agravios o argumentos de las partes.

No cabe duda de que un sistema con jueces idóneos permite que los mecanismos para la tramitación de los procesos sean menos engorrosos, porque están más apoyados en la confianza (Ceballos, 2013, p. 698).

Sin embargo, cuando la percepción generalizada es que impera la ineptitud, resulta mucho más difícil introducir cambios que se traduzcan en una menor motivación o fundamentación, o en un menor esfuerzo en la labor jurisdiccional.

Si uno de los objetivos del sistema judicial es generar una mayor confianza en los jueces y en la labor jurisdiccional, resulta necesario crear un sistema de incentivos que premie a los secretarios y jueces que dedican un mayor esfuerzo al análisis y estudio de los asuntos, quienes en lugar de irse por la vía fácil, buscan la solución más justa, que demuestran sensibilidad y empatía con los gobernados y sus problemas.

Sin embargo, no es suficiente premiar a la mejor sentencia sobre equidad de género o derechos humanos. Para identificar a los mejores candidatos para jueces y magistrados hay que dar un seguimiento constante y permanente al desempeño de los funcionarios que hacen labor jurisdiccional. Esto no necesariamente se logra teniendo personal que revise a fondo todas y cada una de las sentencias y resoluciones que se emiten. Hacer un trabajo cotidiano de esa magnitud quizá conduciría a perder el objetivo de tal esfuerzo. Se estima que bastaría con revisar en forma aleatoria un porcentaje importante de las resoluciones emitidas o proyectadas por el candidato en el último año o en los últimos dos o cinco años. De esa manera, si se trata de un secretario, podría identificarse qué tipo de resoluciones le turnan, sobre qué materias, cómo aborda los asuntos difíciles y en qué porcentaje de sus asuntos entra a fondo. Un análisis similar puede hacerse de los jueces que concursan por una magistratura.

Ese ejercicio podría realizarse respecto de los secretarios que se inscriben a un concurso. Podría haber un proceso de preselección, de manera que esa labor

revisora se realice de forma previa a la fecha del concurso. Podría hacerse por solicitud del interesado o por invitación. Esto es, en forma recurrente el Consejo de la Judicatura Federal podría indagar entre los titulares de los órganos jurisdiccionales quiénes sobresalen en el ejercicio de sus funciones.

Naturalmente, esa preselección podría complementarse con la aplicación de uno o varios casos prácticos y, ¿por qué no?, de un examen oral, para corroborar las aptitudes y los conocimientos del candidato.

En 2015, un secretario técnico del Instituto de la Judicatura Federal y el secretario general de acuerdos de la SCJN publicaron un libro con estudios de derecho comparado sobre diversos sistemas para la designación de juzgadores, y hacen una propuesta interesante de modificación al sistema vigente (Alfaro y Coello, 2015, pp. 347 y ss.).

Proponen que la evaluación de los candidatos a jueces se realice a lo largo de un año, mediante la resolución de 10 casos prácticos, en lugar de uno solo. De manera que el candidato pueda seleccionar 10 fechas en un año calendario para acudir a resolver cada uno de sus casos prácticos. También sugieren la revisión de sentencias elaboradas por el candidato durante su labor cotidiana. Proponen la revisión de 20 sentencias que hayan sido elaboradas por el candidato y que se contengan en el Sistema Integral de Seguimiento de Expediente (SISE), 15 seleccionadas en forma aleatoria y cinco propuestas por el propio candidato.

Se coincide en las propuestas. La forma más accesible para evaluar varias de las cualidades judiciales que han sido enumeradas, y que no pueden conocerse con la resolución de un solo caso práctico y un examen de conocimientos, es mediante la revisión de la trayectoria del candidato, por medio de su trabajo cotidiano.

Lo anterior puede permitir seleccionar a los mejores elementos, a los que en forma consistente aplican en su trabajo los principios que rigen la labor judicial,

a quienes son sensibles con los gobernados y demuestran un compromiso social, a quienes persiguen la perseverancia y la prudencia en sus resoluciones.

También se coincide en que dejar que toda la evaluación dependa de la resolución de un solo caso práctico no es lo idóneo. Son varios los factores que pueden incidir en el desempeño del candidato el día del examen, por lo que una evaluación más certera se logra si se le permite la elaboración de diferentes tipos de sentencias, si se le da la oportunidad de demostrar de qué manera resolvería diferentes conflictos, qué soluciones propondría ante circunstancias diversas.

También sería deseable un curso de formación, no sólo en las cuestiones técnicas que tendrá que realizar en su nueva práctica, sino sobre todo en las cualidades que tendrá que desarrollar y mantener para conservar su posición.

Cabe resaltar que países como Francia y España, que regulan la carrera judicial, eligen a los mejores candidatos mediante un concurso, y luego les requieren varios años de capacitación en los que les imparten cursos para que conozcan el entorno social, aprendan a ponderar dictámenes de peritos, a potenciar la capacidad decisoria prudencial, a comprender el contexto humano, económico y social en que se desempeña la función judicial, entre otras cuestiones, a las que se les dedica la misma importancia que la preparación académica (Ceballos, 2013, pp. 959-966).

Es cierto que la evaluación de los candidatos mediante su desempeño cotidiano toma más tiempo para los dictaminadores, sin embargo, puede rendir mejores frutos y, sobre todo, incentivar a los candidatos a que mejoren la calidad de sus resoluciones, puesto que bajo ese esquema las plazas se asignarán a quienes hayan demostrado en el ejercicio de su función jurisdiccional contar en mayor medida con las cualidades que son deseables en los juzgadores.

Un proceso similar, pero permanente, debe existir para evaluar el desempeño de los jueces y magistrados en funciones. La evaluación no puede reducirse a

la productividad del tribunal o de sus miembros, sino que debe integrar un análisis de las resoluciones, si no de todas, de un porcentaje importante. Esa evaluación debe ir acompañada de un sistema de incentivos, que premie a quienes desempeñan mejor su labor. Entre los incentivos podría estar un aumento en la remuneración. Podrían iniciar con un sueldo base que se vaya mejorando con el desempeño, conceder un año sabático o la invitación a un curso que sea de interés para el premiado, con la consecuente reducción en la carga de trabajo mientras se curse.

Finalmente, esa evaluación no debería dejarse en su totalidad al Poder Judicial de la Federación, sino que requiere de la participación de la sociedad, quizá mediante representantes de colegios de abogados u otras organizaciones con interés en la administración de justicia, sin objeto de lucro, con la finalidad de que sea un proceso exogámico, y que tenga el apoyo de la sociedad civil.

En diversas jurisdicciones los colegios de abogados participan activamente en el proceso de selección, tal es el caso de los países de derecho anglosajón, como Estados Unidos de América, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda; sin embargo, países de corte civilista, como Alemania y Argentina, no se quedan atrás. En Argentina hay representación ciudadana en los consejos de la magistratura provinciales. La participación de los colegios de abogados, de académicos o de la ciudadanía está también presente en Francia, España e Italia. No son pocos los países que han implementado en los años recientes diversos sistemas de evaluación del desempeño judicial, entre ellos están Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, España, Francia y la República Dominicana (Ceballos, 2013, pp. 699-704, 712-728; Alfaro y Coello, 2015, pp. 343-344).

En su libro, Raúl Alfaro y Rafael Coello plantean que la integración del Consejo de la Judicatura Federal debería incluir por lo menos a dos miembros de la sociedad civil, ya sea académicos, representantes ciudadanos que pertenezcan a organizaciones civiles o miembros destacados de colegios de abogados designados por éstos (Alfaro y Coello, 2015, pp. 343-344).

Una de las principales críticas que se hace al Poder Judicial de la Federación en México es que es endogámico. Sin duda generaría confianza en la sociedad

que se le hiciera partícipe de los procedimientos para designación de juzgadores. Dicha distinción generaría mejores resultados si se delega en colegios de abogados o académicos distinguidos, que sean abogados, y, por tanto, tengan mayores elementos para evaluar las sentencias objeto de revisión.

Definitivamente, la mejor forma de que la sociedad participe en el proceso de selección es integrando a algunos de sus miembros en el órgano encargado de realizarla. De otro modo, la opinión de los representantes de la sociedad podría no trascender a la selección y quedarse en una mera opinión.

Ceballos (2013, nota 5) menciona que la supervisión del Poder Judicial corresponde a éste y, por tanto, debe excluirse a los otros poderes, lo que garantiza su imparcialidad e independencia respecto de los otros poderes. El Ejecutivo y el Legislativo no tienen por qué inmiscuirse en la selección de los jueces federales –salvo, en su caso, en la selección de los ministros de la Suprema Corte—. Debe corresponder exclusivamente al Poder Judicial, en estrecho contacto con la sociedad, el seguimiento del desempeño judicial y la selección de los integrantes de dicho poder.

El artículo 100 de la Constitución federal señala que el Consejo de la Judicatura Federal deberá integrarse por siete miembros –el presidente de la Suprema Corte lo será también del Consejo–, otros tres consejeros serán designados por el Pleno de la SCJN de entre los jueces de distrito y magistrados de circuito, dos consejeros serán designados por el Senado y otro por el presidente de la república.¹³

Ha llegado el momento de sustituir a los miembros del Consejo que designan el Senado y el presidente de la república por representantes de la sociedad.

¹³ "Artículo 100. El Consejo de la Judicatura Federal será un órgano del Poder Judicial de la Federación con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones.

El Consejo se integrará por siete miembros de los cuales, uno será el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, quien también lo será del Consejo; tres Consejeros designados por el Pleno de la Corte, por mayoría de cuando menos ocho votos, de entre los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito; dos Consejeros designados por el Senado, y uno por el Presidente de la República."

Podrían ser candidatos a esa posición abogados postulantes o académicos de una larga y reconocida trayectoria que pudieren abonar a construir un mejor sistema judicial, que sea más cercano a las necesidades de la sociedad. Naturalmente, durante el ejercicio de sus cargos como consejeros tendrían que abandonar el ejercicio de las actividades que pudiesen ocasionar conflictos de interés.

Asimismo, los colegios de abogados podrían crear comités dedicados al seguimiento de las resoluciones emitidas o elaboradas por los candidatos a jueces o magistrados federales. Con la finalidad de que ese seguimiento fuese efectivo, el Consejo de la Judicatura Federal podría hacer público al inicio de cada año el nombre y la posición de los candidatos que serán evaluados durante ese año calendario, para que los colegios de abogados y las organizaciones de la sociedad civil que estén interesados puedan avocarse a la tarea de revisar las resoluciones elaboradas o aprobadas por los candidatos, de manera que puedan emitir en forma oportuna una opinión fundada y motivada al Consejo y a la opinión pública.

Es sumamente necesario tomar las medidas adecuadas para que los jueces puedan contar con el tiempo suficiente para estudiar y resolver en forma adecuada sus asuntos, así como dedicar tiempo al desarrollo de actividades académicas que puedan ser de utilidad para su desempeño, como su actualización o reuniones nacionales e internacionales de impartidores de justicia con miras a mejorar la función jurisdiccional.

Si bien una buena remuneración económica es muy importante y un fuerte incentivo para evitar actos de corrupción, una persona con una verdadera vocación judicial y sensibilidad social desempeñará su cargo con honestidad y apegándose en la mayor medida posible a las virtudes judiciales con una remuneración razonable. El Poder Judicial no debe ser un espacio para hacerse de dinero o para acumular riqueza. Para dichos efectos valdría la pena hacer un comparativo de las remuneraciones y prestaciones que tienen funcionarios jurisdiccionales en otros países.

Con lo anterior se pretende enfatizar la importancia y necesidad de complementar la evaluación de los funcionarios que realizan labor jurisdiccional –que en la actualidad se basa esencialmente en la estadística judicial– con el desempeño durante el ejercicio de sus funciones, para aumentar la calidad en la administración de justicia y crear una percepción de confianza en los juzgadores.

Como complemento de lo anterior, a continuación se hará referencia a dos de las virtudes judiciales que han sido mencionadas, que se estima pueden contribuir a mejorar la calidad de los juzgadores y de la administración de justicia, pero que, no obstante lo anterior, han sido relegadas hasta ahora en México.

5. La especialización y su nexo con la sensibilidad judicial

Entre las cualidades deseadas en los juzgadores, en este trabajo se incluyó la especialización. Cualidad que no se menciona en el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación y que no ha sido muy tomada en consideración.

No obstante lo anterior, la doctrina (Ceballos, 2013, p. 688) ha insistido en que cada fuero requiere de una capacidad determinada y, por ende, de un perfil que se ajuste a las necesidades de cada especialidad. Asimismo, ha señalado que al momento de la búsqueda del candidato idóneo, los órganos de selección y designación de jueces deben establecer el perfil que se necesita para la vacante que hay que cubrir en función de las características especiales de cada fuero.

Ya en el *Libro blanco de la reforma judicial* (Caballero, López y Oñate, 2006) se planteó la necesidad de definir el perfil del juez federal; sin embargo, la especialización a la que este trabajo se refiere no es la misma para todos los jueces federales. No cabe duda de que todos y cada uno de los jueces y magistrados federales son especialistas en procesal constitucional. Son los más conocedores de la materia en el país, no sólo porque la aplican todos los días, sino también porque la van desarrollando en sus resoluciones y porque son múltiples

los cursos que se ofrecen y se imparten sobre procesal constitucional y derechos humanos a los integrantes de los órganos jurisdiccionales federales.

Sin embargo, si bien la especialización en procesal constitucional y en derechos humanos es necesaria y conveniente en los juzgadores, hay muchas otras materias y temas que también requieren de cursos y prácticas de especialización que no son impartidas por el Instituto de la Judicatura Federal, y que no son contempladas en los requisitos que debe cubrir un juez que tendrá que conocer de esos temas.

En países como Estados Unidos de América, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda, para ciertas disciplinas los jueces son seleccionados entre los abogados con más prestigio en cada jurisdicción, y son los colegios profesionales e instituciones académicas quienes proponen a los candidatos más reconocidos y con mayor experiencia (Ceballos, 2013, p. 968; Alfaro y Coello, 2015, pp. 327-338).

Lo anterior se debe a que son profesionistas que se han especializado en ciertas materias no sólo porque las han estudiado, sino porque las han practicado durante décadas y conocen las diversas aristas que pueden presentarse, así como las soluciones y el impacto que ciertas decisiones pueden producir en el funcionamiento y desarrollo de ciertas disciplinas.

Basta poner un ejemplo: en el segundo circuito de Estados Unidos de América, que corresponde a Nueva York, los jueces de quiebras son elegidos por las Cortes Federales de Apelación, mediante una convocatoria abierta que se publica en la página de internet del segundo circuito y en algunos otros medios de comunicación. El perfil para juez de quiebras está dirigido a abogados postulantes que tengan muchos años de experiencia en la materia, pues el objetivo es lograr que todas las partes involucradas en el proceso de insolvencia lleguen a un acuerdo en el menor plazo posible. El objetivo de las reestructuraciones de empresas con problemas de insolvencia es que se resuelvan en un muy corto plazo, ya de que otra forma se agrava el incumplimiento de las obligaciones, se incrementan los adeudos, se devalúa cada vez más el valor de los bienes de la empresa y se hace más difícil lograr un acuerdo de reestructuración. El objetivo

es que los procedimientos se terminen en menos de dos meses y que sólo en forma excepcional sean de mayor duración, por ello, el perfil de los jueces de quiebras requiere de determinados requisitos (habilidades de negociación, ser proactivos, conocimientos multidisciplinarios que incluyan aspectos financieros y económicos) que no son aplicables a jueces que tendrán que lidiar con otro tipo de problemas.

El diseño del perfil de cada juzgador depende de las actividades que deba desempeñar. Un juez que resolverá asuntos familiares requiere de habilidades distintas del juez que resolverá exclusivamente asuntos mercantiles. Lo mismo se puede decir del juez que conocerá de asuntos penales, en relación con el que conocerá de temas de competencia económica, o de telecomunicaciones, o que tendrá que lidiar con sindicatos en asuntos laborales.

Tener en cuenta esas distinciones hace toda una diferencia en el estudio y dictado de las resoluciones y en el resultado del proceso.

Es interesante que no son sólo países de derecho anglosajón los que buscan una especialización en sus jueces. En España el concurso con el que inicia la carrera judicial busca seleccionar profesionales de reconocida trayectoria, con al menos 10 años de ejercicio profesional. En Italia y en Francia, en los cursos de formación se incluyen jornadas, estancias y prácticas en empresas, en la policía, en organismos gubernamentales y en dependencias del área social (Ceballos, 2013, pp. 959-966).

En definitiva, no es lo mismo hacer un criterio sobre la actuación del ministerio público o de la policía desde un escritorio que después de haber experimentado el funcionamiento de esas instituciones, sus deficiencias y campos de oportunidad.

El mismo razonamiento aplica para las diversas disciplinas. Los criterios más acertados, más cercanos a la realidad, que resuelven en forma más sencilla la

problemática y modulan de mejor manera sus efectos son los derivados de la experiencia.

Ese contacto con la experiencia, el conocimiento pleno de la materia desde un punto de vista teórico y práctico, sensibiliza a los juzgadores respecto de los efectos y el impacto que pueden tener sus decisiones en la sociedad. Conocer el otro lado de la moneda los acerca a la situación de los gobernados, les permite experimentar en cabeza propia las deficiencias que presenta el sistema judicial y los concientiza respecto del papel que deben desempeñar, con la finalidad de enderezar las deficiencias que experimentaron.

El servicio de carrera tiene muchas virtudes, está diseñado para asegurarse de que los jueces sean el resultado de todo un proceso de aprendizaje y experiencia dentro de los tribunales; sin embargo, la forma como está diseñado en México presenta esa desventaja. No contempla la posibilidad de que los candidatos a jueces conozcan la otra cara de la moneda.

Dedicarse exclusivamente a estudiar los asuntos desde un escritorio, desde un punto de vista meramente teórico, alejado de la problemática real que viven los gobernados, sin inquietarse por las consecuencias prácticas de las resoluciones, acostumbrándose a resolver decenas o centenas de asuntos por semana, contribuye en muchas ocasiones a la pérdida de sensibilidad; ésta se obtiene del contacto diario con los problemas cotidianos en la administración de justicia, de la frustración sentida cada vez que se experimentan sus deficiencias, de la impotencia para poder cambiar cosas que a primera vista parecieran sencillas.

Por ello, se estima que un complemento sumamente importante para la carrera judicial sería que los candidatos a jueces hubieran practicado un cierto número de años la materia para la que concursan.

En efecto, los concursos deben dejar de estar dirigidos a jueces todólogos. El Consejo de la Judicatura Federal y la sociedad tienen la tarea de definir cuál

es el perfil que requieren los jueces, en atención a las diversas materias que estarán encargados de aplicar y, una vez definido ese perfil, requerir que los candidatos tengan práctica en el campo de conocimiento de que se trate o, en su defecto, establecer cursos de formación obligatorios que incluyan prácticas y estancias en las dependencias o entidades que se requiera.

Sólo así se conocen los problemas que se presentan en forma cotidiana. Después de haber propuesto y encontrado soluciones en la práctica, se está mucho más dispuesto a encontrar soluciones, administrando justicia. Se está también más dispuesto a agilizar los trámites, a evitar dilaciones, a cooperar en el proceso, para obtener una solución satisfactoria para todas las partes.

Finalmente, se estima que regular e implementar la especialización de los jueces federales en la forma que ha sido expuesta podría contribuir a una mejora en la calidad de la administración de justicia, por las razones siguientes:

1) Es mucho más difícil y consume mucho más tiempo tener que estar actualizado en todas las ramas del derecho.

Si a la carga de trabajo que enfrentan los tribunales en fechas recientes se agrega la obligación de tener que estar al día en todas y cada una de las modificaciones legales y criterios judiciales, se disminuye la calidad en la elaboración y revisión de los asuntos.

Según el Anexo Estadístico 2019 (Dirección General Estadística Judicial, 2019, p. 3) al 15 de noviembre de 2019 había en el país 851 órganos jurisdiccionales federales, de los cuales 439 eran juzgados de distrito, 270 eran tribunales colegiados de circuito y 100 eran tribunales unitarios de circuito, además de 41 centros de justicia penal y 1 centro nacional de justicia especializado en control de técnicas de investigación. Durante el año estadístico 2019 ingresaron al sistema de justicia federal 1,185,084 asuntos (sin tomar en cuenta los 332,778 en existencia), de los cuales se resolvieron 1,159,856; esto es, 97.8% (Dirección General Estadística Judicial, 2019, p. 11). Por lo que, *grosso modo*, suponiendo que todos los asuntos en existencia durante el año estadístico 2019 hubieran

sido distribuidos en partes iguales entre los 851 órganos jurisdiccionales, se trata de 1,783.6 asuntos por órgano jurisdiccional para ser resueltos en un año que consta de 365 días.

Lo anterior se corrobora si se revisan los tabuladores del Anexo Estadístico 2019¹⁴ en los que se puede apreciar que sólo tomando en cuenta el ingreso de amparos indirectos durante el año estadístico 2019 a cada uno de los juzgados de distrito del primer circuito ingresaron entre 1,119 y 1,220 asuntos en materia penal; entre 2,004 y 2,381 asuntos en materia administrativa; entre 1,409 y 1,487 asuntos en materia civil y entre 3,090 y 3,507 asuntos en materia laboral.

Es decir, tomando en cuenta los 365 días del año (esto es, sin descontar sábados, domingos ni días inhábiles) los jueces de distrito tienen que resolver, en promedio, entre tres y nueve asuntos por día dependiendo de la materia. Resolver el asunto, en teoría, implica revisar el expediente, leer los antecedentes y las demandas o recursos presentados, estudiar el asunto, redactar y revisar la resolución correspondiente. Si bien el juez no realiza personalmente cada uno de dichos actos, idealmente debe supervisarlos. La carga de trabajo es abrumadora, y a eso hay que agregar el estudio y actualización no sólo en una o dos materias, sino en todas.

En la página de internet del Consejo de la Judicatura Federal se establece que en el país existen 207 juzgados de distrito mixtos, distribuidos en 25 entidades federativas.¹⁵ Hay tribunales especializados en Ciudad de México, Nuevo León, Jalisco y Puebla; sin embargo, lo que llama la atención es que hay varios juzgados de distrito mixtos en cada circuito. Por ejemplo, en Estado de México hay 16, en Sonora 13, en Jalapa 15, en Sinaloa y Guerrero 10, en Chihuahua, Guanajuato y Tabasco 12, en Oaxaca 11, sólo por mencionar las entidades que tienen

¹⁴ Disponible en «<https://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/informacionRelevante.htm?pageName=informacion%2FAnexoEstadisticoWeb.htm>».

¹⁵ Disponible en «<https://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/informacionRelevante.htm?pageName=informacion%2FnumeroOrganos.htm>».

un mayor número de órganos jurisdiccionales mixtos. Las entidades federativas que menos juzgados tienen son Campeche y Colima, con dos cada una.

La pregunta es ¿no sería más eficiente convertir en especializados los tribunales mixtos de cada circuito? De manera que si en Estado de México hay 16 juzgados de distrito, esos 16 se dividan en tribunales especializados en materia penal, materia civil, mercantil, administrativa y laboral. Esto resolvería muchos de los problemas que se presentan en algunas materias, como es el caso de los concursos mercantiles, asuntos que por su complejidad requieren de órganos jurisdiccionales especializados. No es casualidad la cantidad de desechamientos que hay de solicitudes y demandas de concurso mercantil si atendemos a la cantidad de temas que involucran ese tipo de asuntos y al tiempo que toma resolverlos en comparación con el tiempo que requiere la resolución de un juicio de amparo. Desde la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 2014 el legislador introdujo en el artículo 53 Bis la necesidad de que jueces especializados en materia mercantil conozcan de las controversias en materia concursal. Disposición legal que el Consejo de la Judicatura Federal no ha acatado, y que tiene a México sumamente rezagado en ese tipo de controversias si se le compara con otros países incluso de América Latina. Basta ver que en Chile (con una población que no llega a los 20 millones de habitantes) durante 2020 se iniciaron 1,885 procedimientos concursales, cifra similar a los 1,701 procedimientos concursales de empresas deudoras durante 2019¹⁶, que comparada con los menos de 40 asuntos concursales por año en toda la República Mexicana demuestra el poco interés que tiene el Consejo de la Judicatura Federal en la rehabilitación de las empresas, fuentes de empleo en el país.

Es cierto que, en algunos casos, es probable que los tribunales estén en diferentes ciudades de cada entidad; sin embargo, la tecnología actual permite que los documentos sean escaneados y enviados en unos minutos de un lugar a otro, por lo que esa circunstancia no tendría que ser un impedimento. Además, si

¹⁶ Disponible en «<https://www.superir.gob.cl/wp-content/uploads/2021/01/Bolet%C3%ADn-Estad%C3%ADstico-Mensual-Diciembre-2020.pdf>».

dicha modificación conlleva una mejor administración de justicia, no resulta muy engorroso hacer un viaje para la audiencia dentro del mismo circuito. Naturalmente, en cada ciudad tendría que haber una oficina común de correspondencia que reciba las promociones para los tribunales del circuito, que se encargue de distribuir las promociones entre los tribunales especializados y que publique las notificaciones.

2) Manejar una sola especialidad facilita el estudio y la actualización, permite un conocimiento más profundo de la materia al tener que enfrentarse en forma cotidiana a la solución de los conflictos derivados de su aplicación, puede incidir en resolver con mayor rapidez una parte importante de los asuntos, ya que existe una alta probabilidad de que los temas sean recurrentes. Además, al tener que estudiar un mayor número de asuntos derivados de la misma materia se tiene una mayor posibilidad de conocer las diferentes aristas de un mismo problema, los efectos que produce en las partes y en la sociedad y, de ser el caso, se tiene también una mayor oportunidad de rectificar o modificar los criterios. En suma, se producirían verdaderos expertos.

3) Por último, el desarrollo de las sociedades, de los negocios, la tecnología y la globalización han ocasionado una mayor especialización. Las escuelas de derecho han tenido que modificar sus programas para acercar a sus alumnos al conocimiento de diversas materias muy especializadas que se han desarrollado ampliamente en años recientes. Por ejemplo, telecomunicaciones, competencia económica, operaciones financieras, derecho bursátil, regulación de entidades financieras (*compliance*).

Si es difícil que una sola persona conozca a cabalidad y domine todos los aspectos de las áreas principales del derecho civil, penal, administrativo y laboral, lo es mucho más que además tenga que pronunciarse sobre temas especializados que surgen de derivaciones de esas materias. No obstante, a los jueces federales se les obliga a resolver sobre todos los temas habidos y por haber, sin contar con la especialización requerida, además, lo tienen que hacer en un tiempo reducido, por la carga de trabajo, lo que naturalmente impide en

muchos casos hacerse de los conocimientos necesarios para emitir una resolución que resuelva en forma adecuada la problemática planteada.

Es una realidad que en múltiples ocasiones, mediante una lectura somera, los especialistas pueden detectar un sinnúmero de inconsistencias y yerros en las resoluciones, pero eso no es todo, los criterios contenidos en cada sentencia pueden producir efectos adversos, no sólo en las partes contendientes, sino también en terceros que se dedican a la misma actividad, o incluso en la misma sociedad, ante la falta de conocimiento de las consecuencias que pueden derivarse de la decisión tomada.

Por ello, si queremos una mejor administración de justicia y la emisión de resoluciones que contribuyan a la construcción de un mejor país y de una mejor sociedad, reflexionemos que la era que estamos viviendo requiere de una mayor especialización y profesionalismo, lo cual no puede satisfacerse de forma plena si los impartidores de justicia carecen de la especialización y experiencia requeridas.

6. Conclusiones

El sistema vigente para la selección de jueces de distrito y magistrados de circuito, si bien es más objetivo y transparente que el anterior, presenta algunas deficiencias, en virtud de que está enfocado sólo en evaluar los conocimientos jurídicos, la memorización de los criterios y la rapidez en la elaboración de las sentencias, y deja de lado la evaluación de otras cualidades indispensables en los jueces, como sensibilidad, independencia, imparcialidad, objetividad, capacidad de autocrítica y la prudencia.

En síntesis, lo que se propone es un proceso de preselección en el que se revise un porcentaje elegido de forma aleatoria de las resoluciones emitidas por los candidatos, proceso de revisión que podría hacerse tanto por el Consejo de la Judicatura Federal como por comités de los colegios de abogados, con la finalidad de que representantes de la sociedad civil puedan emitir una opinión que sea tomada en cuenta; la revisión puede complementarse con el examen de

conocimientos y la resolución de varios casos prácticos. La participación en los procesos de selección podría solicitarse directamente por los candidatos o por invitación del Consejo de la Judicatura. Lo anterior podría acompañarse de un sistema de incentivos que invite a los servidores públicos a aplicar en forma consistente los principios judiciales. Finalmente, el Consejo de la Judicatura Federal debería estar compuesto sólo por miembros del Poder Judicial de la Federación y representantes de la sociedad civil, ya sea académicos o abogados postulantes reconocidos, designados por los colegios de abogados o universidades, con la finalidad de acercar a los jueces a la sociedad y de generar la confianza que los miembros éstos deben tener en sus jueces.

Finalmente, se estima que no todos los jueces federales deben tener el mismo perfil. El perfil de cada juzgador depende de las actividades que vaya a desempeñar. El conocimiento pleno de la materia, desde un punto de vista teórico y práctico, sensibiliza a los juzgadores respecto de los efectos y el impacto que pueden tener sus decisiones en la sociedad. El haber estado del otro lado de la moneda los acerca a la situación de los gobernados, les permite experimentar en cabeza propia las deficiencias que presenta el sistema judicial y los concientiza respecto del papel que deben desempeñar, con la finalidad de enderezar las deficiencias que experimentaron. Además, manejar una sola especialidad facilita el estudio y actualización, lo que a su vez permite se dedique un poco más de tiempo al estudio de los asuntos.

Por lo anterior, se propone que se agregue como requisito para ser designado juez que se haya practicado un cierto número de años en la materia para la que se concursa o, en su defecto, establecer cursos de formación obligatorios que incluyan prácticas y estancias en las dependencias o entidades que se requiera para adquirir práctica y experiencia en la materia.

Fuentes

Alfaro Telpalo, R. y Coello Cetina, R. (2015), *El sistema para la designación de magistrados de circuito y jueces de distrito (análisis de derecho comparado y propuesta de reforma legislativa)*, México, Tirant lo Blanch.

Barak, A. (2008), *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Caballero Juárez, J. A., López Ayllón, S. y Oñate Laborde, A. (2006), *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, SCJN.

Ceballos, N. (2013), "Las idoneidades para el ejercicio de la función judicial y los procedimientos de selección, designación, evaluación y remoción de magistrados judiciales", en Vigo, R. L. y Gattononi, M., *Tratado de derecho judicial*, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Cueto Rúa, J. C., (2013), *El buen juez de primera instancia*, en Vigo, R. L. y Gattononi, M., *Tratado de derecho judicial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Dirección General Estadística Judicial (2019). Anexo Estadístico 2019. México: Consejo de la Judicatura Federal, p. 3, disponible en «https://www.dgepj.cjf.gob.mx/resources/anexos/2019/graficas/intro_2019.pdf».

Pardo Rebolledo, J. M. (2009), "Retos y perspectivas del juez constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, E. y Molina Suárez, C. (coord.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, t. II., México, UNAM/SCJN.

Vigo, Rodolfo L. y Gattononi de Mujía, M. (2013), *Tratado de derecho judicial*, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Zaffaroni, E. R., (2013), "Dimensión política de un Poder Judicial democrático", en Vigo Rodolfo Luis, y Gattononi de Mujía, María, *Tratado de derecho judicial*, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Material de apoyo

Acuerdo General 36/2015 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.

Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reglamenta la carrera judicial y las condiciones de los funcionarios judiciales.

Código de Ética del Poder Judicial de la Federación.

Consejo de la Judicatura Federal (2006), Comparativo de los Poderes Judiciales de México y Europa 2006, Dirección General de Estadística y Planeación Judicial, pp. 28 y 50, disponible en «<http://www.dgepj.cjf.gob.mx/Indicadores/CDLPJME.pdf>».

_____ (2015), Informe Anual de Labores rendido el 11 de diciembre de 2015 por el ministro Luis María Aguilar Morales. Disponible en «<https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/documents/Informe2015/InformeVEjecutiva2015.pdf>».

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en «http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_113_10ago87_ima.pdf».

Controversia Constitucional 4/2005.

Convocatoria al trigésimo tercer concurso interno de oposición para la designación de magistrados de circuito. Disponible en «<http://www.ijf.cjf.gob.mx/concursos/2016/magistrados/33/CONVOCATORIA33MAGISTRADOS.pdf>».

Convocatoria al vigésimo primer concurso interno de oposición para la designación de Jueces de Distrito. Disponible en «http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5379817&fecha=29/01/2015».

Judicial Selection Methods in The State of New York: A Guide to Understanding and Getting Involved in the Selection Process, Council on Judicial Administration, Nueva York City Bar, 2014.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Semanario Judicial de la Federación (número de tesis publicadas semanalmente).

The Association of the Bar of the City of New York Special Committee to Encourage Judicial Service (2014), How to become a Judge, disponible en «http://www.nycbar.org/pdf/report/become_a_judge.pdf».

28 U.S. Code § 152 - Appointment of bankruptcy judges, Legal Information Institute, Cornell University Law School. Disponible en «<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/152>».

Discriminación indirecta en el acceso a la educación media superior en Ciudad de México y la Zona Metropolitana. El caso del examen Comipems

*Indirect discrimination in the access to high school education
in Mexico City and the Metropolitan Area.
The case of the Comipems exam*

ANDREA SEDEÑO TOXTLE*

Resumen

La Constitución mexicana reconoce la obligatoriedad de la educación media superior desde 2012; sin embargo, ese derecho no ha sido debidamente garantizado por el Estado mexicano. Un caso que ejemplifica esta afirmación es la existencia actual de un problema de discriminación indirecta en el acceso a la educación media superior en Ciudad de México y la Zona Metropolitana. Esta discriminación se deriva del diseño y la aplicación del examen Comipems, que es el mecanismo para asignar a las y los estudiantes de secundaria a las distintas instituciones de educación media superior pública en Ciudad de México y la Zona Metropolitana. El examen no toma en cuenta las distintas condiciones y contextos de las y los estudiantes que lo presentan, y por eso genera un impacto disparaje por el cual se excluye sistemáticamente a las y los estudiantes de menores recursos económicos del acceso a las mejores instituciones de educación media superior

* Estudió la licenciatura en Derecho en el Instituto Tecnológico Autónomo de México; trabaja en Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad. Ha publicado diversos artículos sobre género, racismo y corrupción. Ganó el Primer Lugar del Concurso de Ensayo Universitario 2019 con el presente trabajo.

pública. Por ese motivo, tanto el concurso como el examen Comipems deben ser ajustados en su aplicación y diseño, con el fin de lograr que se brinde una mayor igualdad sustantiva a quienes lo presentan y se garantice así el pleno goce del derecho a la educación.

Palabras clave: discriminación indirecta, impacto disparatejo, derecho a la educación, educación media superior, nivel socioeconómico, Ciudad de México, Zona Metropolitana, concurso de asignación, acceso, accesibilidad, igualdad, oportunidad, estudiantes, marginación, derechos humanos.

Abstract

The Mexican Constitution recognizes the compulsory nature of the right to high school education since 2012; however, this right has not been duly guaranteed by the Mexican State. A case that exemplifies this statement is the current existence of a problem of indirect discrimination in access to high school education in Mexico City and the Metropolitan Area. This discrimination derives from the design and application of the Comipems exam, which is the mechanism to allocate high school students in the different public high school institutions in Mexico City and the Metropolitan Area. The exam does not consider the different conditions and contexts of the students who take it, and therefore generates a disparate impact by which students with lower economic resources are systematically excluded from the best public high school institutions. For this reason, both the competition and the Comipems exam must be adjusted in their application and design, in order to ensure substantive equality for the students who take the exam and thus adequately guarantee the right to education.

Keywords: indirect discrimination, disparate impact, right to education, high school education, socioeconomic level, Mexico City, Metropolitan Zone, assignment contest, access, accessibility, equality, opportunity, students, marginalization, human rights.

*La educación ayuda a la persona
a aprender a ser lo que es capaz de ser*
Hesíodo

La trascendencia de la educación en la vida de un individuo y de una comunidad ha sido un tema recurrente en la historia; pero ¿por qué es importante la educación? La Organización de las Naciones Unidas (ONU) manifiesta que nos proporciona "las capacidades y conocimiento críticos necesarios para convertirnos en ciudadanos empoderados, capaces de adaptarse al cambio y de contribuir

a la sociedad". Adicionalmente, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (PIDESC) se establece que la educación debe "capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz" (PIDESC, 1966).

Es innegable la importancia de la educación tanto en el ámbito individual como en el colectivo. Una sociedad educada tiene ventajas evidentes, como la inclusión social, la tolerancia y el respeto por los demás. Además, la educación es un instrumento mediante el cual se posibilita la movilidad social. En México, las personas que cuentan con índices de escolaridad más altos usualmente pertenecen a los grupos socioeconómicos de mayor nivel de ingresos. En este sentido, hay una correlación positiva entre el nivel de escolaridad y el nivel de ingresos de una persona, ya que en el primer decil¹ la educación promedio es de 4.8 años; mientras que en el último es de 12.6 años (Hernández, 2013). Asimismo, la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares 2018 demostró que conforme aumenta el nivel de escolaridad, aumenta el nivel de ingresos promedio. En el caso de los hombres que tienen máximo la primaria completa, su ingreso trimestral promedio es de \$11,078, mientras que el de las mujeres es de \$5,890. Por otro lado, los hombres que tienen posgrado, ya sea completo o incompleto, tienen un ingreso trimestral promedio de \$109,452, y en el caso de las mujeres de \$61,934 (Inegi, 2018). Por este motivo, también es posible afirmar que la educación es una herramienta para mejorar las condiciones materiales de una persona.

Advertiendo la importancia de que se le brinde educación a todas las personas, el 9 de febrero de 2012 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la declaración del Congreso de la Unión que reformó los artículos 3 y 31 de

¹ Los deciles se refieren a cada uno de los 10 grupos de igual tamaño en los que se divide la población, con base en los ingresos de sus hogares. En este sentido, el primer decil se refiere a 10% de los hogares con menos ingresos del país, mientras que el décimo decil se refiere a 10% de los hogares con más ingresos del país.

la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) para dar lugar a la obligatoriedad de la educación media superior en México. En este sentido, el Estado se comprometió a brindar educación hasta ese nivel, aceptando así una obligación mayor a la establecida en tratados internacionales que México ha suscrito. Por lo anterior, es posible afirmar que la Constitución brinda una especial protección en el ámbito educativo.

De acuerdo con Miguel Carbonell, para poder determinar si la obligación del Estado de garantizar el derecho a la educación ha sido cumplida, se debe atender a las dimensiones institucionales de goce, lo cual significa evaluar cuatro aspectos de la educación: disponibilidad, aceptabilidad, calidad y accesibilidad (Carbonell, 2016).

El presente trabajo se enfocará en la accesibilidad a la educación, la cual a su vez se divide en accesibilidad física, económica, acceso a la información y no discriminación. La tesis que se sostiene es que actualmente existe un problema de discriminación indirecta (por impacto disparate) en el acceso a la educación media superior en Ciudad de México y la Zona Metropolitana. Para demostrarlo, realizaré una descripción detallada del concurso de asignación a la educación media superior Comipems y, posteriormente, un análisis de cómo este concurso vulnera el derecho a la educación desde la perspectiva del derecho a la igualdad.

1. Descripción del concurso de asignación a la educación media superior Comipems

La Comisión Metropolitana de Instituciones Públicas de Educación Media Superior (Comipems) está conformada por las instituciones educativas que ofrecen programas de educación media superior pública en Ciudad de México y en Estado de México. En 1996, estas instituciones firmaron un convenio de colaboración por medio del cual acordaron que los procedimientos tradicionales para ingresar a la educación media superior se cambiarían por un único examen, realizado por la Comipems y aplicado a todas las y los aspirantes que quisieran ingresar a cualquiera de las instituciones que forman parte de la comisión. Con este

fin, se unieron todas las instituciones de educación media superior de Ciudad de México y de 22 municipios conurbados de Estado de México. Así, la Comipems está conformada por nueve instituciones: el Colegio de Bachilleres (Colbach), el Colegio Nacional de Educación Profesional Técnica (CONALEP), la Dirección General del Bachillerato (DGB), la Unidad de Educación Media Superior Tecnológica Agropecuaria y Ciencias del Mar (UEMSTAyCM), la Unidad de Educación Media Superior Tecnológica Industrial y de Servicios (UEMSTIS), el Instituto Politécnico Nacional (IPN), la Secretaría de Educación del Gobierno del Estado de México (SE) y la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) (Rodríguez Rocha, 2014).

Con la comisión se desarrolló un nuevo método de asignación para la educación media superior. El cambio ha resultado favorable en varios aspectos, pero también deficiente en otros tantos. Por ese motivo, en esta sección evaluaré las características, los objetivos y los logros del concurso de asignación a la educación media superior, pero también analizaré sus deficiencias e imperfecciones, las cuales redundan en la falta de igualdad en el acceso a la educación media superior.

1.1 Características, objetivos y logros del concurso Comipems de asignación a la educación media superior

El convenio de colaboración entre las distintas instituciones de educación media superior se realizó con el objetivo de "poder atender de forma conjunta, transparente y eficiente la demanda de educación media superior" (Comipems, 2019). Por un lado, antes del convenio, cada institución desarrollaba sus exámenes y definía los requisitos de ingreso; sin embargo, algunos de los planteles solían saturarse y, por tanto, no tenían cupo suficiente para todas las y los aspirantes. Por otro lado, otras instituciones que no eran tan populares se quedaban con espacios vacantes que no eran ocupados por nadie. Simplemente no se podía encontrar un equilibrio entre la demanda creciente y la oferta segmentada. Esto es lo que se buscó solucionar al integrar la Comipems (Rodríguez Rocha, 2014).

En la actualidad, cuando las y los estudiantes de tercero de secundaria están por finalizar su año escolar, deben llevar a cabo un proceso general para ingresar a alguna de las instituciones que conforman la Comipems; éste consiste en un concurso de asignación a la educación media superior que se lleva a cabo en la Zona Metropolitana de Ciudad de México y tiene las siguientes características principales: 1) la publicación de una convocatoria única, 2) la realización de un registro único de aspirantes, 3) la evaluación de sus habilidades y conocimientos por medio de un solo examen y 4) la asignación a los planteles de acuerdo con las preferencias de cada estudiante.

En este sentido, las y los aspirantes pasan por cuatro etapas. En primer lugar, se inscriben al concurso a través de una solicitud en la que ordenan de manera jerárquica sus opciones educativas, de mayor a menor preferencia. Pueden seleccionar hasta 20 opciones. En una segunda etapa presentan un examen de conocimientos (de español, matemáticas, ciencias naturales, geografía, historia, etcétera), el puntaje mínimo para poder ser asignado a alguna institución es de 31 aciertos, y el máximo posible es de 128. Más adelante, se ordena a las y los aspirantes según su desempeño en la prueba. Finalmente, se hace la asignación. A los puntajes más altos se les otorga su primera opción, siempre y cuando cumplan con el puntaje requerido por la institución. Una vez asignadas todas las y los estudiantes de mejor desempeño, se asignan las y los siguientes aspirantes en los planteles que aún cuenten con cupo disponible, en el orden en que solicitaron sus instituciones preferidas. El objeto de estudio del presente texto será la segunda etapa, es decir, la del examen Comipems.

El examen Comipems se lleva a cabo de manera anual. La Comipems afirma que para garantizar la imparcialidad del concurso encomendó al Centro Nacional de Evaluación (Ceneval) la elaboración y calificación del examen que se utiliza, al considerar su calidad técnica de los instrumentos de medición y la experiencia adquirida en concursos de asignación efectuados en diversos estados de la república mexicana. El examen Comipems se realiza con base en "los conocimientos básicos y habilidades generales del plan y programas de estudio de secundaria", lo cual resultará importante en los apartados siguientes.

Respecto a la eficiencia de este método de asignación, en 2017 el vocero de la Comipems afirmó que había 340,496 lugares disponibles para los 325,403 aspirantes que solicitaron presentar el examen para ingresar al nivel de bachillerato (Notimex, 2017). En este sentido, el vocero afirmó que todas las y los aspirantes tienen un lugar asegurado en el acceso a la educación media superior. También señaló que el examen no es de selección, sino de distribución. Dijo que está diseñado con cierto nivel de dificultad para lograr una dispersión de las calificaciones, que es lo que permite hacer la asignación diferenciada.

La Comipems considera que el concurso de asignación es la forma más transparente y eficiente para asignar a las y los aspirantes a las distintas instituciones de educación media superior. También señala que, al conocer el volumen de la demanda en la Zona Metropolitana de Ciudad de México, se ha logrado optimizar el uso de la infraestructura, los recursos y la experiencia de las instituciones que participan en las actividades del concurso. Además, considera que es el medio que brinda mayor igualdad de condiciones para las y los aspirantes. La Comipems supone que al brindar criterios idénticos para la evaluación, se logra una mayor objetividad en la asignación.

1.2 Deficiencias y desigualdades fácticas en el concurso de asignación a la educación media superior

A pesar de lo anterior, la realidad es que la oferta institucional en la educación media superior de la Zona Metropolitana de Ciudad de México está segmentada y se ofrecen distintas modalidades. Es decir, no todas las y los estudiantes ingresan a instituciones del mismo tipo ni de la misma calidad. Hay diferentes tipos de instituciones dentro del sistema. El primero es el bachillerato general, el cual abarca una amplia preparación académica para posteriormente avanzar a estudios superiores en alguna universidad. Este tipo de institución es la más valorada por las y los estudiantes, por lo que es de las opciones más demandadas. Ejemplos de ésta son las preparatorias de la UNAM o el Colbach. También existe el bachillerato tecnológico, donde se ofrecen cursos que preparan a las y los alumnos para carreras técnicas del sector industrial y de servicios al mismo tiempo que estudian el bachillerato. Al igual que el bachillerato general, el

bachillerato tecnológico prepara a las y los alumnos para una carrera profesional del nivel superior. Ejemplo de este tipo de educación serían los bachilleratos de la UEMSTAyCM o de la UEMSTIS. Finalmente, también está disponible el sistema profesional técnico bachiller, donde las y los estudiantes obtienen educación profesional técnica en un gran número de carreras o profesiones de nivel medio superior. En este sentido, las y los estudiantes obtienen las capacidades requeridas para una carrera técnica, a la par de un certificado que les permite continuar sus estudios en el nivel superior, en caso de que así lo decidan; un ejemplo sería el CONALEP (Comipems, s. f.).

Las y los estudiantes valoran de diferente modo a las instituciones antes mencionadas por diversas razones. La primera razón es que brindan diversas posibilidades de acceso a la educación superior, por ejemplo, las preparatorias de la UNAM y del IPN ofrecen, la mayoría de las veces, pase directo al nivel superior. Por otro lado, en el sistema profesional técnico bachiller el enfoque no va dirigido a que el o la alumna continúe con su educación superior, sino que le brinda una educación más técnica y enfocada a que concluya su educación en el nivel medio superior. En este sentido, las y los estudiantes prefieren aquellas en las que tienen mayores probabilidades de acceder a educación superior de calidad.

El impacto que tiene el tipo de institución de educación media superior en el acceso a la educación superior ha sido comprobado en diversos estudios. En una investigación de Patricio Solís se demostró que el tipo de bachillerato tiene efectos de gran magnitud sobre la continuidad en la educación superior y sobre el tipo de institución de educación superior de destino. De este modo, quienes provienen de algún Colegio de Ciencias y Humanidades (CCH) o de alguna preparatoria de la UNAM presentan menores probabilidades de deserción escolar (29%) y transitan a la educación superior principalmente con la UNAM como destino (60%). Por otro lado, las y los jóvenes provenientes de bachilleratos generales afiliados a otra institución de educación superior pública tienen mayores tasas de deserción escolar (40%) y una transición orientada hacia las instituciones de educación superior públicas distintas a la UNAM, pues la tasa de ingreso en dicha institución es apenas de 2% (Solís, 2014), como se aprecia en el cuadro 1.

Cuadro 1. Relación entre institución de educación media superior y deserción escolar^A

Institución de educación media superior de origen	Institución de educación superior en la que continúa			No continuó estudiando	Total
	UNAM	Otra pública	Otra privada		
Preparatoria o CCH UNAM	60	8	3	29	100
Bachillerato general afiliado a otra institución	2	42	16	40	100

^A Datos porcentuales, jóvenes de 20 a 29 años en Ciudad de México. Los datos representan probabilidades estimadas a partir de un modelo de regresión logística multinomial.

Fuente: elaboración propia con base en Solís (2014).

En este sentido, como se desprende del cuadro 1, cursar la educación media superior en un tipo de institución o en otro tiene fuertes repercusiones para la continuidad formativa, así como en el acceso a una institución de educación superior de alta calidad. De este modo, aunque todas las y los aspirantes tengan un lugar asegurado en alguna institución de educación media superior, no todas las instituciones les brindarán la misma preparación ni las mismas oportunidades para el ingreso a la educación superior, lo cual repercutirá en su vida laboral (Rodríguez Rocha, 2014).

Adicionalmente, en la misma investigación se demostró que la probabilidad de deserción escolar es distinta dependiendo de la modalidad de la institución de educación media superior, pues las probabilidades de terminar la educación media superior para las y los jóvenes que ingresan a bachilleratos generales son de 77.8%, mientras que para las y los jóvenes que entran a instituciones vocacionales la cifra decrece a 54.1% (Solís, 2014). Asimismo, una investigación de Farías y Rubio reveló que existen mayores tasas de deserción escolar en las escuelas de tipo profesional técnica bachiller, alrededor de 24%, frente a 16% en las escuelas de bachillerato general y 17% en las de bachillerato tecnológico (Rubio y Farías, 2013). Por lo anterior, se observa que las diferencias en el tipo de institución media superior generan una brecha en la transición a la educación

superior, debido a las altas tasas de desafiliación escolar en las instituciones de educación media superior con menor calidad educativa.

Además de la diferencia de oportunidades que tendrán las y los alumnos egresados de las diversas instituciones de educación media superior, otro factor por el que las y los alumnos de secundaria no quieren ingresar a un instituto de tipo profesional técnico bachiller es que la educación en esas instituciones es de muy bajo nivel. Lo anterior es así pues se ha encontrado que hay una gran correlación entre el sistema de la escuela de nivel medio superior y los logros escolares en matemáticas de sus alumnos. De acuerdo con Rubio y Farías, al comparar el nivel de aprendizaje en matemáticas entre alumnos que asisten a los diferentes sistemas de educación media superior, a través de los resultados en un examen estandarizado (prueba ENLACE) entre alumnos del bachillerato general y del sistema profesional técnico bachiller, se observa que quienes reciben una educación en el sistema profesional técnico bachiller tienden a obtener menores beneficios en logro escolar (Rubio y Farías, 2013).

En este sentido, el sistema de asignación a la educación media superior está pensado actualmente para proporcionar espacios a la mayor cantidad posible de estudiantes que deseen continuar con su educación; sin embargo, muy pocos tienen acceso a una educación de calidad. El acceso a las instituciones de mejor calidad parece estar impedido sistemáticamente para un grupo vulnerable: los estratos socioeconómicos más bajos. A pesar de que la Comipems asegura que busca brindar "igualdad de condiciones" a todas las y los aspirantes por medio del examen, la realidad es que no lo logra. El examen, al ser de conocimientos –los obtenidos en secundaria– básicamente depende del nivel educativo que tenga el o la aspirante al momento de realizarlo. A simple vista, parecería que no hay ningún problema; sin embargo, analizándolo a fondo, y después de hablar con futuros aspirantes del concurso, es posible apreciar los problemas que subyacen en este planteamiento.

En primer lugar, es importante resaltar que la mayoría de las y los aspirantes al examen Comipems provienen de escuelas públicas. Lo anterior lo confirman las estadísticas, pues en 2017 93.1% de las y los aspirantes procedían de escuelas

públicas, mientras que sólo 6.9% de escuelas privadas (Milenio Digital, 2018). Es indudable que entre estudiantes de escuelas públicas y privadas hay una gran diferencia en el nivel educativo; sin embargo, también entre escuelas públicas hay diferencias. Algunos planteles cuentan con más recursos, lo que se traduce, por lo general, en una mayor calidad educativa. Lo anterior fue confirmado por numerosos aspirantes, provenientes de zonas de alta marginación y con pocos recursos económicos. Ellos y ellas explican que sus profesores no asisten a clases, por lo que no aprenden muchos temas, y al aplicar al examen Comipems enfrentan una enorme desventaja frente a otros aspirantes. Lo anterior es parte de un problema mucho mayor en la educación pública, pero es relevante en la medida en que realmente no todas las y los alumnos se encuentran en igualdad de condiciones al momento de presentar el examen.

En este aspecto, también es importante resaltar el hecho de que hay una correlación positiva entre el grado de marginación de una zona y el nivel educativo. En un plantel donde se cuenta con mayores recursos económicos se obtienen puntajes más altos en exámenes estandarizados, como el Exani-I que es aplicado por el Ceneval. De igual modo, hay diferencias en los niveles educativos dependiendo del tipo de secundaria. Los puntajes más altos se obtienen en secundarias generales, mientras que las secundarias técnicas, comunitarias, telesecundarias o abiertas tienen menores puntajes en promedio (Ceneval, 2017).

Además, la ubicación geográfica de las escuelas en barrios con distintos niveles socioeconómicos es un factor que genera por sí mismo desigualdad en la composición socioeconómica del alumnado. También existe una diferencia entre las escuelas secundarias de turnos matutino y vespertino, pues en promedio estas últimas, en comparación con las matutinas, tienen *a)* un porcentaje más alto de estudiantes de bajos ingresos; *b)* insumos significativamente diferentes; *c)* un porcentaje más alto de estudiantes en el nivel de desempeño más bajo en exámenes curriculares de matemáticas y lenguaje; y *d)* tasas más altas de reprobación y deserción. Por lo anterior, en promedio, las secundarias vespertinas tienen niveles más bajos de calidad educativa (Solís y Blanco, 2014).

En este sentido, en un estudio de 2014 se comprobó que el tipo de escuela secundaria también se asocia con la probabilidad de ingresar a las distintas instituciones de educación media superior. Quienes fueron a secundarias vespertinas, tanto generales como técnicas, tienen menor probabilidad de ingresar a la UNAM; de hecho, el porcentaje se reduce prácticamente a la mitad, en comparación con quienes fueron a secundarias matutinas. Por lo anterior, es posible concluir que el turno de las escuelas secundarias es un factor diferencial en las trayectorias educativas posteriores (Solís, 2014), como se muestra en el cuadro 2.

Cuadro 2. Influencia del tipo de secundaria en el tipo de institución media superior de ingreso^A

Tipo de secundaria de origen	Tipo de institución media superior de ingreso						Total
	Preparatoria o CCH UNAM	Bachillerato afiliado a otra institución de educación superior pública	Bachillerato general público no afiliado a una institución de educación superior	Bachillerato o estudios técnicos/vocacionales públicos no afiliados a una institución de educación superior	Bachillerato privado general	Bachillerato o estudios técnicos/privados	
Pública general matutina	19.9	6.2	30.4	27.5	12.7	3.3	100
Pública general vespertina	10.1	6.2	28.5	37.3	11.2	6.7	100
Pública técnica matutina	17.2	9.7	30.0	31.0	9.6	2.5	100
Pública técnica vespertina	9.3	2.1	40.6	37.9	9.5	0.6	100

^A Datos porcentuales, jóvenes de 18 a 29 años en Ciudad de México.
Fuente: elaboración propia con base en Solís (2014).

Adicionalmente, es importante resaltar que el origen socioeconómico influye mucho en el tipo de escuela secundaria a la que se asiste. En la medida en la

que se incrementa el nivel socioeconómico, también lo hace la asistencia a escuelas públicas de turno matutino, ya sean generales o técnicas (55% en el estrato muy bajo frente a 63.5% en el estrato medio), al tiempo que se reduce el ingreso a secundarias de modalidad especial (27.9% frente a 9.4%) (Solís, 2014), como se muestra en el cuadro 3.

Cuadro 3. Influencia del origen socioeconómico en el tipo de secundaria al que se asiste^A

Estrato socioeconómico	Tipo de escuela secundaria a la que asisten						Total
	Pública general matutina	Pública general vespertina	Pública técnica matutina	Pública técnica vespertina	Pública de otro tipo ^B	Privada	
Muy bajo	30.0	18.5	15.0	6.8	27.9	1.9	100
Bajo	34.3	20.1	24.3	8.3	11.8	1.3	100
Medio	47.6	16.3	15.9	7.2	9.4	3.6	100
Alto	36.2	10.3	19.6	8.1	6.8	19.0	100

^A Datos porcentuales, jóvenes de 18 a 29 años en Ciudad de México.

^B Telesecundaria, para trabajadores, nocturna, etcétera.

Fuente: elaboración propia con base en Solís (2014).

Los datos presentados en los cuadros 2 y 3 demuestran que las y los estudiantes de diferentes niveles socioeconómicos terminan asistiendo a escuelas secundarias de distinta calidad. Lo anterior afecta su nivel de aprendizaje, lo cual podría marcar una desigualdad en sus posibilidades de acceso a instituciones de educación media superior de calidad. En este sentido, las y los estudiantes de más bajos recursos o de zonas de alta marginación son más propensos a ingresar siempre al mismo tipo de instituciones de educación media superior, que son las que ofrecen menores oportunidades para ingresar a la educación superior y las menos valoradas en el mercado laboral (Rubio y Farías, 2013).

Lo anterior también se expuso en la investigación de Solís, en la cual se analizó la asociación entre el nivel socioeconómico de la familia de origen y el tipo de institución de educación media superior en la que terminan las y los alumnos. En ese trabajo se demostró que en la medida en que se incrementa el estrato socioeconómico aumenta la proporción de jóvenes que ingresan a instituciones de mayor calidad, como la UNAM. De este modo, el porcentaje de quienes

asistieron a la UNAM es más del doble en el estrato alto (20.8%) que en el muy bajo (9.6%). Además, el cuadro 4 demuestra que 42.5% de las y los jóvenes de estratos bajos acudió a instituciones de educación media superior públicas técnicas o vocacionales, frente a 21.4% del estrato alto, y 30% asistió al bachillerato general no afiliado a una institución de educación superior, en comparación con 21.7% en el estrato alto (Solís, 2014).

Cuadro 4. Influencia del origen socioeconómico en el tipo de institución media superior a la que se asiste

Estrato socioeconómico	Tipo de escuela media superior a la que asistieron						Total
	Preparatoria o CCH UNAM	Bachillerato afiliado a otras instituciones públicas	Bachillerato general público no afiliado	Bachillerato o estudios técnicos/vocacionales públicos no afiliados	Bachillerato privado general	Bachillerato o estudios técnicos/vocacionales privados	
Muy bajo	9.6	6.4	30.0	42.5	8.3	3.2	100
Bajo	12.5	6.1	34.7	35.0	7.0	4.7	100
Medio	17.3	7.1	34.3	28.2	10.7	2.4	100
Alto	20.8	4.8	21.7	21.4	27.4	3.9	100

^ADatos porcentuales, jóvenes de 18 a 29 años en Ciudad de México.

Fuente: elaboración propia con base en Solís (2014).

Por otro lado, a partir de un modelo de regresión logística multinomial se determinó que en la medida en que se incrementa el nivel socioeconómico de la familia de origen también lo hace la probabilidad de ingresar a las preparatorias o CCH de la UNAM, de manera que las y los jóvenes del estrato alto no sólo tienen riesgos mucho menores de desafiliación, sino también cuatro veces mayores probabilidades de ingresar a la UNAM con respecto a las y los jóvenes de estrato muy bajo (0.22 frente a 0.05%) (Solís, 2014).

Asimismo, se ha demostrado que el primer cuartil del índice de orígenes sociales (IOS) tiene una probabilidad estimada de 38% de obtener un lugar en las opciones preferidas de instituciones de educación media superior, la cual se

incrementa a 48% en el segundo y tercer cuartil, y a 59% en el cuartil superior.² Adicionalmente, quienes provienen de secundarias privadas tienen una probabilidad de 69% de obtener un resultado favorable, frente a 45% de quienes provienen de públicas. En este sentido, en la medida en que se incrementa el nivel socioeconómico, también lo hace la probabilidad de seleccionar instituciones de alta demanda en el examen y la de obtener un lugar en estas opciones (Solís, Rodríguez y Brunet, 2013). La razón para explicar los datos observados podría radicar en que las y los jóvenes de familias con mayor nivel socioeconómico poseen recursos que les permiten desarrollar trayectorias académicas con menores contratiempos y se desenvuelven en contextos familiares, residenciales y escolares que fomentan las altas expectativas educativas (Solís, Rodríguez y Brunet, 2013).

Además de los datos mencionados, también la preparación que pueden tener estudiantes de distintos niveles socioeconómicos para el examen Comipems es diferente. Las y los estudiantes con mayores recursos económicos tienen acceso a cursos de preparación, ofrecidos por particulares, en los que se les enseña todo lo necesario para obtener una buena puntuación. También hay instituciones particulares que publican y venden guías de estudio con el material necesario para prepararse para el examen. Sin embargo, las y los estudiantes de menores recursos no pueden comprar este tipo de materiales ni acceder a los cursos, por lo que continúan estando menos preparados para el examen.

Por su parte, para realizar el examen de asignación en 2019, la Comipems sólo proporcionó a las y los estudiantes la *Guía 2019. Educación media superior*, la cual constaba de un libro con diversas secciones. En la guía sólo había consejos

² En el estudio de Solís, Rodríguez y Brunet del cual se obtuvo esta información se menciona que se captó el origen social de las y los jóvenes a través de un índice multidimensional de orígenes sociales (IOS), el cual se obtuvo mediante un análisis factorial por componentes principales, en el que se incluyeron la escolaridad del padre y de la madre, el estatus socioeconómico de la ocupación del padre, el promedio de habitantes por cuarto en la vivienda y 12 indicadores de la posesión de bienes y servicios en la vivienda. Así, se dividió a las y los jóvenes en cuatro grupos de igual tamaño (cuartiles), en los cuales el primer cuartil incluye a las y los de estrato socioeconómico bajo, mientras que en el cuarto (o cuartil superior) están las y los jóvenes con mayor nivel socioeconómico.

sobre cómo las y los aspirantes deben organizar su tiempo para estudiar para el examen, consejos para contestar exámenes de opciones múltiple, una lista genérica de los temas que se evaluarían y una sección de entre 10 y 30 ejercicios por materia; sin embargo, la Comipems no puso a disposición de las y los aspirantes ningún tipo de material oficial que incluyera la información de todos los temas, pues presupone que todos adquirieron los mismos conocimientos en los diferentes planteles de secundaria. La Comisión, por tanto, no tiene una definición adecuada de "igualdad de condiciones" ni un verdadero compromiso con ésta, pues no toma en cuenta la realidad social al diseñar y aplicar el examen Comipems.

2. Análisis jurídico de la desigualdad en el acceso a la educación media superior

El examen Comipems pretende ser una medida objetiva y no discriminatoria para el acceso a la educación media superior en la Zona Metropolitana de Ciudad de México; no obstante, al no tomar en cuenta las desventajas sociales y económicas que enfrentan las y los estudiantes pertenecientes a ciertos estratos socioeconómicos, tiene un impacto dispar que genera una exclusión sistemática de un grupo vulnerable: las y los alumnos provenientes de sectores con menores recursos económicos. Lo anterior se debe a que, en primer lugar, las y los estudiantes provenientes de zonas de alta marginación o de planteles con menos recursos adquieren menos conocimientos o de peor calidad. En segundo lugar, las y los estudiantes de menores recursos no tienen acceso a material o cursos para prepararse, pues éstos son únicamente brindados por particulares, como se vio en la sección anterior. En este sentido, las estadísticas han demostrado que las y los estudiantes de menores recursos tienen menores probabilidades de entrar a instituciones educativas de alta calidad. De este modo, resulta evidente que los distintos estudiantes que presentan el examen Comipems lo hacen desde un piso dispar, lo cual se reflejará en sus resultados.

Es evidente que la intención del concurso de asignación no es discriminar por medio de una distinción basada en un criterio socioeconómico; sin embargo, es innegable que el diseño actual y la aplicación del examen terminan afectando

a las y los alumnos de menores recursos económicos, excluyéndolos sistemáticamente del acceso a la educación que se imparte en las instituciones más demandadas, pues enfrentan una desventaja estructural.

Ahora bien, para poder evaluar si efectivamente el examen Comipems es discriminatorio en forma indirecta, se debe realizar un test de igualdad que permita analizar si existe una violación a ese derecho o no. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) no ha definido una metodología específica o única para los casos de discriminación indirecta, pues en los que ha resuelto ha utilizado diferentes versiones del test de igualdad para evaluar si el trato desigual se justifica o no.

Por ejemplo, en el amparo directo 9/2018, estableció que para determinar si una norma es contraria o no al principio de igualdad debe atenderse a distintos criterios. En primer lugar, se debe elegir el término de comparación apropiado que permita situar a los sujetos desde un determinado punto de vista y, con base en éste, establecer si se encuentran o no en una posición de igualdad respecto de otros individuos sujetos a diverso régimen y si el trato que se les da, con base en el propio término de comparación, es diferente. Una vez establecida la situación de igualdad y la diferencia de trato, debe determinarse si la diferenciación persigue una finalidad constitucionalmente válida, salvo que se trate de una de las prohibiciones específicas de discriminación contenidas en el artículo 1 de la CPEUM, en cuyo caso el fin buscado debe ser imperativo. La siguiente exigencia es que la diferenciación cuestionada sea adecuada para el logro del fin legítimo buscado, lo cual implica que la medida sea capaz de alcanzar su objetivo, sin que sea exigible que los medios se adecuen estrechamente o estén diseñados exactamente para lograr el fin en comento. Tratándose de las prohibiciones concretas de discriminación, en cambio, será necesario analizar con mayor intensidad la adecuación, siendo exigible que la medida esté directamente conectada con el fin perseguido. Por último, debe determinarse si la medida legislativa es proporcional, es decir, si guarda una relación razonable con el fin que procura alcanzar, lo que supone una ponderación entre sus ventajas y desventajas.

Por otra parte, en el amparo directo 19/2014, la SCJN estableció que los elementos de la discriminación indirecta son *a)* una norma, criterio o práctica en apariencia neutral; *b)* que afecte de manera desproporcionadamente negativa a un grupo social; *c)* en comparación con otros que se ubiquen en una situación análoga. De lo anterior, la SCJN señala que para que un alegato de discriminación indirecta pueda prosperar es indispensable la existencia de una situación comparable entre los grupos involucrados. La comparación debe realizarse en el contexto de cada caso en concreto, así como acreditarse empíricamente la afectación o desventaja producida en relación con los demás. Por su parte, el actor acusado de perpetrar el acto discriminatorio debe probar que la norma tiene una justificación objetiva y que persigue un fin necesario.

De este modo, los precedentes mencionados dan cuenta de que la SCJN ha usado distintas variantes del test de igualdad en sus diferentes resoluciones. Incluso, en otras sentencias de casos de discriminación indirecta no se explicita tal cual la metodología que se utiliza. En este sentido, no existe una metodología oficial por parte de la SCJN para analizar la discriminación indirecta. Por lo anterior, para realizar el análisis en el presente caso aplicaré la utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *D. H. y otros vs. República Checa*.

En esa sentencia, el TEDH resolvió un asunto sobre discriminación racial en relación con el derecho a la educación de niñas y niños gitanos. En dicho fallo, se planteó un análisis de la discriminación indirecta a la luz del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De este modo, al plantear una metodología concreta para evaluar los casos de discriminación indirecta, considero que dicha sentencia es aplicable al caso en concreto, pues brinda un marco general de discriminación indirecta que resulta útil para poder analizar casos concretos de este tipo de discriminación.

Por lo anterior, en esta sección realizaré un análisis jurídico del problema, en términos del test de igualdad planteado en *D. H. y otros vs. República Checa*. De este modo, en primer lugar, analizaré cómo la aplicación del examen tiene un impacto dispar sobre las y los alumnos provenientes de menores estratos

socioeconómicos, existiendo así una presunción de discriminación indirecta en el acceso a la educación media superior. Posteriormente, evaluaré si existe una justificación objetiva y razonable para la realización del examen Comipems.

2.1 Sobre la existencia de una presunción de discriminación indirecta

En primer lugar, resulta importante determinar si el examen verdaderamente genera un impacto disparate en el acceso a la educación media superior, a la luz de los hechos y las desigualdades fácticas que han sido demostradas por diversos estudios. Para empezar, es importante establecer qué es la discriminación, para lo cual primero se debe entender qué es el derecho humano a la igualdad.

De acuerdo con lo establecido por la SCJN en el amparo directo en revisión 1464/2013, la igualdad jurídica es

un derecho humano expresado a través de un principio adjetivo, el cual invariablemente se predica de algo y consiste en que toda persona debe recibir el mismo trato y gozar de los mismos derechos en igualdad de condiciones que otra u otras personas, siempre y cuando se encuentren en una situación similar que sea jurídicamente relevante.

Este derecho está reconocido en el artículo 1 de la CPEUM, así como en los artículos 2, 4, 31 y 123, por medio de sus diversas manifestaciones. Asimismo, se ha reconocido en múltiples instrumentos internacionales.³

En el mismo fallo, la SCJN determinó que una de las facetas del derecho a la igualdad es la prohibición de discriminar. Así, el principio de no discriminación prescribe que "ninguna persona podrá ser excluida del goce de un derecho

³ Como los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 2 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

humano ni deberá ser tratada de manera distinta a otra que presente similares características o condiciones jurídicamente relevantes", especialmente cuando tal diferenciación tenga como motivos alguna de las categorías sospechosas previstas en el artículo 1 constitucional, o cualquier otra diferenciación que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Ahora bien, en el amparo directo 9/2018, la SCJN señaló que el derecho humano a la igualdad está configurado por distintas facetas que pueden distinguirse conceptualmente en dos modalidades: la igualdad formal (o de derecho) y la igualdad sustantiva (o de hecho). La igualdad formal se refiere a la protección contra distinciones o tratos arbitrarios y se compone a su vez de la igualdad ante la ley, como uniformidad en la aplicación de la norma jurídica por parte de todas las autoridades, e igualdad en la norma jurídica, que busca evitar diferenciaciones legislativas sin justificación constitucional o violatorias del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Por otra parte, la igualdad sustantiva radica en alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas.

En el mismo amparo directo en revisión 1464/2013, la SCJN estableció que las violaciones a la faceta formal del principio de igualdad jurídica dan lugar a discriminación directa cuando la distinción en la aplicación o en la norma obedece de forma explícita a un factor prohibido o no justificado constitucionalmente. Por otra parte, la discriminación indirecta se da cuando la aplicación de la norma o su contenido es en apariencia neutra, pero el efecto o su resultado conlleva a una diferenciación o exclusión desproporcionada de cierto grupo social, sin que exista una justificación objetiva para ello.

En otras palabras, como se estableció en el amparo directo 9/2018, la discriminación directa se produce cuando, en una situación análoga, las personas reciben un trato menos favorable que otras debido a su condición personal diferente por alguna causa relacionada con una categoría sospechosa. En cambio, la discriminación indirecta implica que las leyes, las políticas o las prácticas

públicas o privadas son neutras en apariencia, pero perjudican de manera desproporcionada a un determinado grupo o clase de personas.

Esta diferencia entre discriminación directa e indirecta también ha sido explicada por Tarunabh Khaitan en su libro *A theory of discrimination law*; en éste, señala que la discriminación directa implica un trato desfavorable o menos favorable, "por razón de" una categoría sospechosa, o a veces una combinación de dichas características. Respecto a esta definición, lo primero que se debe entender es que la discriminación directa caracteriza alguna forma de trato que puede ser una acción o una omisión. En segundo lugar, el trato debe ser "por razón de" una categoría sospechosa, por lo que debe haber una relación causal entre ellos. En tercer lugar, si bien la legislación sobre discriminación exige a veces la prueba de un trato desfavorable, en otras ocasiones el demandante debe demostrar un trato menos favorable. Por último, el hecho de que la discriminación directa pueda justificarse depende de la categoría sospechosa en cuestión y de si la norma es constitucional o legal. Esto cambia dependiendo de la jurisdicción (Khaitan, 2015).

Por otra parte, Khaitan explica que la discriminación indirecta implica una práctica o política aparentemente neutra que pone en desventaja a las personas pertenecientes a una categoría sospechosa. Este tipo de discriminación se desencadena por alguna disposición, política, práctica o criterio que el presunto discriminador aplica, o pretende aplicar, a la persona demandante. La discriminación indirecta se actualiza si y sólo si existe en efecto un impacto desproporcionado sobre un grupo, el cual se derive de la acción del presunto discriminador. Además, el impacto desproporcionado debe recaer sobre un grupo protegido por una categoría sospechosa. Por su parte, el discriminador puede justificar este tipo de discriminación si demuestra que la política discriminatoria es un instrumento necesario y proporcionado para perseguir un objetivo suficientemente importante. Finalmente, el remedio habitual para la discriminación indirecta injustificada es un cambio en la norma, práctica o política infractora, ya sea abandonándola o manteniéndola pero con excepciones para dar cabida a la minoría desfavorecida (Khaitan, 2015).

La diferencia entre discriminación directa e indirecta tiene implicaciones en materia probatoria. En el amparo directo en revisión 1464/2013 se estableció que si se trata de alegar discriminación directa en la aplicación o el contenido de la norma, se deberá probar el uso de un factor prohibido; mientras que si se alega la discriminación indirecta, se tendrá que acreditar empíricamente la afectación injustificada al grupo social determinado. Así, según el amparo directo 9/2018, para probar la discriminación indirecta se debe considerar la utilización de datos estadísticos, además de otro tipo de información empírica que pueda ser significativa y fiable para acreditar, *prima facie*, la existencia de una discriminación indirecta contra ciertos grupos o clases.

Ahora bien, en el presente caso, el examen no es una medida que resulte discriminatoria de manera directa, pues no hace una distinción explícita con base en una categoría sospechosa, como lo es el nivel socioeconómico de una persona. No obstante, después de analizar cómo su diseño actual sí excluye fácticamente a un grupo social (estudiantes con menos recursos económicos) del acceso a determinadas instituciones, es posible establecer que es discriminatoria por impacto disparate. Los diversos estudios mencionados presentan los mismos resultados: los bachilleratos públicos de mayor prestigio "tienen una puerta de acceso 'resguardada' por un examen único de admisión" (Solís, 2014). Por lo anterior, en la transición a la educación media superior se amplían las brechas de desigualdad en progresión escolar y en probabilidades de acceso a las instituciones de mayor demanda, lo cual impactará las trayectorias de vida de las y los distintos estudiantes.

Como ya se explicó, las y los estudiantes de más bajos recursos son más propensos a ingresar siempre en el mismo tipo de escuelas con menores oportunidades para aprender mejor, lo cual implicará una barrera para su transición a la educación superior que los conducirá a conseguir trabajos en los que obtengan menores ingresos (Rubio y Farías, 2013). Esta exclusión ocurre de manera sistemática, por condiciones de carácter estructural, y se ha perpetuado desde la implementación del concurso de asignación. La exclusión está, sin duda alguna, asociada a la pertenencia a un grupo socioeconómico de bajo nivel, el cual sufre de una desventaja sistémica. En este sentido, el examen, tal

como está diseñado, perpetúa los problemas de acceso igualitario a la educación media superior, la cual revierte especial importancia por ser determinante del futuro escolar y laboral del estudiante.

Además, es posible establecer que el tipo de igualdad brindada por el examen es meramente formal, pues hay una misma aplicación de las normas para todas las y los aspirantes. No obstante, carece de igualdad sustantiva, pues no toma en cuenta las distintas condiciones y contextos en que se encuentran los diversos estudiantes. En otras palabras, no se preocupa por el hecho de que la desigualdad socioeconómica existente en el país también repercuta en el ámbito educativo. Un acceso a la educación verdaderamente igualitario sería aquel que diera cuenta de las diversas necesidades, capacidades y características de las y los alumnos, con el fin de nivelar las desigualdades y fortalecer esta dimensión institucional de goce del derecho a la educación (UNESCO, 2019). El examen Comipems claramente no garantiza la igualdad en el acceso a la educación media superior para las y los aspirantes. Los datos presentados se deben considerar lo suficientemente fiables y reveladores para dar lugar a una fuerte presunción de discriminación indirecta. Por lo tanto, a continuación se debe contestar una pregunta relevante: ¿existe alguna justificación objetiva y razonable que excuse el impacto disparate del examen Comipems sobre las y los alumnos provenientes de estratos socioeconómicos más bajos?

2.2 Sobre la existencia de una justificación objetiva y razonable

Es evidente que existe una contradicción entre el examen Comipems y el derecho a la igualdad, lo cual termina lesionando también la dimensión institucional de goce de tal derecho, consistente en el acceso no discriminatorio a la educación. Por esta razón, como segunda parte del test de igualdad, evaluaré si existe una justificación objetiva y razonable para el mismo.

En el caso *D. H. y otros vs. República Checa*, el TEDH determinó que "una distinción es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un objetivo legítimo o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido" (TEDH,

2007). Así, en esta sección evaluaré si la medida persigue un objetivo legítimo y si existe una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

En primer lugar, es importante recordar los objetivos que persigue la aplicación del examen Comipems. En este sentido, las autoridades a cargo del concurso de asignación han resaltado que la aplicación busca, principalmente, atender de manera eficiente y transparente la demanda educativa en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México. Así, el objetivo es que no haya aspirantes que se queden sin lugar en alguna institución educativa y que no haya escuelas que se queden con lugares sin ocupar. Lo anterior se realiza en el marco de cumplimiento de la obligación estatal de garantizar el acceso a la educación en el nivel medio superior. De este modo, el fin perseguido por el examen Comipems puede considerarse un objetivo legítimo.

Además, las autoridades consideran que el examen no es lesivo del derecho a la igualdad porque, al aplicar el examen estandarizado a todas las y los candidatas, garantizan la igualdad de condiciones para éstos. Tomando lo anterior en cuenta, las autoridades suponen que el examen Comipems ha logrado cumplir con su objetivo, permitiendo que todas las y los estudiantes que cumplan con los requisitos ingresen a alguna institución de educación media superior y que ninguna escuela se quede sin aspirantes. De este modo, las autoridades establecen que la medida ha posibilitado garantizar un lugar en la educación media superior para todas las y los estudiantes en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México, ayudando a distribuir de manera más eficiente la demanda educativa en esta zona.

Considerando dichos argumentos, y al analizar la enorme cantidad de estudiantes que aspiran a ingresar a alguna de las instituciones que conforman la Comipems, resulta evidente que la aplicación del examen es una medida útil, porque sería mucho más difícil atender la enorme demanda educativa utilizando criterios de asignación más subjetivos. Lo anterior, pues se evalúa a aspirantes de 22 municipios del Estado de México y la Ciudad de México; sin embargo, de la evidencia exhibida en el apartado 1.2 del presente texto, resulta evidente que

el examen Comipems tiene un impacto disparado sobre las y los estudiantes provenientes de estratos socioeconómicos más bajos, lo cual resulta violatorio de los derechos a la igualdad y a la educación. En este sentido, procederé a evaluar la proporcionalidad entre el medio empleado y el fin perseguido, para analizar si es posible justificar la violación del derecho a la igualdad en el acceso a la educación.

Para determinar lo anterior, viene a cuento recordar el caso *Ricci v. DeStefano*, pues resulta útil para efectos comparativos en el caso actual. En el caso, se le planteó a la Corte de Estados Unidos el posible carácter discriminatorio de un examen que se aplicaba a las y los aspirantes a los puestos de teniente y capitán de bombero en la ciudad de New Haven. Al planear cómo hacer y aplicar el examen, la ciudad se basó en el hecho de que los exámenes escritos tienen, usualmente, un impacto disparado por motivos de raza, por razones estructurales. Por esta razón, el ayuntamiento contrató a una empresa especializada en crear exámenes que no tuvieran ese impacto discriminatorio. Así fue como planearon una evaluación en la que se incorporaran un examen oral (que valía 60%) y uno escrito (que valía 40%). En el examen oral, dos de los tres jueces eran parte de grupos minoritarios; además, el examen estaba completamente basado en un paquete de libros que la ciudad le daba a las y los aspirantes, brindándoles la misma oportunidad de prepararse, pues tenían tres meses para estudiar. Realmente, lo que se buscaba era evaluar quién se merecía obtener el puesto con base en un factor meritocrático. Después de aplicar el examen, los puestos fueron asignados sólo a aspirantes blancos. La ciudad anuló el examen, pues consideró que los podrían demandar por discriminación. La Corte analizó el impacto del examen y lo juzgó disparado; sin embargo, consideró que el impacto estaba justificado porque el fin del examen estaba relacionado con una necesidad de trabajo, además de que el Estado tomó las medidas adecuadas para evitar el impacto disparado del examen, por lo cual no hubiera resultado culpable.

A pesar de las evidentes similitudes entre el caso *Ricci v. DeStefano* y el presente caso, es importante resaltar las diferencias, a efectos de realizar un breve análisis comparativo. Por un lado, en el caso del examen Comipems se establece que

es violatorio del principio de igualdad, lo cual repercute negativamente en el acceso a la educación. Por otro lado, en el caso *Ricci v. DeStefano* se reclama también la violación del derecho a la igualdad; no obstante, esa supuesta violación ocurre en el ámbito laboral, en el acceso a un puesto de trabajo. De esta forma, al comparar ambos casos, es claro que en el caso del examen Comipems la violación del derecho a la igualdad tiene un impacto especialmente relevante, ya que la educación tiene una protección constitucional más fuerte en el ordenamiento jurídico mexicano que los derechos laborales y económicos. Otra diferencia entre ambos casos es que en *Ricci v. DeStefano* las y los aspirantes no tienen *per se* un derecho fundamental a obtener los puestos de teniente o capitán de bomberos, mientras que las y los estudiantes de secundaria en México sí tienen un derecho fundamental a acceder a la educación media superior de manera no discriminatoria.

También resulta relevante el hecho de que en el caso *Ricci v. DeStefano* el examen era verdaderamente meritocrático, a diferencia del examen Comipems. Aquél brindaba una verdadera igualdad de condiciones y de oportunidades a las y los aspirantes, pues todos recibían la misma información en la cual se basaba el examen. En el caso del examen Comipems pasa todo lo contrario. Finalmente, otra diferencia importante es que el impacto disparate en el caso *Ricci v. DeStefano* se justificaba porque el fin del examen estaba relacionado con una necesidad de trabajo. No obstante, el fin del examen Comipems está relacionado meramente con la eficiencia en la atención de la demanda, pero esto no basta para restringir de tal manera el derecho a la educación de las y los aspirantes, así como la violación del principio de igualdad.

El análisis anterior ha demostrado las diferencias importantes en ambos casos, por lo que es posible concluir que el del examen Comipems no es equiparable completamente con el caso *Ricci v. DeStefano*, y que es importante brindar una solución diferente a la que se le dio a éste. En el caso que se analiza, la medida estatal es demasiado lesiva del principio de igualdad, al privar a un sector vulnerable del acceso no discriminatorio al derecho a la educación; el fin que persigue no es suficiente para justificar el impacto disparate en el acceso a la

educación media superior. Por tal motivo, la medida no es proporcional en relación con el fin perseguido.

En otras palabras, por todas las razones mencionadas en la primera parte del presente texto, el sistema de asignación que se ha venido aplicando a lo largo de los últimos 25 años, a pesar de no parecer discriminatorio a simple vista, sí impacta de manera diferente a las y los estudiantes, dependiendo de su estrato socioeconómico. Esto, a su vez, perpetúa las desigualdades en el aprendizaje y, por lo tanto, en el sistema socioeconómico actual en México, pues tiene un impacto irreversible en el desarrollo profesional del estudiante. Por este motivo, no basta con que el Estado cumpla con sus obligaciones negativas respecto al goce de los derechos, consistentes en abstenerse de introducir distinciones normativas basadas en categorías sospechosas. Además, es necesario que cumpla con sus obligaciones positivas, consistentes en adoptar medidas para eliminar los obstáculos que impiden a ciertos grupos de personas disfrutar plenamente de sus derechos (Courtis, 2010). Es en este deber específico en el que el Estado ha fallado. Pero entonces, ¿cómo garantizar que cumpla?

3. Conclusión

Después de analizar minuciosamente el concurso de asignación a la educación media superior, noté que, a pesar de que pretende ser una medida idónea para optimizar la asignación de estudiantes a distintas instituciones en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México, obstaculiza el acceso igualitario a la educación media superior para las y los alumnos de escasos recursos económicos. Por lo anterior, es necesario que las autoridades realicen ajustes a la aplicación y diseño del concurso de asignación, con el fin de lograr que brinde igualdad sustantiva a las y los estudiantes, en especial al momento de presentar el examen, y así garantizar el goce pleno del derecho a la educación, sin la exclusión sistemática de grupos socialmente desaventajados.

Como estableció la SCJN en el amparo directo en revisión 1464/2013, "el principio de igualdad tiene como objetivo último el proteger a grupos social-

mente vulnerables, para lo cual es necesario advertir desigualdades de hecho y no meramente de derecho". En este sentido, al ser conscientes de la desigualdad de condiciones al momento de presentar el examen, es necesario pensar en ajustes que posibiliten una igualdad en cuanto a condiciones y oportunidades en el acceso a la educación media superior, los cuales deben ser realizados por el Estado. Con este tipo de medidas se podría brindar acceso a la educación de calidad a los grupos que han sido excluidos histórica y sistemáticamente de oportunidades de desarrollo, y de este modo el Estado mostraría su compromiso con la obtención de una igualdad sustantiva para sus ciudadanos.

El presente caso pone de relieve el hecho de que la promesa constitucional de igualdad sigue estando lejos de ser una realidad tangible en México. No obstante, esta lucha por la igualdad no es una batalla que sólo incumba a los grupos sociales más desaventajados, sino a toda la sociedad. Las desigualdades sociales, sobre todo las económicas, se traducen en oportunidades y potencial perdido para la gran mayoría. Más que una pérdida individual, esta pérdida se traduce en un costo para la sociedad. Como menciona Rodolfo Vázquez, al aceptar y normalizar las aberrantes brechas de desigualdad actuales, se aumenta la desconfianza recíproca, así como la falta de cooperación, la falta de cohesión social y la falta de solidaridad. Por lo anterior, es de vital importancia plantear la idea de un Estado activo en el respeto, protección y promoción de los derechos sociales, lo cual se convierte en imperativo impostergable para poder minimizar los altos costos sociales causados por la desigualdad (Vázquez, 2015). En este sentido, es de imperiosa necesidad tomar en serio los derechos sociales y brindarles una protección fuerte y progresiva. Sólo así será posible aspirar a convertirnos en una sociedad más justa e igualitaria, en la que ningún grupo quede excluido del pleno goce de sus derechos humanos, pues éstos son, y siempre serán, un triunfo.

Fuentes

Amparo directo 9/2018. Sentencia. Ciudad de México.

Amparo directo en revisión 1464/2013. Sentencia. Ciudad de México.

Amparo directo en revisión 1340/2015. Sentencia. Ciudad de México.

Carbonell, M. (2016), *Las obligaciones del Estado en el artículo 1 constitucional*. Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Centro Nacional de Evaluación para la Educación Superior (Ceneval) (2017), Resultados del Examen Nacional de Ingreso a la Educación Media Superior en el año 2017. Disponible el 4 de junio de 2021 en «http://www.ceneval.edu.mx/documents/20182/74837/Estadistica_EXANI-I_2017/3a70a736-9bec-44bd-bc6c-3dc1948abae3».

Comisión Metropolitana de Instituciones Públicas de Educación Media Superior (Comipems) (s. f.), Tipos de bachillerato. Disponible en «https://www.comipems.org.mx/template.php?P-t1ZFGTkPr5UwFlhAc_N0nQlEDxB1b8JsNuhajQdDUCikCLnNLRSGfkJ-gviq9o_6vtfnVVEJ-GQK1fQeMsvw» (última fecha de consulta: 4 de junio de 2021).

_____ (2019), Comipems. Disponible el 4 de junio de 2021 en «<https://www.comipems.org.mx>».

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) (2017), Igualdad y no Discriminación. Disponible en «<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/discriminacion-2017.pdf>» (última fecha de consulta: 11 de junio de 2019).

Courtis, C. (2010), *Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación* Ginebra, Comisión Internacional de Juristas.

García, I. (2016), "Patrones de elección de los participantes del concurso para el ingreso a la educación media superior de la Comipems", *RMIE*, vol. 21, núm. 68, pp. 95-117.

Hernández, G. (2013), *El desarrollo económico en México. Estudios 128*, vol. XXVII, pp. 129-168, Ciudad de México, Instituto Tecnológico Autónomo de México.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi) (2018), Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares 2018.

Khaitan, T. (2015), *A theory of discrimination law*, Reino Unido, Oxford.

Milenio Digital (2018), "Más de 21 mil aspirantes, sin escuela este año: Comipems", 4 de agosto, disponible en <https://www.milenio.com/estados/21-mil-aspirantes-escuela-ano-comipems-> (última fecha de consulta: 4 de junio de 2021).

Notimex (2017), Garantizan lugar para todos los aspirantes de media superior, 26 de junio. Disponible en «<https://www.excelsior.com.mx/comunidad/2017/06/25/1171865>» (última fecha de consulta: 4 de junio de 2021).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1966). Disponible en «<https://www.ohchr.org/SP/Professionalinterest/Pages/ceschr.aspx>» (última fecha de consulta: 4 de junio de 2021).

Rodríguez Rocha, E. (2014), "El rol de las elecciones educativas en la transición a la Educación Media Superior en la Ciudad de México", *Revista Latinoamericana de Población*, número 15, pp. 119-144. Disponible en «www.dialnet.org» (última fecha de consulta: 11 de junio de 2019).

Rubio, D. y Farías, M. (2013), "Efectos escolares en las escuelas de nivel medio superior de la Ciudad de México", *El Trimestre Económico*, vol. LXXX (2), núm. 318, pp. 371-399.

Solís, P. (2014), "Desigualdad social y efectos institucionales en las transiciones educativas", en Blanco, E., Solís, P. y Robles, H., *Caminos desiguales. Trayectorias educativas y laborales de los jóvenes en la Ciudad de México*, pp. 71-106, Ciudad de México, El Colegio de México/Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación.

_____, Rodríguez, E. y Brunet, N. (2013), "Orígenes sociales, instituciones y decisiones educativas en la transición a la educación media superior: El caso del Distrito Federal", *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, vol. 18, núm. 59, pp. 1103-1136.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2007). Asunto D. H. y otros c. República Checa. Sentencia. Estrasburgo. 13 de noviembre.

UNESCO (2019). Derecho a la educación - Principios fundamentales. Disponible en «<https://es.unesco.org/themes/derecho-a-educacion/principios-fundamentales>» (última fecha de consulta: 4 de junio de 2021).

Vázquez, R. (2015), *Derechos humanos: una lectura liberal igualitaria*. Ciudad de México, ITAM.

La protección de las minorías lingüísticas en Italia*

The protection of linguistic minorities in Italy

IRENE SPIGNO**

Resumen

El texto analiza los momentos más importantes del camino seguido por el legislador –estatal y los regionales–, así como por la Corte Constitucional en materia de protección de las minorías lingüísticas en Italia, hasta llegar a las más recientes posiciones normativas y jurisprudenciales, de tímida, pero progresiva apertura de la tutela a grupos aloglotos anteriormente excluidos. Tal tipo de análisis es útil para considerar la posibilidad, valorada en este trabajo en términos totalmente hipotéticos, de extender tales principios también a las "nuevas minorías lingüísticas".

Palabras claves: minorías lingüísticas, jurisprudencia constitucional, Estado regional, legislación estatal y regional, nuevas minorías.

* Una versión anterior del presente trabajo se publicó como "Le nuove minoranze linguistiche: spunti di tutela dalla giurisprudenza costituzionale italiana" (Spigno, 2015, pp. 138-148). Traducido al español por Juan Carlos Barrios Lira.

** Doctora de investigación en Derecho Público Comparado por la Universidad de Siena (Italia). Directora General de la Academia Interamericana de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Coahuila (México).

Abstract

The text analyzes the most critical moments of the path followed by the legislator –state and regional– as well as by the Constitutional Court regarding the protection of linguistic minorities in Italy, until the most recent normative and jurisprudential positions, of timid but progressive opening of guardianship to previously excluded aloglot groups. Such an analysis is useful to consider the possibility, explored in this work in totally hypothetical terms, of extending such principles to the "new linguistic minorities".

Keywords: linguistic minorities, constitutional case-law, regional State, regional and state legislation, new minorities.

1. El patrimonio multilingüístico italiano contemporáneo

Tradicionalmente, Italia ha sido considerado un país culturalmente homogéneo;¹ sin embargo, la presencia en el territorio de diversos grupos minoritarios le ha otorgado una cierta fisonomía multicultural.² Esta característica se ha enriquecido de manera progresiva con la participación, al lado de las minorías más antiguas, de otros grupos no italo parlantes, cuya relevancia, primero sobre el plano social y después sobre el ámbito jurídico, puede vincularse esencialmente con dos fenómenos. Por un lado, el surgimiento de fuertes iniciativas, tanto en el ámbito local como nacional y supranacional, que buscan contrarrestar la crisis de representatividad identitaria provocada por la globalización y acompañada de la expansión de grandes lenguas de uso internacional como medios de comunicación global;³ por otro lado, se asiste a un fenómeno en constante crecimiento: la presencia, cada vez más consistente, de grupos de ciudadanos inmigrantes provenientes de los más diversos países, con una lengua distinta a la italiana, definidos como "nuevas minorías".⁴

¹ Véase Bernardi (2006, p. 68).

² Sobre las circunstancias históricas que han conducido a la composición multicultural de la sociedad italiana, véase Pizzorusso (1967).

³ En particular, sobre las relaciones entre globalización y derecho, véase Baldassarre (2002); Galgano (2004); Ferrarese (2000 y 2002).

⁴ Según Toso (2008, p. 112), con el término de "nuevas minorías" se indican los grupos aun no radicados establemente en el territorio que, no obstante, luchan por obtener la aprobación de una normativa que

El panorama multilingüístico italiano se torna, así, más complejo, y es necesario tratar de proponer un orden para garantizar que todas las personas en el territorio gocen de los mismos derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación. Al lado de las minorías lingüísticas denominadas "históricas", que comprenden lenguas de origen neolatino (provenzal, francoprovenzal, catalán), germánico, eslavo, griego y albanés, se ubican los grupos minoritarios que por largo tiempo han sido excluidos de cualquier tipo de reconocimiento. Las comunidades pertenecientes a esta segunda categoría son identificadas como "colonias" o "islas" lingüísticas o "aloglotas" (Toso, 2011) y comprenden tanto comunidades autóctonas, asentadas sobre todo lejos de los actuales confines nacionales septentrionales y en Cerdeña, como comunidades presentes particularmente en la Italia peninsular e insular, nacidas de asentamientos como consecuencia de fenómenos de inmigración que datan incluso de antes del siglo XVI.⁵

Tal riqueza, a la cual hay que agregar los grupos nómadas (como los Rom y Sinti) y las denominadas "nuevas minorías", ha provocado –y sigue provocando–, tanto para el legislador como para el juez constitucional, numerosas dificultades de regulación. Tradicionalmente, tanto en el ámbito nacional como en los ámbitos comparado e internacional, los grupos minoritarios que han sido considerados como merecedores de tutela han sido identificados al aplicarles determinados criterios.⁶

los proteja de posibles discriminaciones basadas en la lengua, su futuro lingüístico sería a menudo incierto. Según el *Ventesimo rapporto sulle migrazioni: 1994-2014* (2014), en los últimos dos decenios, los flujos migratorios han determinado el crecimiento de la población extranjera de 750,000 a 5,000,000 de personas. Véanse también los últimos datos recogidos por el ISTAT (Instituto Nacional de Estadística) en torno a la diversidad lingüística en Italia al 25 de julio de 2014, relativos al periodo 2011-2012, consultables en «<http://www.istat.it/it/archivio/129285>» (última fecha de consulta: 17 de febrero de 2021).

⁵ Para un mapa geográfico de las diversas lenguas habladas en el territorio italiano, véase Maraschio y Robustelli (2011, pp. 73-80).

⁶ Por "minoría lingüística" se entiende a aquellos grupos que hablan una lengua diversa de la lengua de la mayoría. Al contrario, de tal definición general, que permitiría incluir también al conjunto de los inmigrantes que hablan su propia lengua de origen (ésta era la posición asumida ya en 1992 por Telmon, desde el punto de vista jurídico, el concepto de *minoría*, como veremos enseguida, ha sido interpretado en un sentido más restrictivo, confundiendo a menudo con el de *aloglota*, que, en cambio, identifica "variedades minoritarias venidas de un origen completamente distinto respecto al de la lengua oficial y al sistema de los dialectos italianos"). En este sentido, véase Toso (2011), quien señala además cómo a la confusión entre estos dos conceptos se agrega también la referencia a elementos como el de la historicidad y la territorialidad. Tales elementos no permitirían incluir entre las denominadas "minorías lingüísticas" ni a los hablantes de

Según la Corte Constitucional italiana la "minoría lingüística" es aquella "comunidad necesariamente restringida y diferenciada, en la cual pueden espontáneamente comprenderse personas que, en tanto hablantes entre ellas de una misma 'lengua', diversa de aquella que es común, custodian y expresan específicos y particulares modos de sentir y de vivir o de convivir" (sentencia 170, punto 4). El acercamiento sociológico evidenciado por el juez constitucional, entendido como el simple hecho de hablar una lengua minoritaria o un dialecto, es condición necesaria, pero no suficiente, para fijar la titularidad de un derecho lingüístico merecedor de tutela. Para esto último, sólo quienes reivindican históricamente una diversa identidad nacional, no sólo entendida como diferencia lingüística sino como un verdadero y propio sentido de pertenencia motivado por tradiciones históricas y culturales compartidas por los integrantes del mismo grupo, reúnen las exigencias reales de condiciones jurídicas diferenciadas respecto de la mayoría: tal situación es compartida tanto por las denominadas minorías nacionales⁷ como por las "nuevas minorías"⁸ y por las comunidades nómadas presentes en el territorio italiano.

En todos los otros casos, no se presentarían exigencias reales de ver reconocidos los propios derechos lingüísticos: de hecho, tales grupos habrían aceptado, en cierta forma, el uso generalizado de la lengua nacional afianzándola en el propio idioma minoritario, y tal acercamiento permite a cualquier hablante de un dialecto o a cualquier interlocutor de una lengua o dialecto minoritario integrarse plenamente.⁹

dialectos italianos ni a los grupos hablantes de lenguas de reciente importación o a las poblaciones nómadas o dispersas.

⁷ Aunque a veces coinciden, es necesario subrayar la distinción entre minorías lingüísticas y minorías nacionales. Las minorías nacionales identificarían a los grupos de población que, al hablar una lengua diversa de aquella de la mayoría, expresan un sentido de pertenencia identitaria diferente del de la mayoría (como en el caso de los hablantes de alemán del Alto Adigio). En realidad, la tendencia más reciente, tanto en el ámbito constitucional como internacional, es en el sentido de identificar como objeto directo de tutela a la lengua. El grupo, por tanto, se vería tutelado solamente por vía indirecta (Kovacs, 1993, pp. 411 y ss.). En este sentido se ubica la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, aprobada por el Consejo de Europa el 10 de noviembre de 1994, la cual distingue entre "lenguas minoritarias" y "lenguas en situación minoritaria". Sobre la Convención marco, véase Bartole (1998, pp. 11-29).

⁸ Sobre este concepto véase Galbersanini (2014, pp. 1-15).

⁹ Subraya estos aspectos Toso (2009, pp. 115-124).

Sobre la base de tal distinción, y con independencia del hecho de que la Constitución italiana haya concebido como principio fundamental del ordenamiento a la tutela de las minorías lingüísticas (artículo 6),¹⁰ el legislador italiano y la Corte Constitucional han avalado por largo tiempo una interpretación más bien restrictiva, garantizando tutela sólo a las denominadas minorías lingüísticas históricas y dejando, en cambio, sin ningún tipo de protección a los otros grupos minoritarios.¹¹

El propósito de las siguientes páginas es analizar los puntos más importantes del camino seguido en los aspectos normativo y jurisprudencial para llegar a las posiciones más recientes, de tímida, pero progresiva apertura de la tutela a grupos aloglotas anteriormente excluidos. Tal tipo de análisis es útil para considerar la posibilidad, valorada en este trabajo en términos totalmente hipotéticos, de extender tales principios también a las "nuevas minorías lingüísticas".¹²

2. El marco normativo, entre inercia prolongada por el legislador estatal y activismo de los legisladores regionales

El artículo 6 de la Constitución italiana establece que "La República tutela con normas especiales a las minorías lingüísticas". Tal disposición, inserta entre los

¹⁰ La Corte Constitucional ha subrayado esa función del artículo 6 de la Constitución en varias ocasiones. *Ex plurimis*, véase "Tal principio, que representa una superación de las concepciones del Estado nacional cerrado del siglo XIX y un derrocamiento de gran envergadura política y cultural, respecto a la actitud nacionalista manifestada por el fascismo, ha sido numerosas veces valorado por la jurisprudencia de esta Corte, también porque el mismo se sitúa en el punto de encuentro con otros principios, a veces considerados 'supremos', que califican indefectible y necesariamente el ordenamiento vigente (sentencias núms. 62 de 1992, 768 de 1988, 289 de 1987 y 312 de 1983): el principio pluralista reconocido en el art. 2 –siendo la lengua un elemento de identidad individual y colectiva de importancia fundamental– y el principio de igualdad reconocido por el art. 3 de la Constitución, el cual, en su primer párrafo, establece la igual dignidad social y la igualdad de frente a la ley de todos los ciudadanos, sin distinción de lengua y, en el segundo párrafo, prescribe la adopción de normas que valen también positivamente para eliminar las situaciones de hecho de las cuales puedan derivar consecuencias discriminatorias" (sentencia 15, punto 2).

¹¹ Véase Piergigli (2017, pp. 165-206).

¹² Véase Galbersanini (2014).

principios fundamentales del ordenamiento italiano, es deudora de la voluntad de los padres constituyentes de romper con aquellas políticas que, tanto en el periodo fascista como en el anterior, estaban dirigidas a la asimilación cultural y lingüística.¹³

Al reconocimiento constitucional le ha seguido una producción normativa bastante abundante (estatal, regional y local), pero desorganizada e incapaz de interpretar aquello que había sido el espíritu inspirador de la norma misma.¹⁴ De hecho, la interpretación que de tal disposición han dado, tanto el legislador estatal como la Corte Constitucional, se ha inclinado a limitar, lo más posible, la tutela sólo a las minorías lingüísticas nacionales, esto es, a aquellas comunidades que ya contaban con el apoyo de los Estados colindantes en virtud de acuerdos internacionales específicos celebrados con el Estado italiano.¹⁵

Por parte del legislador estatal, la atribución de tal estatus jurídico privilegiado a la minoría de habla francesa del Valle de Aosta,¹⁶ al grupo de habla alemana

¹³ La intención de los constituyentes era valorar a las minorías lingüísticas como objetivo de política cultural por tutelar, no sólo mediante el principio de no discriminación, para el cual habría sido suficiente el artículo 3 de la Constitución, sino a través de un tratamiento jurídico focalizado en normas de tutela positiva. Sobre los debates surgidos durante los trabajos de la Asamblea constituyente, véanse Piergigli (2006, pp. 158 y ss.); AA.VV. (1970, pp. 2444 y ss).

¹⁴ En general, sobre el modelo de tutela de las minorías lingüísticas previsto en el ordenamiento italiano, véanse Pizzorusso (2001); Palici di Suni Prat (2002); Palermo (2004, pp. 111 y ss.; 2008, pp. 241 y ss.); Guazzarotti (2008, pp. 53 y ss).

¹⁵ Entre éstos se señala el acuerdo italo-austriaco denominado De Gasperi-Gruber, firmado en París el 5 de septiembre de 1946. En virtud de tal acuerdo, el Alto Adigio permanecía en Italia, sin embargo, se obligaba a reconocerle a las provincias de Trento y Bolzano una particular autonomía administrativa (en este sentido se formulaba el primer Estatuto especial del Trentino Alto Adigio, aprobado mediante Ley Constitucional núm. 5 de 1948). Como consecuencia del incumplimiento de diversos puntos del acuerdo, Austria presentó varios recursos a las Naciones Unidas denunciando la violación de los derechos de la minoría lingüística alemana. La situación era demasiado tensa también a causa de acciones terroristas realizadas por grupos nacionalistas que actuaron en la década de 1960 en el territorio de la Provincia de Bolzano. Se efectuó inmediatamente una larga negociación diplomática que culminó en el encuentro Moro-Waldheim de Copenhague del 29-30 de noviembre de 1969. En aquella ocasión no se llegó a un nuevo acuerdo, pero se elaboró un calendario de obligaciones, la mayor parte de las cuales quedó a cargo de Italia. Con la Ley Constitucional núm. 1 de 1971 se aprobó el nuevo Estatuto especial que determinaba la reestructuración total de la región, atribuyendo a las provincias de Trento y Bolzano amplios poderes legislativos.

¹⁶ La entrada en vigor del Estatuto Especial para la Región Valle de Aosta (Ley Constitucional del 26 de febrero de 1948, núm. 4) fue suficiente para garantizar la protección adecuada a los grupos de habla francesa.

del Alto Adigio¹⁷ y aquel de habla eslovena de Friuli Venecia Julia,¹⁸ es alcanzada, a partir de los mencionados instrumentos internacionales, mediante las intervenciones directas relativas a específicos diseños de tutela minoritaria, a través de una legislación de rango constitucional (por medio de los estatutos especiales) y de aplicación estatutaria.¹⁹

Tal comportamiento del Parlamento ha tenido como consecuencia que los otros grupos lingüísticos (y específicamente las denominadas "islas lingüísticas") fuesen percibidos como un mero hecho folclórico, dejándolos privados de cualquier tipo de protección jurídica: distribuidos en los territorios tanto de las regiones ordinarias como de las especiales, estaban privados de una ley estatal general de tutela, pudiendo contar casi exclusivamente con las iniciativas de los legisladores locales, los cuales, frente a la pretendida competencia única del Estado (tanto en la definición de las minorías que han de protegerse, como en la determinación de los instrumentos de tutela), se han manifestado a menudo tímidos, sino es que, en algunos casos, prácticamente obstaculizados.²⁰

El punto de recapitulación llega en la década de 1990, momento en el cual el plano normativo comienza a cambiar tanto internacional como localmente,

¹⁷ En el Alto Adigio, también los ladinos, en virtud del reconocimiento de su especial estatus de "minoría entre las minorías", han recibido un ulterior reconocimiento que ha sido posteriormente extendido también a los ladinos asentados en el Trentino.

¹⁸ El reconocimiento de tal minoría, en realidad, ha sido un poco más complejo, a causa de la denominada "cuestión eslovena", es decir, la compleja y problemática cuestión internacional que atendía al confín oriental italiano. Por otra parte, contrariamente a la tutela prevista por los grupos minoritarios aloglotos del Trentino Alto Adigio y del Valle de Aosta, la situación de la minoría eslovena –no prevista específicamente en el Estatuto especial– y del uso de la lengua correspondiente, ha permanecido irresuelta desde hace tiempo, primero en espera de los necesarios acuerdos con la autoridad yugoslava (tratado de Osimo) y, posteriormente, de la necesaria intervención del legislador italiano, que intervino sólo con la Ley núm. 38 de 2003. La delicadeza de la cuestión se refleja también en el hecho de que la mayoría de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de minorías lingüísticas son relativos a la minoría eslovena: véanse en particular las sentencias 28 de 1982, 62 de 1992, 15 de 1996 y 406 de 1999.

¹⁹ Aun antes de la entrada en vigor de la Constitución y de los respectivos Estatutos, la minoría de habla francesa del Valle de Aosta y aquella de habla alemana del Alto Adigio, se vieron beneficiadas, respectivamente, por las siguientes provisiones: los decretos 545 y 546 del 7 de septiembre de 1945 y los decretos 775 de 27 de octubre de 1945 y 825 de 22 de diciembre de 1945.

²⁰ En este sentido se encuentra también la jurisprudencia constitucional. A tal propósito véanse las sentencias de la Corte Constitucional 38 de 1960; 1 y 46 de 1961, 128 de 1963 y 14 de 1965.

determinando un impulso también para el legislador estatal. Así, el conflicto en la antigua Yugoslavia había empujado a la comunidad internacional a adoptar algunas determinaciones importantes, como la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1992, "Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a las minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas". Paralelamente, el Consejo de Europa, en el mismo año, aprobaba la Carta de las Lenguas Regionales y Minoritarias (firmada, pero no ratificada aún por Italia) y, en 1995, la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (regularmente ratificada).

El impulso derivado del marco internacional ha tenido éxito sobre los legisladores regionales y locales,²¹ antes que sobre el legislador estatal: no obstante las diversas dificultades,²² las regiones comenzaron a adoptar las provisiones más organizadas en torno a la tutela de los grupos minoritarios presentes en su propio territorio. En este contexto se inserta la Ley Regional núm. 15 de Friuli Venecia Julia, de 1996, sobre la tutela de la lengua friulana. Tal acto representa un verdadero y propio modelo, siendo el primero en abordar a detalle la tutela de una lengua minoritaria "no reconocida", regulándola, más que a través de una simple promoción cultural, también en sus usos públicos. Tal normativa fue seguida el año posterior por la aprobación de leyes regionales en Molise y en Cerdeña y, en 1998, en Basilicata y Sicilia.

El conjunto de tales intervenciones ha llevado al legislador estatal a aprobar, después de un complicado *iter* legislativo, una ley general de aplicación del artículo 6 de la Constitución, la Ley núm. 482 de 1999, que además de permitir a Italia apegarse a los estándares internacionales y europeos relevantes, ha puesto fin a una injusta asimetría que se había creado hasta finales de la década de

²¹ Numerosos entes locales, inmediatamente después de la introducción de la autonomía estatutaria para las comunidades y provincias y poniendo en funcionamiento la Ley núm. 142 de 1990, han integrado en sus propios estatutos específicos normas para proteger las lenguas minoritarias que, en ciertos casos, se han dirigido al reconocimiento de los usos públicos de las mismas (a menudo censurados por los respectivos Comités Regionales de Control)

²² Es éste el caso, por ejemplo, de la ley de la Región de Cerdeña del 3 de noviembre de 1993, "Tutela y fomento de la cultura y de la lengua de Cerdeña", declarada inconstitucional por la Corte Constitucional con la sentencia 290 de 1994.

1990, tanto en la intensidad de la tutela,²³ como en las fuentes utilizadas.²⁴ Tal normativa, después de haber proclamado el carácter oficial de la lengua italiana y de haber regulado el fomento de su patrimonio lingüístico y cultural, así como de proclamar entre los objetivos de la República (artículo 1) la promoción y valoración de las lenguas y culturas expresamente objeto de tutela, suministra las premisas comunes a efectos de que los poderes locales puedan predisponer un estatuto jurídico modulable y adaptable a las minorías lingüísticas expresamente indicadas en la ley misma: se trata de la población albanesa, catalana, alemana, griega, eslovena, croata y de aquellos de habla francesa, los francoprovenzales, el pueblo friulano, el ladino, el occitano y el sardo (artículo 2).²⁵

La normativa de 1999 ha optado, entonces, por delimitar el número de las minorías destinatarias de la tutela que ella misma otorga sólo a aquellas "históricas", identificadas sobre la base de dos criterios alternativos: el primero, relativo a las minorías culturales (históricamente) presentes en el país; el segundo, relativo a las minorías que hablan alguna lengua tradicionalmente ligada a determinados ámbitos territoriales. La ley, entonces, liga el reconocimiento y la atribución de los derechos lingüísticos al tradicional requisito de la territorialidad, con la consecuente delimitación de las áreas de asentamiento minoritario por parte de los consejos provinciales. Tales derechos son expresados en la posibilidad de usar la lengua minoritaria, ya sea como materia de enseñanza,

²³ También en el caso de la tutela de las minorías lingüísticas históricas, en realidad, las medidas de tutela aportadas por el legislador italiano han sido solamente agregativas respecto de las ya predisuestas tanto en el ámbito internacional como en el constitucional en los Estatutos de autonomía de las regiones especiales. Su intervención se limitaba a conferir la co-oficialidad, entendida como la parificación formal de las lenguas, francesa y alemana, respectivamente, a la lengua oficial del Estado (el italiano). Tales lenguas, en tanto co-oficiales, pueden ser utilizadas indiferentemente en las relaciones públicas limitadas a los territorios de las relativas regiones. Se trata, entonces, de un régimen de bilingüismo que ha recibido, posteriormente, reconocimiento constitucional en el artículo 116, párrafo 1, después de la revisión constitucional de 2001, en la que se pueden leer los nombres de las regiones también de la lengua minoritaria.

²⁴ La única excepción es representada por la aprobación de la ley de 8 de agosto de 1977, núm. 546, relativa a la "Reconstrucción de las zonas de la región Friuli Venecia Julia y de la región Veneciana, golpeadas por el terremoto de 1976". Entre otras disposiciones, tal ley instituyó la Universidad de los Estudios de Udine, haciendo referencia, por primera vez en un instrumento normativo estatal, a la lengua friuliana: el artículo 26, de hecho, establece que "la Universidad de Udine tiene como objetivo el contribuir al progreso civil, social y a la reactivación económica del Friuli, y de convertirse en instrumento orgánico de desarrollo y de renovación de los tejidos originarios de la cultura, de la lengua, de las tradiciones y de la historia del Friuli". Sobre la trayectoria del reconocimiento de la lengua friuliana, véase Cisilino (2004, pp. 173-202).

²⁵ Sobre la regulación introducida por la ley núm. 482 de 1999, véanse Bartole (1999, pp. 1063 y ss.); Palici Di Suni Prat (2002, pp. 106 y ss.); Piergigli (2001 y 2010).

ya sea como materia curricular, en las escuelas maternas, elementales y secundarias de nivel básico, sin excluir ulteriores iniciativas para su fomento e investigación también de nivel universitario (artículos 4-6) y utilizar la lengua minoritaria en las asambleas de los órganos administrativos, resguardando el derecho de aquellos que no conozcan la lengua tutelada, de contar con una inmediata traducción al italiano (artículo 7).

También se prevé el derecho a ver publicados en el idioma minoritario los actos oficiales del Estado, de las regiones, de los entes locales territoriales y no territoriales, dejando intacto el exclusivo valor legal del texto redactado en lengua italiana (artículo 8) y a usar la lengua minoritaria en sus relaciones con la administración local y delante de la autoridad judicial (artículo 9), así como en las indicaciones topográficas (artículo 10). Para la rectificación de los apellidos, eventualmente cambiados de su forma originaria, es prescrita la presentación de documentación idónea (artículo 11) y respecto al sistema de información del Estado, ha sido asegurada la tutela de las minorías lingüísticas en las zonas de pertenencia en las cuales las regiones interesadas pueden manifestar particular atención en el ámbito de la programación radiofónica y televisiva (artículo 12).²⁶

El acercamiento inaugurado por el legislador de 1999, consistente en el abandono de aquel comportamiento de indiferencia mantenido por largo tiempo frente a las minorías no reconocidas, ha sido confirmado por la aprobación de posteriores actos normativos, entre ellos, la Ley núm. 38 de 2001, dirigida a conformar una tutela orgánica y global de los grupos de habla eslava asentados en los territorios de las provincias de Trieste, Gorizia y Udine.²⁷

Además, las intervenciones del legislador constitucional realizadas entre 1999 y 2001²⁸ han completado el cuadro normativo constitucional en el interior del

²⁶ Innegables son los puntos de fuerza de tal normativa que, además de dar finalmente eficacia a un principio fundamental de la Constitución que por largo tiempo había sido aplicado de manera prácticamente exclusiva a favor de las minorías nacionales asentadas en los territorios límites del arco alpino, ha representado también la base jurídica para la intervención de los poderes locales, colmando de tal forma la carencia de tutela ligada a la fragmentación geográfica del mismo núcleo lingüístico o de núcleos lingüísticos afines, como en los casos emblemáticos de los eslovenos del Friuli Venecia Julia y de los ladinos, tratados de modo diverso según la provincia de residencia. Véase *supra*.

²⁷ Para el contenido de tal normativa, véase Piergigli (2010, p. 3).

²⁸ Gracias a la modificación del Título V de la Constitución (ley constitucional 3 de 2001) ha cambiado también el cuadro jurídico en el interior del cual habían operado la mayor parte de los Consejos regionales

cual se han insertado también los legisladores regionales.²⁹ Entre éstos destacan el Estatuto regional de la Región Apulia,³⁰ que en su artículo 4 prevé por primera vez el objetivo de la región de reconocer, tutelar y promover las minorías lingüísticas presentes en el propio territorio, y el Estatuto de la Región Liguria, que se dirige a valorar la especificidad histórica, lingüística, cultural, social y geográfica.³¹ Otros han querido subrayar, en cambio, el esfuerzo regional en la promoción de las identidades minoritarias locales explícitamente identificadas, remitiéndose en particular a la población de origen albanés, griego, occitano y rom.³² Además, gracias a la reforma del Estatuto del Trentino Alto Adigio,³³ la disparidad de tratamiento entre los grupos lingüísticos ladinos asentados en las provincias de Bolzano y de Trento se ha atenuado y, al mismo tiempo, se ha ido reforzando el régimen de tutela, no sólo de la comunidad ladina entendida globalmente, sino también de las poblaciones de habla alemana (cimbri y mocheni) de la provincia de Trento.³⁴

3. El largo y tortuoso camino de la jurisprudencia constitucional

La distinción entre minoría lingüística histórica y "otras" minorías, ya trazada por el legislador, ha sido avalada e incentivada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. A partir de una decisión de 1982, emitida con referencia a la minoría eslovena, sobre la legitimidad constitucional de algunas disposiciones

y el Parlamento: por consiguiente, han sido atribuidas a las regiones nuevas competencias, también en materia de vital importancia para la tutela de las lenguas minoritarias (por ejemplo, escuela y educación).

²⁹ Por lo que respecta a la relación entre la Ley núm. 482 de 1999 y las normativas regionales: el artículo 18 de la Ley núm. 482 prevé que permanecen firmes las disposiciones en vigor de las regiones con estatuto especial y de las provincias autónomas de Trento y Bolzano. La extensión de las medidas más favorables previstas en la normativa estatal es pospuesta a la entrada en vigor de los decretos de actuación estatutaria. Para las regiones con estatuto ordinario, en cambio, el artículo 13 de la Ley núm. 482 deja a salvo las disposiciones regionales vigentes que prevean mayores garantías para las minorías lingüísticas, disponiendo que el legislador regional puede adecuarse a los principios de la ley estatal en las materias de su competencia.

³⁰ Ley de la Región Apulia, núm. 7, de 2004.

³¹ Ley de la Región Liguria, núm. 1, de 2005, artículo 2, párrafo 1, letra g.

³² Ley de la Región Calabria, núm. 25, de 2004. En cambio, el preámbulo del artículo 7 del Estatuto del Piamonte (Ley Regional 1 de 2005) hace expresa referencia a las comunidades occitana, franco-provenzal y walsler.

³³ Ley Constitucional núm. 2 de 2001.

³⁴ Tal población era ya destinataria, en los años precedentes, de medidas de protección que ponían en funcionamiento el decreto legislativo 592/1993 modificado por decreto legislativo 321/1997, de aplicación estatutaria.

del Código de Procedimientos Penales, el juez constitucional afirmó que sancionar el uso que hace de su lengua materna una minoría lingüística reconocida sería incompatible con lo previsto en el artículo 6 de la Constitución. La referencia específica y exclusiva a una minoría reconocida implica que los otros grupos minoritarios, que no entran en esa categoría (por no ser destinatarios directos de normas internas ejecutoras de específicos acuerdos internacionales o de disposiciones contenidas en estatutos especiales), no podrían ser investidos de la protección constitucional, siendo beneficiarios sólo de una tutela negativa ligada al mero diseño de la igualdad formal y al ámbito del reconocimiento de los derechos humanos en general, consistente en una prohibición generalizada dirigida a todos "los sujetos y a todos los aparatos públicos" de "comportamientos" y de "actos que constituyen persecución y discriminación de los pertenecientes a las minorías" (sentencia 28).

No obstante alguna esporádica apertura,³⁵ ésta ha sido la posición que la jurisprudencia constitucional ha mantenido y confirmado también en la sentencia 159 de 2009.

Llamada a pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de diversas disposiciones de una reciente ley de la Región Friuli Venecia Julia, normas para la tutela, el fomento y la promoción de la lengua friuliana,³⁶ la Corte Constitucional ha atribuido a la Ley núm. 482, en cuanto aplicación del artículo 6 de la Constitución, la función de norma "interpuesta".*

³⁵ En este sentido se coloca, por ejemplo, la sentencia 62 de 1992 en la cual la Corte Constitucional ha conminado al legislador a "graduar los modos, las formas de tutela y los tiempos" relativos a la aplicación del artículo 6 de la Constitución. Y, retomando la distinción entre minorías reconocidas y no reconocidas, no sólo se reitera que "la lengua propia de cualquier grupo étnico representa un aspecto esencial de la noción constitucional de minoría étnica, al punto de inducir al constituyente a definir esta última como minoría lingüística", sino que afirma que la existencia de estructuras o instituciones organizativas con finalidades generales, constituye la *conditio sine qua non* para una tutela mínima de las comunidades minoritarias a efectos de permitir la operatividad de las pretensiones subjetivas de los miembros pertenecientes a la misma, auspiciando, ya sea indirectamente, la exigencia de "regímenes diversos de tutela modelados sobre las condiciones peculiares de cada minoría", explícitamente de "normas especiales" (Punto 6 del *Cons in dir*), véase también Bartole (1975, pp. 1333 y ss.).

* [N. del T.] La expresión "norma interposta" alude a aquella normativa que se encuentra entre una norma constitucional y una ordinaria.

³⁶ Ley de la Región Friuli Venecia Julia del 18 de diciembre de 2007, núm. 29.

La normativa regional impugnada por el gobierno introducía: la obligación, para las oficinas regionales y para los entes locales de contestar en friuliano a todos los ciudadanos que usan tal lengua; el uso de la lengua friuliana en los concejos comunales de "tradicional asentamiento del grupo lingüístico"; la facultad de adoptar topónimos sólo en la lengua friuliana, y, finalmente, la posibilidad de usar el friuliano en las escuelas.

Confirmando la orientación según la cual, con referencia a las minorías lingüísticas, es el Estado el titular del poder, tanto de identificación de las lenguas minoritarias protegidas como de las modalidades de determinación de los elementos definitorios de una minoría lingüística a tutelar, así como de las instituciones sobre las cuales dicha tutela se articula, la Corte subraya que, independientemente de la amplia libertad que de cualquier forma es dejada a las regiones en este ámbito,³⁷ uno de los aspectos absolutamente inderogables está representado por el principio de estricta territorialidad de la tutela que caracteriza a la ley sobre minorías históricas.³⁸ Cualquier normativa regional que pretenda sobrepasar este límite, extendiendo la tutela también a grupos minoritarios que no reúnan este criterio, sería contraria a la Constitución por violación de la Ley núm. 482.³⁹

Para una ligera primera apertura de la jurisprudencia constitucional se tuvo que esperar al año siguiente: con la sentencia 170 de 2010, la Corte Constitucional se ha manifestado en torno a la legitimidad de la Ley de la Región Piamonte para la "Tutela, fomento y promoción del patrimonio lingüístico del Piamonte".⁴⁰ La normativa regional había sido tachada de inconstitucional por parte del gobierno italiano por haber previsto para la "lengua piamontesa" (no incluida

³⁷ En particular, mediante la normativa de aplicación de los estatutos especiales y mediante disposiciones de tutela del patrimonio cultural. La relación entre Estado y regiones ha sido definida por Stradella (2009, pp. 1150-1170) como el esquema "sintetizable en una coparticipación de geometría variable entre la ley estatal, la ley regional, el Estatuto especial y los decretos reglamentarios".

³⁸ La Corte en realidad subraya cómo en el caso específico, en consideración también de la regulación de la ley 482 de 1999, la Región Friuli Venecia Julia habría podido intervenir con un diferente instrumento, esto es, con un decreto de aplicación del estatuto especial.

³⁹ Para un comentario a la decisión número 159 de 2009, véase Palermo (2009, pp. 1780 y ss.).

⁴⁰ Ley de la Región Piamonte 7 de abril de 2009, núm. 11.

en el listado de las lenguas reconocidas por la Ley núm. 482) medidas de protección análogas a las establecidas por la ley nacional sólo para las minorías lingüísticas "históricas". Al declarar la inconstitucionalidad de la normativa impugnada, la Corte afirmó que no obstante la invasión por parte del legislador regional de la exclusiva esfera de competencia estatal, a la cual se debe reconocer una verdadera y propia reserva del "poder autónomo e indiscriminado de identificar y tutelar [...] para cualquier efecto" a las minorías y a sus respectivas lenguas, el legislador local tiene la facultad de efectuar aquel variopinto tipo de intervenciones ya ampliamente presentes en la *praxis*. Por tanto, el legislador regional puede adoptar disposiciones legislativas que, en relación con una lengua minoritaria, "se encuadran en el específico contexto de la tutela del 'original patrimonio cultural y lingüístico' regional y de sus expresiones consideradas más significativas" (sentencia 170).

La rígida distribución de competencias entre Estado y regiones prevista por la ley de 1999 valdría, por tanto, sólo con referencia a las minorías lingüísticas históricas. Todos los otros idiomas locales que no alcanzan la dignidad de lengua jurídicamente relevante en el ordenamiento italiano (los denominados "dialectos") pueden ser tutelados y valorados en forma razonable mediante previsiones normativas regionales exclusivamente con finalidades histórico-culturales.⁴¹ No obstante la declaratoria de inconstitucionalidad que recayó sobre la medida regional y el *nomen juris* de la normativa referido sólo a la tutela, fomento y promoción del patrimonio lingüístico del Piamonte, de hecho, asimilando el piamontés a las lenguas "históricas" y violando así la reserva estatal, la Corte comienza –si bien tímidamente– a girar la manija de la puerta que permitiría la tutela de nuevas lenguas y dialectos.

La ocasión para comenzar a abrir la puerta no se ha hecho esperar. Con la sentencia 88 de 2011,⁴² de hecho, la Corte se ha pronunciado acerca de la legitimidad constitucional de una ley del Friuli Venecia Julia sobre "El fomento de los dialectos de origen veneciano"⁴³ hablados en la región. El gobierno lamentaba

⁴¹ Véase, para un comentario de la sentencia 170 de 2010, Geti (2010).

⁴² Véase Anzon (2011).

⁴³ Ley de la Región Friuli Venecia Julia, de 17 de febrero de 2010, núm. 5.

que esa ley, por el hecho de permitir implícitamente el uso exclusivo del dialecto local en los anuncios y señalamientos, incluyendo los de tránsito, violaba tanto la ley estatal sobre las minorías lingüísticas históricas –que permite el uso de topónimos sólo en las lenguas indicadas en la misma ley y no en dialectos o lenguas diversas–, como el Código de Tránsito, que permite la utilización "en las señales de localización territorial de la frontera de la ciudad", también de "lenguas regionales e idiomas locales", pero sólo junto a las denominaciones en lengua italiana y nunca sin estas últimas.

La Corte ha excluido que en el caso en comento hubiese existido violación a la Constitución, en tanto no es posible identificar las señalizaciones a las que aludía la ley con las de localización territorial o con las "señales de tránsito" reguladas por el Código de Tránsito, y tampoco con las señales de toponimia establecidas por la ley de minorías históricas. Para llegar a esa conclusión, la Corte ofreció una nueva interpretación de la Ley núm. 482 de 1999 y, con ella, del alcance del artículo 6 de la Constitución, alcanzando el tan esperado avance de una concepción abierta y evolutiva de la protección de las minorías lingüísticas. El juez de legalidad subraya que la Ley núm. 482 no agota todas las formas de reconocimiento y sustento del pluralismo lingüístico, sino que, por el contrario, hace exclusiva referencia a la "tutela de las minorías lingüísticas históricas", caracterizadas no sólo por su origen histórico, sino también por su significativo asentamiento en áreas territoriales precisas.

"Esta garantía", dice la Corte, no agota la regulación requerida por la notoria presencia de un muy rico y variado pluralismo cultural y lingüístico que se expresa en términos de "lenguas regionales e idiomas locales", o bien "de 'dialectos', 'idiomas' o también 'vernáculos'". Esta fenomenología hace referencia a que

la jurisprudencia de esta Corte ha aclarado que la tutela activa de las minorías lingüísticas constituye un principio fundamental del ordenamiento constitucional, en el sentido no sólo del art. 6 constitucional, sino también de 'principio', a veces considerados 'supremos', que califican indefectible y necesariamente al ordenamiento vigente (sentencias 62 de 1992; 768 de 1988; 289 de 1987, y 312 de 1983): el principio pluralista reconocido en el art. 2 siendo la lengua un elemento de identidad individual y colectiva

de importancia –fundamental– y el principio de igualdad reconocido por el art. 3 de la Constitución, el cual, en su primer párrafo, establece la igual dignidad social y la igualdad de frente a la ley de todos los ciudadanos, sin distinción de lengua y, en el segundo párrafo, prescribe la adopción de normas que valen también positivamente para eliminar las situaciones de hecho de las cuales puedan derivar consecuencias discriminatorias (sentencias 159 de 2009 y 15 de 1996) (sentencia 88).

En consideración de tal acercamiento, parece difícil ahora seguir limitando el artículo 6 de la Constitución en exclusiva a las minorías "históricas", positiva y taxativamente determinadas, y quizá precisamente este pequeño giro permita formular la hipótesis de posibles soluciones extensivas a las "nuevas minorías". Esta idea ha sido reforzada también por una sentencia de la Corte Constitucional (sentencia 81 de 2018) en la que se declaró inconstitucional una ley de la región del Véneto,⁴⁴ fundamentalmente por lo dispuesto en el artículo 1, en el que se indicaba al "pueblo de Véneto", incluyente también de las comunidades étnico-lingüísticas cimbrias y ladinas y las "comunidades relacionadas histórica y cultural o lingüísticamente a la gente de Véneto incluso fuera del territorio regional",⁴⁵ como único titular de los derechos mencionados en la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, de 1995.

En concreto, el juez constitucional destacó la violación de los artículos 5, 6 y 114 de la Constitución por parte de la normativa regional argumentando que la población local, que es referible a un ente territorial, no puede ser calificada únicamente como "minoría nacional" para distinguirlo y contrastarlo con la mayoría del pueblo italiano. Además, se destaca la violación de los artículos 2 y 3 de la Constitución, ya que el reconocimiento de una minoría es posible y necesario sólo cuando, en falta de tal reconocimiento, se negara "la identidad colectiva del grupo, igualando desde el punto de vista jurídico una situación colectiva caracterizada por marcadas particularidades culturales a la condición de la generalidad de la población".

⁴⁴ Ley de la Región Véneto, de 13 de diciembre de 2016, núm. 28.

⁴⁵ Así identificado por los artículos 1 y 2 del Estatuto del Véneto (ley regional estatutaria de 12 de abril de 2012, núm. 1).

Por tanto, la Corte Constitucional se pronunció haciendo referencia a su consolidada jurisprudencia sobre la protección de las minorías lingüísticas; sin embargo, amplió su ámbito de aplicación a un concepto de minoría *tout court*, cuya protección está garantizada por el artículo 6 de la Constitución y se traduce en una obligación del legislador nacional de proteger a todas las minorías lingüísticas y también de las autoridades locales, ya que la prohibición de todas las formas de discriminación basadas en la diversidad del idioma deriva de manera directa del artículo 3 constitucional. Por otro lado, la aplicación de los principios de pluralismo y tolerancia *ex* artículo 2 de la Constitución implica una protección positiva de las minorías étnicas destinada a salvaguardar su identidad cultural y permitir que estos grupos participen efectivamente en la vida política y social del país.

Con la sentencia 81 de 2018, la Corte Constitucional amplía el paradigma del artículo 6 de la Constitución a todas las minorías, ¿incluidas las nuevas minorías?⁴⁶

4. ¿Apertura hacia las nuevas minorías?

Largo y tortuoso ha sido el camino seguido por las minorías en busca de la tutela de su propia diferencia e identidad lingüística. Camino ríspido y lleno de trampas: resistencias del legislador nacional, timidez de los legisladores regionales, y cerrazón del juez constitucional. Innegables, sin embargo, son también las pequeñas (y a veces imperceptibles) aperturas, que han permitido a la legislación, si bien con algunos retardos, adecuarse a la sociedad que progresivamente cambiaba asumiendo una fisonomía siempre más pluralista. El actual contexto histórico, social y cultural presenta diversas exigencias: por un lado, que la tutela de la lengua y de la cultura italiana sea garantizada y reforzada; por otro, que se deje de ignorar la realidad que es hoy incontrovertible: la presencia de comunidades inmigrantes en modo estable en el territorio italiano y que contribuyen a formar un panorama pluricultural mucho más amplio.

⁴⁶ Sobre esta sentencia, véanse Caretti (2018); Dickmann (2018, pp. 2-8).

Es suficiente ver los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística (ISTAT [Istituto Nazionale di Statistica]), según los cuales a diciembre de 2019 en Italia los extranjeros residentes eran 8.4% de la población total.⁴⁷ La mayor comunidad extranjera es la de Rumania, con 22.7% de todos los extranjeros presentes en el territorio, seguida de Albania (8.4%) y Marruecos (8.2%).⁴⁸

Obviamente no todos los grupos lingüísticos formados por inmigrantes son sujetos potenciales de tutela:⁴⁹ es necesario que se cumplan determinadas condiciones a fin de que se pueda constituir una verdadera y propia minoría, entendida como entidad socialmente agregada, identificada por la presencia de instituciones y estructuras de vida comunitaria y, sobre todo, por la comunión de determinados valores. Dos son las condiciones que, por tanto, deben estar presentes: en primer lugar, que el grupo inmigrante tenga un proyecto migratorio de larga duración y, en segundo lugar, que se manifieste la voluntad de conservar lengua, cultura, religión e identidad de origen.⁵⁰

Comparativa e internacionalmente, numerosas son las resistencias en el reconocimiento y en la tutela de los derechos lingüísticos de los extranjeros. A tal propósito basta mencionar, por un lado, que el artículo 1 de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias excluye a las lenguas de los migrantes y a los dialectos, de la categoría de "lengua regional o minoritaria", objeto de tutela. Al mismo tiempo, muy pocos son los ordenamientos que se han aventurado en el reconocimiento de los derechos lingüísticos de las "nuevas minorías".⁵¹

En este contexto de incertidumbre, determinada por una situación aún novedosa, la apertura de la Corte Constitucional puede ser idónea para gestionar las diferentes exigencias lingüísticas de aquellos grupos cuyo vínculo con el

⁴⁷ Ese porcentaje corresponde a 5,039,637 personas extranjeras residentes en el territorio italiano. La presencia de alumnos extranjeros en las escuelas ha ido creciendo de manera exponencial, sobre este punto, véase Biondi Dal Monte (2015, pp. 1-29).

⁴⁸ Datos disponibles en «<https://www.tuttitalia.it/statistiche/cittadini-stranieri-2019/>».

⁴⁹ Sobre este punto, véase Medda-Windischer (2010, p. 71).

⁵⁰ En este sentido, véase Telmon (1992, pp. 150-152).

⁵¹ Para una reseña de los ordenamientos que han adoptado provisiones de este tipo, véase Poggeschi (2010).

territorio es profundamente diverso respecto al de las minorías históricamente reconocidas en el ordenamiento italiano, haciendo, por tanto, inaplicables las formas de tutela previstas para estas últimas.⁵²

Apertura necesaria, entonces, pero obviamente no suficiente. A este punto debería intervenir el legislador para dar concreta aplicación a esta versión ampliada del artículo 6 de la Constitución y reconocer las particulares formas de tutela también a las "nuevas minorías". Y esto, con mayor razón, si se considera, como fue afirmado en la introducción y pacíficamente reconocido tanto por el legislador italiano como por el juez constitucional, que la titularidad de los derechos lingüísticos deriva no tanto de una simple diferencia lingüística, cuanto mayormente de un verdadero y propio sentido de pertenencia, justificado por tradiciones históricas y culturales compartidas por los miembros del grupo mismo. Elemento cuya presencia está *in re ipsa* en el caso de las nuevas minorías.

Fuentes

AA. VV. (1970), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. III, Camera dei Deputati, Roma.

Anzon, A. (2011), "La Corte apre a 'nuove minoranze'?", *Rivista AIC*, núm. 3, disponible en «https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Anzon_01.pdf». [Última fecha de consulta: 22 de febrero de 2021].

Baldassarre, A. (2002), *Globalizzazione contro democrazia*, Bari, Laterza.

Bartole, S. (1975), "Profili della condizione della minoranza linguistica slovena nell'ordinamento italiano", en AA. VV., *Studi in onore di Manlio Udina*, vol. II, Milán, Giuffrè, pp. 1333 y ss.

⁵² Como ha sido subrayado por Poggeschi (2010), quien realiza una propuesta de clasificación de derechos (y deberes) lingüísticos de primera, segunda y tercera clase, que corresponderían, respectivamente, a la integración de los ciudadanos, al reconocimiento de las minorías nacionales y a la integración y, en parte, al reconocimiento de los extranjeros y de las segundas generaciones.

Bartole, S. (1998), "Convenzione-Quadro per la tutela delle minoranze nazionali", en Ferrarese, S., Olivetti Rason, N., y Pegoraro, L. (coords.), *La tutela giuridica delle minoranze*, Padua, Cedam, pp. 11-29.

Bartole, S. (1999), "Le norme per la tutela delle minoranze linguistiche storiche", *Le Regioni*, núm. 6, pp. 1063 y ss.

Bernardi, A. (2006), "Società multiculturali e 'reati culturali'. Spunti per una riflessione", en Dolcini, E. y Paliero, C. A. (coords.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milán, Giuffrè.

Biondi Dal Monte, F. (2015), "La lingua come strumento di integrazione scolastica delle nuove minoranze tra prospettive internazionali e diritto interno", *Osservatoriosullefonti.it*, núm. 3, disponible en «<https://www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/speciali/speciale-lingua-istruzione-minoranze/846-osf-3-2015-biondidalmonte/file>» [Última fecha de consulta: 22 de febrero de 2021].

Caretti, P. (2018), "I veneti prima!", lo slogan d'oltre oceano suggestiona anche le Regioni?", *Forum di Quaderni Costituzionali*, 10 de octubre de 2018, disponible en «https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2018/10/nota_81_2018_caretti.pdf» [Última fecha de consulta: 22 de febrero de 2021].

Cisilino, W. (2004), "L'evoluzione della legislazione linguistica nella repubblica italiana: analisi del caso friulano", *Revista de Llengua i Dret*, núm. 42, pp. 173-202.

Corte Costitucional, sentencia núm. 28 de 1982.

_____ sentencia núm. 15 de 1996, *Cons. in dir.*

_____ sentencia núm. 88 de 2011, *Cons. in dir.*

_____ sentencia núm. 170 de 2010, *Cons. in dir.*

Dickmann, R. (2018), "La Corte costituzionale estende il paradigma dell'art. 6 Cost. a tutte le minoranze e contesta la competenza della legge regionale a identificare la popolazione locale come minoranza nazionale", *Federalismi.it*, núm. 1, disponible en «<https://www.federalismi.it/AppIOpenFilePDF.cfm?artid=36524&rdpath=document&rdfile=23062018132236.pdf&content=La+Corte+costituzionale+estende+il+paradigma+dell%2527art.+6+Cost.+a+tutte+le+minoranze+e+contesta+la+competenza+della+legge+regionale+a+identificare+la+popolazione+locale+come+minoranza+nazionale+-+stato+-+dottrina+-+>» [Última fecha de consulta: 22 de febrero de 2021].

Ferrarese, M. R. (2000), *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino.

_____ (2002), *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino.

Fondazione ISMU (2014), *Ventesimo rapporto sulle migrazioni: 1994-2014*, Milán, FrancoAngeli.

Galbersanini, C. (2014), "La tutela delle nuove minoranze linguistiche: un'interpretazione evolutiva dell'art. 6 cost.?", *Rivista AIC*, 3, disponible en «https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2014_Galbersanini.pdf» [Última fecha de consulta: 22 de febrero de 2021].

Galgano, F. (2004), *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino.

Geti, P.L. (2010), "Federalismo linguistico, tutela delle minoranze ed unità nazionale: *Un nemis a l'é tròp e sent amis a basto nen*. Nota a Corte cost. n. 170/2010", *Rivista AIC*, disponible en «https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/rivista/2010/00/Geti01.pdf» [Última fecha de consulta: 22 de febrero de 2021].

Guazzarotti, A. (2008), "Art. 6", en Bartole, S. y Bin, R. (coords.), *Commentario breve alla Costituzione*, Padua, Cedam, pp. 53 y ss.

Kovacs, P. (1993), "La protection des langues des minorités ou la nouvelle approche de la protection des minorités?", *Cahiers Paneuropéens*, núm. 2, pp. 9-13.

Maraschio, N. y Robustelli, C. (2011), "Minoranze linguistiche: la situazione in Italia", en Stickel, G. (coord.), *National, Regional and Minority Languages in Europe*, Peter Lang, Frankfurt, pp. 73-80.

Medda-Windischer R. (2010), *Nuove minoranze. Immigrazione tra diversità culturale e coesione sociale*, Padua, Cedam.

Palermo, F. (2004), "Le minoranze linguistiche in Italia dopo la legge generale di tutela", en Lollini, A. (coord.), *Pluralismo linguistico e Costituzioni: un'analisi comparata*, Bolzano, Alpha&Beta, pp. 111 y ss.

Palermo, F. (2009), "La Corte 'aplica' il Titolo V alle minoranze linguistiche e chiude alle Regioni", *Giur. cost.*, pp. 1780 y ss.

Palermo, F. y Woelk, J., (2008), *Diritto costituzionale e comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padua, Cedam.

Palici di Suni Prat, E. (2002), *Intorno alle minoranze*, Turín, Giappichelli.

Piergigli, V. (2001), *Lingue minoritarie e identità culturali*, Milán, Giuffrè.

_____ (2006), "Comentario all'articolo 6", en Bifulco, R., Celotto, A. y Olivetti, M. (coords.), *Commentario alla Costituzione*, I, Turín, Utet, pp. 158 y ss.

_____ (2010), "La tutela delle minoranze linguistiche storiche nell'ordinamento italiano tra principi consolidati e nuove (restrittive) tendenze della giurisprudenza costituzionale", en «www.associazionedeicostituzionalisti.it», disponible en «https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritti/Piergigli.pdf» [Última fecha de consulta: 22 de febrero de 2021].

_____ (2017), "La Costituzione italiana delle minoranze linguistiche tra principi consolidati, riforme mancate e prossime sfide", *Revista D'estudis Autònoms I Federals*, núm. 26, pp. 165-206.

Pizzorusso, A. (1967), *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milán, Giuffrè.

Poggeschi, G. (2010), *I diritti linguistici. Un'analisi comparata*, Roma, Carocci.

Spigno, I. (2015), "Le nuove minoranze linguistiche: spunti di tutela dalla giurisprudenza costituzionale italiana", en Siqueira Neto, J. F., Chiarello de Souza Pinto, F., Contipelli, E. y Nagao Menezes, D. F., *Federalismo e Regionalismo-Itélia e Brasi a Confronto*, pp. 138-148, Brasil, Arraes Editores.

Stradella, E. (2009), "La tutela delle minoranze linguistiche storiche tra Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale", *Le Regioni*, núm. 5, pp. 1150-1170.

Telmon, T. (1992), *Le minoranze linguistiche in Italia*, Alessandria, Edizioni dell'Orso.

Toso, F. (2008), *Le minoranze linguistiche in Italia*, Bologna, Il Mulino.

_____ (2009) "Patrimoni linguistici e lingue minoritarie: la prospettiva europea e quella italiana", *AnnalSS5*, núm. 2005, pp. 115-124.

_____ (2011), "Minoranze linguistiche", *Enciclopedia dell'Italiano*, Enciclopedia Treccani, disponible en «[AÑO VII. NÚM. 12 ENE/JUN 2021 293](https://www.treccani.it/enciclopedia/minoranze-linguistiche_(Enciclopedia-dell%27Italiano)/» [Última fecha de consulta: 22 de febrero de 2021].</p>
</div>
<div data-bbox=)

"Me levanto en los hombros de personas valientes". Homenaje a Ruth Bader Ginsburg*

*"I stand on the shoulders of brave people."
Tribute to Ruth Bader Ginsburg*

FABIANA ESTRADA TENA**

Resumen

Este texto hace un recuento de la trayectoria de Ruth Bader Ginsburg, jueza de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, de sus aportaciones al derecho estadounidense en el tema de la igualdad de género y de la importancia de su labor a lo largo de décadas, así como de su labor como feminista y su contribución a la causa.

Palabras clave: Ruth Bader Ginsburg, jueza, Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, igualdad de género, feminismo.

Abstract

This text recounts the trajectory of Ruth Bader Ginsburg, Justice of the United States Supreme Court, of her contributions to American law on the issue of gender equality

* Texto basado en la presentación del libro *My Own Words*, de Ruth Bader Ginsburg, realizada en el marco de la Feria Internacional del Libro Jurídico del Poder Judicial de la Federación 2020.

** Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y maestra en Derecho por la Escuela de Leyes de la Universidad de Virginia. Actualmente coordinadora de asesores del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tiene una trayectoria de más de 20 años en el Poder Judicial de México.

and the importance of her work over decades, as well as her work as a feminist and her contribution to the cause.

Keywords: Ruth Bader Ginsburg, Justice, United States Supreme Court, gender equality, feminism.

Nadie se atrevería a cuestionar las credenciales feministas de Ruth Bader Ginsburg. Mucho tiempo antes de que se convirtiera en pionera del derecho a la no discriminación por razón de género, desafió los estereotipos sobre el rol que debía desempeñar una joven esposa, en la década de 1950: con 23 años, casada y siendo madre de una hija pequeña, Ruth Bader Ginsburg entró a estudiar derecho a Harvard y fue una de las nueve mujeres que conformaron esa generación, de 500 hombres. Tras graduarse en primer lugar de su generación –de Columbia, pues la familia se mudó a Nueva York y Harvard se negó a otorgarle el título como comúnmente se aceptaba a los estudiantes que habían concluido el primer año–, ningún despacho en esa ciudad quiso contratarla, por ser mujer. Comenzó entonces una carrera en la academia, como profesora de derecho; ámbito en el que tuvo la gran revelación que cambiaría el curso de su vida.

A principios de la década de 1970, inspirada por sus alumnas activistas pertenecientes al movimiento de liberación femenina, su interés académico se enfocó en el tema de la igualdad de género. En un verano leyó todas las sentencias federales existentes, que, como ella misma dijo, no eran muchas, y todos los artículos jurídicos disponibles, e inauguró un curso sobre discriminación de género. Así, comenzó a participar en foros académicos y a publicar artículos.

Entre sus planteamientos de ese entonces sostuvo que era apremiante una transformación del ámbito académico. Pensaba que debía desterrarse de todos los libros de derecho y de todas las aulas la práctica de recurrir al humor o a la comicidad basada en la caracterización estereotipada de las mujeres. No era un reto menor; hoy todavía, 50 años después, es una tarea inacabada.

Su ambición transformadora se centró muy rápido en la modificación del derecho. Sus clases sobre discriminación de género tenían un componente práctico que involucraba la participación de los alumnos en los casos que comenzaban

a llegar a los tribunales. Ella misma, en 1971, participó en la elaboración de dos demandas para la oficina nacional de la Unión Americana para las Libertades Civiles. El caso *Moritz* era un planteamiento de discriminación legal planteado por el hijo de una mujer adulta mayor, a quien el Código Fiscal no le permitía deducir los gastos por el cuidado de su madre, mientras que a las mujeres que tuvieran empleo sí se les permitía tal deducción. El caso *Reed* versaba sobre una legislación que daba preferencia a los hombres para administrar los bienes de sus hijos que hubieren muerto sin dejar testamento.

Este asunto marca hasta el día de hoy un hito. Fue la primera vez que la Suprema Corte de Estados Unidos invalidó una ley por hacer una diferenciación basada en el género, a la luz de la Decimocuarta Enmienda, que establece que todas las personas deben gozar de igual protección de la ley.

En 1972 fue nombrada directora del Proyecto de Derechos de las Mujeres de la Unión Americana para las Libertades Civiles, y se convirtió en la abogada feminista que a lo largo de una década transformaría la jurisprudencia de la Corte en materia de discriminación en razón de género. En ese mismo año, fue la primera mujer nombrada como profesora titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia.

En esta segunda etapa de su vida profesional publicó más de 25 artículos académicos sobre igualdad de género, coordinó la presentación de 24 demandas y se presentó en seis ocasiones ante la Corte para dar argumentos orales.

¿Cuál era la agenda feminista de Ginsburg? En sus propias palabras: el reclamo de las mujeres para pertenecer de manera plena a la categoría de personas, con derecho a las garantías del debido proceso, la vida, la libertad y la igual protección de las leyes.

En argumento oral ante la Suprema Corte en el caso *Frontiero* de 1973, Ginsburg, con su voz suave y pausada, se paró frente a los *justices* y dijo: en las instituciones educativas, en el mercado de trabajo y más conspicuamente en la arena política, las mujeres continúan ocupando un estatus de segunda clase. Las mujeres que

buscan salirse de los patrones tradicionales se enfrentan a prejuicio y hostilidad por parte de los miembros de un grupo minoritario (los hombres). Para las mujeres que buscan ejercer opciones que no caen en las nociones estereotipadas de lo que es propio de una mujer, mujeres que no quieren ser protegidas sino desarrollar su potencial individual, sin barreras artificiales, las distinciones legislativas que refuerzan los roles tradicionales hombre-mujer no pueden considerarse como clasificaciones benignas.

Lo que Ginsburg buscaba era que la Corte designara al género como una categoría sospechosa, es decir, que cualquier ley que distinguiera entre hombres y mujeres debía tener una presunción de inconstitucionalidad a menos que demostrara un estándar muy alto de justificación.

En sentido práctico, ¿qué vislumbraba Ginsburg? Lo enunció claramente: iguales oportunidades de empleo y educación, disponibilidad general de servicios de cuidados infantiles (citaba como modelos a la Unión Soviética e Israel), un régimen fiscal que no penalizara a las mujeres por ganar tanto dinero como sus esposos y que reconociera los gastos erogados en servicios de cuidados, la eliminación de cualquier vestigio del estatus de inferioridad de las mujeres aún reflejado en prácticas discriminatorias en materia de vivienda, derecho penal, de la propiedad y familiar.

Ginsburg consideraba central e indispensable el trabajo de las organizaciones feministas a través de un activismo político agudo. Se requerían, dijo, grupos dedicados al principio de igualdad, pero con el pragmatismo esencial para un movimiento cuyo éxito requiere de amplio apoyo popular.

Ruth Bader Ginsburg fue una feminista radical. Sin llamarlo con ese nombre, siempre sostuvo que la raíz de la desigualdad social era el patriarcado; que existía un sistema de opresión del hombre sobre la mujer profundamente interiorizado en la sociedad que tenía que reordenarse en los contextos políticos, económicos y sociales.

Ruth Bader Ginsburg tenía un plan muy claro para subvertir el orden social imperante. Quería tirar al patriarcado. Era un plan radical, pero gradualista y

pragmático, porque sabía que sólo iba a funcionar si ese movimiento lograba generar consenso social; por eso sus estrategias legales solían sustentarse en casos de discriminación por género en los que los hombres resentían el trato discriminatorio, derivado de leyes construidas con base en estereotipos de género. Consideraba que era más fácil hacer ver a los jueces la discriminación si la presentaba desde la perspectiva de cómo los estereotipos de género lastiman a toda la sociedad. Concibió siempre como una actividad pedagógica su labor como abogada feminista en la década de 1970. En los argumentos orales frente a paneles de jueces hombres siempre veía una oportunidad de enseñarles sobre discriminación.

Este enfoque pragmático y de vocación transformadora la llevó en algún momento a criticar la resolución del caso *Roe v. Wade*, que estableció el derecho al aborto a la luz del derecho a la privacidad. Para ella el caso debía haberse resuelto desde la perspectiva de la importancia de los derechos reproductivos para la igualdad entre el hombre y la mujer; pero más allá del argumento técnico, su preocupación era que un fallo tan avasallador, tan amplio, tan disruptivo, iba a ser contraproducente para el cambio gradualista que siempre vislumbró. Estaba convencida de que ese fallo no iba a ser útil para ganar adeptos a su causa. Esta crítica al caso *Roe*, de hecho, puso en algún momento en peligro su nominación para la Corte, pues algunos grupos feministas la consideraron una traición de su parte.

Todo lo anterior explica por qué como jueza federal en el circuito de D. C., cargo que ocupó durante toda la década de 1980, sostuvo una filosofía judicial de la moderación. Una jueza efectiva –dijo en una conferencia– busca persuadir, no pontificar. Habla con una voz moderada y restringida, entra en un diálogo y no en una diatriba con las otras ramas del gobierno, con las autoridades estatales, e incluso con sus colegas. Los jueces tienen un papel interdependiente en nuestra democracia. No le dan forma por sí solos a la doctrina legal, sino que participan en un diálogo con los otros órganos de gobierno y con el pueblo también. Jueces y juezas, solía decir, deben ser sensibles al clima de la era. La justicia no se arrebató intempestivamente, se corteja con pequeños avances.

Muchos apuntan a una contradicción entre la faceta de Ruth Bader Ginsburg como abogada feminista y como jueza moderada. Considero que más bien

apostó siempre por la deliberación, por la persuasión y por el avance gradual. Me parece que estaba convencida de que había un camino trazado; que debíamos seguir por ese camino, sobre los hombros de los que nos precedieron, y que era nuestro deber marcar la ruta para el futuro.

La pregunta que quizá surja es si su estrategia funcionó, o si en algo funcionó, al menos.

El 26 de junio de 1996, un cuarto de siglo después de que empezara a andar su camino feminista, desde su sitial como la segunda Ministra en la historia de la Suprema Corte de Justicia, anunció la sentencia en el caso de la Academia Militar de Virginia, abierta sólo a los hombres hasta ese entonces: las clasificaciones legales basadas en el género no están prohibidas, pero vuelven presumiblemente inválidas e incompatibles con el derecho a la igual protección de las leyes, cualquier ley o política pública que niegue a las mujeres sólo por ser mujeres la oportunidad igualitaria de aspirar, alcanzar, participar y contribuir a la sociedad con base en lo que pueden hacer. Las generalizaciones sobre tendencias típicamente masculinas o femeninas y estimaciones sobre lo que la mayoría de las mujeres o de los hombres puede hacer no deben ser la base para negar oportunidades a mujeres cuyo talento y capacidad las coloca fuera de esas descripciones generales. A las mujeres que busquen y sean aptas para una educación de calidad como la que imparte la Academia Militar de Virginia no se les puede ofrecer nada menos.

Así, la Academia Militar de Virginia abrió sus puertas a las mujeres y, contra los pronósticos de muchos, sigue impartiendo una opción educativa de prestigio, con base en un método riguroso y adversativo, enfocado en la formación de liderazgos civiles y militares, masculinos y femeninos.

Ruth Bader Ginsburg tenía objetivos muy claros y principios muy arraigados. La lectura de su producción escrita nos regresa una y otra vez a ideas y convicciones conforme a las cuales actuó siempre: la importancia de la colegialidad en los órganos jurisdiccionales; la idea de voltear a ver y rendir tributo a quienes han luchado antes que nosotras; su visión de la Constitución como un documento

con potencial para expandirse; la idea de que el cambio se alcanza educando a las audiencias y con movimientos medidos, digeribles para la sociedad, y su concepción nítidamente deliberativa del derecho constitucional.

Surge finalmente la pregunta de si este enfoque y esta estrategia se modificaron a partir de que la integración de la Corte viró hacia una conformación conservadora. Parte de la leyenda de Ruth Bader Ginsburg en su faceta de *rockstar* se sustenta en la idea de que sus disensos eran vociferantes, incisivos, demoledores.

Y lo eran. Pero no creo que haya abandonado nunca su ética de la moderación. Sus disensos eran una reacción a lo que en su visión era una anomalía total. Se suponía que estábamos en un camino hacia la igualdad, hacia la inclusión, hacia una Constitución en la que cupieran todas las personas. Y de pronto parece que podemos dar marcha atrás. En esta lógica, sus votos eran, en cierta forma, un llamado a la moderación, a no dismantelar la jurisprudencia constitucional que a lo largo de cinco décadas permitió la expansión de la Constitución para proteger a las minorías, a los grupos vulnerables y a las mujeres.

A través de sus disensos, Ginsburg encontró la manera de mantener el diálogo y la deliberación pública, de recordar los principios que se estaban abandonando, de seguir educando y persuadiendo, de dejar sentados los argumentos para cuando la historia retome su curso. Encontró la manera de seguir haciendo visible el camino andado y dando indicaciones sobre el camino a seguir. Su voz, en disenso, adquirió la importancia y la fuerza que hicieron de ella un símbolo.

La figura de Ruth Bader Ginsburg no está exenta de controversia; no podría estarlo. Se afirma que la viralización de su personaje, Notorious RBG, y la mercantilización de su imagen banalizaron la trascendencia de lo que estaba sucediendo en la Corte; se apunta a los casos en que no fue suficientemente dura, en los que no fue más allá en los argumentos, se señala que su fama como abogada feminista en cierta forma contribuyó a invisibilizar el papel fundamental que desempeñaron otras mujeres en el movimiento de la década de 1970,

particularmente, la contribución de las mujeres de color. Se critica su énfasis en la meritocracia y su jurisprudencia conservadora en casos de justicia criminal.

Nada de lo anterior le quita un ápice a su brillantez y a su grandeza. Nada puede empañar la lucha tenaz que mantuvo durante 50 años por la consolidación progresiva de los derechos constitucionales de las personas.

My own words, el libro en el que Ginsburg dejó no una autobiografía, sino una memoria de palabras escritas que conformaron su identidad en cada una de las etapas de su vida y de su carrera, desde la adolescencia hasta que se convirtió en un ícono pop a los 80 años de edad, da cuenta de su gran historia: la de una mujer incansable, congruente, resiliente frente a la adversidad en su vida personal, y convencida de que si las mujeres representamos la mitad del talento disponible en la sociedad, ninguna barrera social debería impedir contar con ese talento. Es una historia contada a través de sus propias palabras.

Cierro con el comunicado del *chief justice* Roberts con motivo del fallecimiento de Ruth, el 18 de septiembre de 2020, a la edad de 87 años.

Nuestra nación ha perdido a una jurista de estatura histórica. Nosotros en la Suprema Corte perdimos a una colega querida. Hoy estamos de luto, pero con la confianza de que las futuras generaciones recordarán a Ruth Bader Ginsburg como nosotros la conocimos: una incansable y determinada campeona de la justicia.

Mejor aún, termino con sus propias palabras ante el Senado en sus audiencias de confirmación: "No estaría en esta sala sin los esfuerzos determinados de hombres y mujeres que mantuvieron vivos los sueños de una ciudadanía igualitaria en los días en que pocos escuchaban. Me levanto en los hombros de esas personas valientes".

Estoy segura de que muchas mujeres nos levantamos hoy en los hombros de Ruth Bader Ginsburg.

RESEÑA

Las caras, pero no los bolsillos de la inequidad

Reseña de la obra Moreau, Sophia
(Oxford University Press, 2020),
*Faces of inequality,
a theory of wrongful discrimination*

DIANA BEATRIZ GONZÁLEZ CARVALLO*

Entre el trato discriminatorio y el principio de igualdad hay un vínculo innegable. Si repetimos esa idea en el contexto de discusión jurídica o filosófica o si cantamos y bailamos esta obviedad en su versión de *ska* noventero no estaremos diciendo algo especialmente polémico o novedoso; sin embargo, en términos de la discusión contemporánea sobre cuál es el fundamento del derecho antidiscriminatorio ese consenso parece desvanecerse. Algunos teóricos sostienen que no es la igualdad o, más bien, su desconocimiento el que da lugar a los reproches contra las acciones que discriminan.¹ Que otros valores como la libertad y la autonomía son los que resultan vulnerados con ese comportamiento y, sólo en segundo lugar, el de la igualdad entendido en términos de trato igualitario y no de un deber de paridad sustantiva.²

* Investigadora jurisprudencial del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹ En adelante, usaré el término *discriminar* como una abreviación de la frase "discriminación incorrecta".

² Para la defensa de una tesis como ésta puede consultarse Khaitan (2015).

En su teoría sobre la discriminación, Sophia Moreau defiende la tesis intuitiva y generalizada de la conexión necesaria entre discriminación y desigualdad, pero lo hace de una manera tan específica y sofisticada que dudo que el consenso en torno a su tesis sea el resultado de esta propuesta. Por el contrario, las ideas que defiende en su libro *Las caras de la desigualdad, una teoría sobre la discriminación* dialogan y ponen en cuestión tanto las versiones de sus colegas discriminólogos sobre el tema, como también los supuestos más generales de teorías morales, entre éstos, el fundamento del principio de igualdad y los deberes que se derivan de éste. La falta de consenso y, eventualmente, el desacuerdo expreso frente a la teoría de Moreau es un resultado esperable y, a la vez, una de las mayores virtudes de este libro osado y riguroso.

En esta reseña quisiera presentar brevemente la estructura de la obra para, luego, resaltar algunos argumentos especialmente persuasivos y señalar los puntos sobre los que creo que es necesario seguir pensando. La tesis que defiende Moreau a lo largo del libro es que, de hecho, la discriminación implica un trato desigual respecto de sus víctimas (p. 3). La pregunta por la desigualdad cuestiona cuándo se pone en situación de desventaja a las personas al darles un trato diferente con base en ciertos rasgos y, derivado de ese trato desigual, cuándo y por qué se les daña al darles ese trato (pp. 240-247). El punto de partida de Moreau es, entonces, la pregunta por la relación entre discriminación y desigualdad.

El libro comienza con la constatación del lugar central que la eliminación de la discriminación ocupa en las preocupaciones de mucha gente. Cada capítulo defiende un argumento respecto de la forma adecuada de entender la discriminación y, de manera satelital, sondea varios temas que, aunque están vinculados, no necesariamente son fundamentales para la tesis principal del apartado o del libro. En todo caso, esas discusiones periféricas presentan problemas novedosos y complejos cuya reflexión está o debería estar en la agenda de los estudios de la discriminación.

El razonamiento del libro, reconstruido en orden inverso al presentado por la autora, sería: 7) todos –instituciones públicas y personas privadas– tenemos

el deber moral y, en ocasiones legal, de tratarnos de manera igualitaria. 6) Cuando se viola ese deber una de las posibles consecuencias es la configuración de lo que se ha denominado "discriminación indirecta", que consiste en una serie de prácticas que terminan excluyendo de manera injustificada a cierto grupo humano, pero que no son atribuibles a un agresor o agresores en particular. El deber de no discriminar es quebrado, entonces, no por la acción directa de alguien, sino debido a las consecuencias no deseadas de actuaciones consolidadas. La singularización de este tipo de infracción como una categoría de discriminación enfáticamente diferente de la directa es parcialmente incorrecta. 5) Si se revisa la cuestión desde una perspectiva pluralista en términos de valor, esto es, a partir de la manera en la cual la discriminación afecta no sólo a uno (monismo valorativo), sino a múltiples valores, se podrá ofrecer una teoría unificada, coherente y no arbitraria de por qué está mal. Las respuestas a este problema se han enfocado en un único valor que resulta lesionado y son, por ésta y otras razones, incompletas e insatisfactorias.

La discriminación, desde una propuesta pluralista de lo que nos debemos unos a otros en términos de trato igualitario, vulnera tres tipos de bienes sociales diferentes y elementales: 4) el acceso a bienes básicos; 3) el ejercicio de libertades deliberativas, y 2) la posibilidad de vivir una vida no sometida a subordinaciones injustas. Los rasgos que, usualmente, son bases prohibidas para singularizar grupos humanos –raza, sexo, religión, entre otros—³ cumplen más una función heurística que taxativa en relación con esas bases. 1) Cada una de estas facetas de la discriminación permite responder a la pregunta por esta modalidad específica del trato desigual.

El primer obstáculo con el que se enfrenta una teoría de la discriminación, según la autora, no son las diferentes versiones de ésta, sino las tesis que niegan que haya algo distintivo en la discriminación como reproche moral o jurídico.

³ El artículo 1 de la Constitución mexicana incluye como bases prohibidas para la clasificación de personas el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas (CPEUM, 2021).

Estas interpretaciones sostienen que lo que se censura en estos casos es siempre la vulneración de un derecho básico e independiente (pp. 2-3) y que, por eso, el uso de una categoría adicional no explica algo diferente, sino que multiplica los términos del debate innecesariamente. *Las caras de la desigualdad, una teoría sobre la discriminación* es un intento de dar cuenta de eso distintivo del daño que produce la discriminación. Moreau sostiene, entonces, que es imperativo reflexionar sobre lo propio de la preocupación moral asociada a casos de discriminación. Esa precisión del reproche moral permitiría ofrecer una versión coherente y sistemática de esa preocupación moral. También facilitaría la identificación de eso adicional y distintivo de la discriminación y de las razones que sustentan ese rechazo específico.

Una forma de pensar en ese rasgo en términos más amplios es hacerlo a partir de las características que comparten las víctimas de discriminación. Sólo que la identificación de esas características, por sí misma, no da cuenta de por qué está mal singularizar a la gente a partir de rasgos como su religión, raza o género, entre otros. No dice, pues, qué rasgos, además de éstos, es incorrecto usar como cualidades diferenciadoras reprochables de grupos humanos (pp. 40-43). Todas las teorías de la discriminación, a pesar de sus especificidades, buscan responder a las preguntas generales de cuándo y por qué dañamos a la gente al tratarla de manera diferente con base en ciertos atributos. También, si un acto daña a alguien en virtud de que es discriminatorio, si esto se debe necesariamente a la manera en la cual el agente ha tratado de manera diferente a esta persona, a partir de esos atributos.

En todo caso, la pregunta es demasiado amplia en términos de lo que significa tratar a otros como iguales y cuándo las actuaciones discriminatorias implican un trato desigual reprochable. Moreau propone apelar a las interpretaciones plausibles sobre trato desigual que invocan valores como el respeto, el reconocimiento, la deferencia, la libertad y la participación social sin que eso suponga que el valor de la igualdad tiene, por sí mismo, que hacer todo el trabajo explicativo de por qué la discriminación es incorrecta. En concreto, la pregunta que ella responde en el texto, relativa a la desigualdad, es cuándo se pone en situación de desventaja a ciertas personas que comparten determinadas cualidades; por qué y cuándo se les daña al no ser tratados como iguales a otros.

Cuando se piensa en cuestiones como el deber del Estado de tratar a las personas que gobierna como iguales (pp. 218-225), se combinan dos deberes fundamentales: *a*) el de tratar igual de bien todos, en un contexto en el cual *b*) se distribuye a todos suficiente consideración y respeto. La pregunta por la desigualdad interroga, así, si al poner en situación de desventaja a otros con base en ciertas características, el agente estatal o privado los daña al no tratarlos como iguales. En la pregunta por la discriminación hay, entonces, una comparación entre términos cuya referencia depende de manera muy importante de cuál es el contenido del deber de tratar a los otros como iguales y que focaliza la atención en los rasgos que vuelven incorrectas ciertas diferenciaciones (pp. 175-178).

En suma, lo que las teorías dominantes han ofrecido como "la" explicación de lo incorrecto de la discriminación son, en la propuesta de Moreau, las diversas formas en las que la discriminación pone a las personas en desventaja. Es decir, las subordina; les niega libertades deliberativas en situaciones en las que tienen derecho a éstas, y las deja sin acceso a bienes básicos necesarios para participar como iguales en la sociedad en la que viven. Cada una de éstas es, por sí misma, suficiente para explicar por qué la discriminación daña a la gente. *Las caras de la desigualdad, una teoría sobre la discriminación* se centra, de esa manera, en los daños que la modalidad específica de la desigualdad que es la discriminación ocasiona a ciertos grupos. Importa mucho menos que en otras teorías sobre la discriminación cuál es el estado mental o la intención específica de la persona, individual o colectiva, que genera la afectación.⁴

Moreau propone tratar a las leyes que sancionan la discriminación como un capítulo esencial de cualquier teoría plausible de ese fenómeno. El derecho instituido no es sólo un sucedáneo o una traducción, mejor o peor, de las preocupaciones morales que se derivan de la discriminación como actuación incorrecta. La normatividad jurídica en sentido amplio contribuye explícitamente y, en parte, forma el entendimiento moral sobre la discriminación. Las propuestas que soslayan esta característica corren el riesgo o, mejor, tienen la desventaja enorme de ser irrelevantes para las discusiones jurídicas y morales

⁴ Para una propuesta de este tipo puede consultarse Alexander (1992).

sobre el punto y para el discurso práctico en general. Por eso es importante que estas teorías den cuenta de los rasgos ampliamente compartidos por las diferentes leyes antidiscriminatorias como *a)* que la actuación distinga con base en ciertos rasgos (bases prohibidas); *b)* que, en términos generales, reconocen dos modalidades: directa e indirecta; *c)* que presumen daño personal al discriminado, y *d)* que no requieran prueba del valor moral de la práctica para que los afectados sean protegidos.

La discriminación directa, que según Moreau engloba lo que muchos teóricos y legislaciones denominan "discriminación indirecta", es una práctica en la que se trata a alguien de manera menos favorable con base en algún rasgo de lo que se trataría a las personas que no lo tienen. Esta actuación singulariza explícitamente a la gente que tiene esa cualidad o al grupo que tiene otro rasgo que está conectado estrechamente con el del primer señalado.

Las razones que justifican la incorrección de las prácticas discriminatorias permiten, a su vez, rastrear diferentes tipos de actos o prácticas particulares problemáticas. Es posible que la misma actuación sea incorrecta por diferentes razones, pero que esas razones no sean reducibles a un tipo único de desvalor. La teoría pluralista de la discriminación interpreta la idea de igualdad a partir de fuentes múltiples e independientes entre sí (pp. 153-177). Moreau subraya cómo en ninguna de las listas de rasgos protegidos de la discriminación aparece la pobreza. Tiene razón en esto, ninguna de las propuestas dominantes incluye las carencias fundamentales en su lista, ni a su prima hermana, la desigualdad material. Ahora bien, aunque ella, a diferencia de otras propuestas, sí menciona el problema, esa referencia no merece mayor atención en el libro. Más adelante vuelvo sobre esta cuestión.

Otra característica metodológica específica de esta propuesta es que toma en cuenta, como elemento teórico necesario, la experiencia de las víctimas de discriminación (pp. 27-31). Por eso, los ejemplos que debate en diferentes partes del libro, y con los cuales respalda sus tesis, son casos efectivamente decididos por jueces o discutidos en términos de implementación de política pública. Los asuntos que Moreau usa para ilustrar sus argumentos son persuasivos

y difíciles. Quiero decir, son situaciones complejas que, muchas de ellas, no admiten respuestas automáticas y simples. Este ejercicio de honestidad intelectual de la autora no debería darse por descontado. En no pocos casos, los teóricos que defienden cierta tesis elaboran sus propios ejemplos o escogen casos no muy problemáticos. Esto les permite permanecer en un campo de indefinición moral y jurídica que, eventualmente, les dará acceso a ciertos cargos sin que para eso se les interponga su trabajo académico. Sus afirmaciones y ejemplos son tan pandos y vagos, que los habilitan para agitar cualquier bandera en caso de necesitarlo.

En relación con la importancia de la voz de las víctimas en su teoría, el libro enfatiza que es preciso buscar una manera en la cual se dé sentido a lo que éstas piden como parte de una teoría de la discriminación plausible y coherente. Dado el tipo de fenómeno moral que es la discriminación, la incorporación de la versión de los afectados es una de las condiciones necesarias de una buena teoría sobre ese fenómeno. Por eso es central que las perspectivas de los discriminados cuenten; que éstos sean considerados por lo que son, o por lo que ellos creen que son, y no sólo por lo que los discriminólogos creen que son.

En lo que queda de la reseña quisiera señalar un par de asuntos sobre los que vale la pena seguir pensando y que tienen un lugar más bien marginal en el libro. En primer lugar, me parece que, conforme avanza el argumento sobre la forma específica de trato desigual que es la discriminación, los vínculos entre intereses, derechos, deberes y derecho son cada vez menos claros. Si bien en la primera parte del texto la autora aclara que el suyo es un argumento que apela tanto a razones filosóficas como a las jurídicas para construir su teoría sobre la discriminación, cada vez es menos claro cuándo se refiere a derechos jurídicos y cuándo a derechos en el sentido moral. Por ejemplo, en el capítulo 3 sobre el ejercicio de libertades deliberativas, da cuenta de una de las formas centrales de la discriminación: la violación del derecho al ejercicio de esas libertades. Parece que Moreau se refiere en este punto a la titularidad de derechos morales, sin importar si está reconocida por el sistema jurídico. De esa manera, el que se obligue a las personas a "tener frente a sus ojos" cierto rasgo que tienen o que se cree que tienen restringe la posibilidad de actuar sin tener que incluir constantemente el costo de ese atributo en sus deliberaciones.

Me parece que el vínculo entre la posibilidad de deliberar libremente y el carácter de derecho de ese interés es más importante de lo que aparece en el argumento de la autora. En primer lugar, porque es el único interés que está presentado en términos de derechos, a diferencia de lo que ocurre con las otras dos formas de discriminación: la subordinación injusta y el acceso a bienes básicos. En segundo lugar, porque eso permitiría entender el estatus de los intereses que vulneran las otras dos modalidades de la discriminación y su calidad normativa en tanto que intereses que no están resguardados por derechos. De esa manera, también podría aclararse cuál sería la relación entre esos deberes de trato igualitario que son expuestos en el capítulo 7 y el fundamento del reclamo de las víctimas de discriminación.

No niego la posibilidad de que, de hecho, los únicos intereses que califiquen como objetos de derecho sean las libertades deliberativas –aunque lo dudo–. Lo que sí creo es que Moreau parte de una idea muy específica de lo que es un derecho, que se sigue de su teoría de la discriminación, pero que no es defendida explícitamente. Eso implica que la propuesta de lo que nos debemos los unos a los otros en relación con el trato igualitario, en su modalidad de no discriminación, sea más o menos clara, pero que la otra cara de la moneda, la posibilidad de las víctimas de exigir en términos de pretensiones de derecho, sea mucho menos obvia.

Tal vez un análisis más articulado de las continuidades entre las tres formas centrales de la discriminación ofrecería herramientas para explorar otros tipos de diferenciación injusta no previstas en la teoría. Quiero decir, si la forma de discriminación en la que los rasgos de cierta persona tienen que ser siempre contemplados por ésta al deliberar, una de esas características que la gente no puede obviar, aunque quiera, es la dificultad de acceso a bienes básicos. Pero no sólo a las cosas indispensables para no morir debido a carencias materiales, sino la posibilidad de vivir en sociedades en las que la brecha de desigualdad no sea tan grande que avale la subordinación injusta y permanente de los pocos que concentran la riqueza respecto de los que tienen mucho menos.

Mi punto es el siguiente: si la discriminación es una modalidad de violación del principio igualitario, habría que preguntarse de qué manera la desigualdad sustantiva y material, de capacidades y de recursos, por ejemplo, termina por ser un obstáculo casi insalvable para el acceso a bienes básicos. Y de qué manera esa obstaculización impacta y perpetúa la subordinación injusta de unos grupos frente a otros, y no sólo, ni principalmente, de unos individuos contra otros. No es suficiente con negar que las pretensiones de igualdad sustantiva entendidas como igualdad aritmética sean insostenibles. Más bien, en razón del impacto que la carencia de bienes y las desigualdades extremas tienen respecto del acceso a bienes básicos, entre ellos la posibilidad de deliberar libremente, y los efectos en términos de validación y perpetuación de relaciones sociales de subordinación injusta, creo que a las teorías de la discriminación, en este caso, la de Moreau tienen pendiente la tarea de hacer explícito qué implica su defensa del valor moral igual de todas las personas en términos igualdad sustantiva y de bienes.

Las caras de la desigualdad, una teoría sobre la discriminación es un libro convincente en su argumentación, que no se pierde en complejidades innecesarias, pero que tampoco evade o simplifica, hasta la intrascendencia, razonamientos complejos. Además del lenguaje fresco y persuasivo de Moreau, su uso consistente de los ejemplos durante los siete capítulos hace que la lectura sea fluida y que sea fácil comprometerse con las razones que ofrece.

Fuentes

Alexander, L. (1992), "What makes wrongful discrimination wrong biases, preferences, stereotypes, and proxies", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 3, núm. 141, pp. 149-219.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) (2021), disponible en «http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_110321.pdf».

Khaitan, T. (2015). *A Theory of Discrimination Law*, Nueva York, Oxford University Press.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 11, 13 y 24 puntos. Agosto de 2021.

<http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/>

